



O DIREITO AO ESQUECIMENTO E SUA COLISÃO COM DIREITOS FUNDAMENTAIS

Mestrado em Administração Pública

Ianê Oliveira de Amorim

Leiria, novembro de 2021



O DIREITO AO ESQUECIMENTO E SUA COLISÃO COM DIREITOS FUNDAMENTAIS

Mestrado em Administração Pública

Ianê Oliveira de Amorim

Dissertação realizada sob a orientação do Professor Jorge Barros Mendes

Leiria, novembro de 2021

Agradecimentos

Ao finalizar esta intensa e árdua jornada, faz-se importante agradecer àqueles que me ajudaram e apoiaram, direta e indiretamente, na conclusão de mais um capítulo da minha vida acadêmica.

Primeiramente agradeço aos meus pais, que sempre foram meus maiores incentivadores. Desde criança me impulsionaram e me conduziram a buscar e correr atrás dos meus sonhos. Sempre apoiaram minhas decisões e nunca saíram do meu lado, sendo meu suporte e porto seguro e me aconselhando em cada etapa da minha vida. Obrigada por tudo, eu amo vocês.

Agradeço, também, aos meus familiares e amigos que, mesmo de longe e com um oceano de distância, sempre se fizeram presentes no meu dia a dia.

Aos amigos do CrossPhive, vocês foram meu refúgio e minha válvula de escape, tornaram meus dias mais leves e alegres, reduzindo minha ansiedade e preocupação com o trabalho. Muito obrigada a cada um de vocês.

Por último, mas não menos importante, agradeço ao meu querido Pedro que, mais do que ninguém, acompanhou de perto todas as minhas batalhas, dificuldades, tristezas e alegrias. Esteve ao meu lado todos os dias, cuidando de mim e me dando suporte físico e emocional, nunca deixando de acreditar em mim. Além disso, dividiu comigo sua família, tornando-a minha família também, aos quais eu também agradeço por todo suporte.

Serei eternamente grata a todos. Muito obrigada.

Resumo

O presente trabalho tem o intuito de abordar o Direito ao Esquecimento, trazendo seu conceito, sua disposição no ordenamento jurídico português e brasileiro, mostrando seu surgimento legal e de que forma este é aplicado em casos reais. Será disposto, ainda, suas controvérsias acerca do direito à privacidade em colisão com o direito à liberdade de expressão e de informação, abordando o princípio do sopesamento e a necessidade de ponderação para resolver estes conflitos. Ao final, serão apresentados casos reais envolvendo o direito ao esquecimento.

Palavras-chave: Proteção de Dados, Direito ao Esquecimento, Direito à Privacidade, Liberdade de Expressão, Ponderação, Internet.

Abstract

This work aims to address the Right to erasure/ be forgotten, bringing its concept, its provision in the Portuguese and Brazilian legal system, showing its legal emergence and how it is applied in real cases. It will also discuss their disputes about the right to privacy in collision with the right to freedom of expression and information, addressing the principle of weighing and the need for consideration to resolve these conflicts. At the end, real cases involving the right to be forgotten will be presented.

Keywords: Data Protection, Right to be Forgotten, Right to Privacy, Freedom of Expression, Consideration, Internet.

Índice

Agradecimentos	iii
Resumo	iv
Abstract	v
Lista de siglas e acrónimos	vii
1. Introdução.....	1
2. Proteção de Dados e Contexto Histórico	4
2.1. Surgimento do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados na União Europeia	5
2.2. Surgimento da Lei Geral da Proteção de Dados no Brasil.....	8
3. Direito ao Esquecimento.....	16
4. Colisão de Direitos Fundamentais com o Direito ao Esquecimento	24
5. Direito ao Esquecimento na Jurisprudência.....	30
5.1. Caso Mário Costeja González X Google Espanha	30
5.2. Caso Chacina da Candelária	33
6. Conclusão	40
Referências Bibliográficas	42

Lista de siglas e acrónimos

AEPD	Agência Espanhol de Proteção de Dados
CC	Código Civil Brasileiro
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição da República Federativa do Brasil
CJF	Conselho de Justiça Federal
CNPD	Comissão Nacional de Proteção de Dados
EUA	Estados Unidos da América
LEP	Lei de Execução Penal
LGPD	Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais
RGPD	Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados Pessoais
STJ	Superior Tribunal de Justiça

1. Introdução

No atual contexto da globalização e da digitalização das sociedades modernas, o acesso à informação se tornou algo muito mais fácil e frequente na vida das pessoas. No entanto, o crescimento – de certa forma – descontrolado de dados públicos e privados disponíveis *online* também trouxe diversos problemas, principalmente no que tange à intimidade, à imagem, à honra e à vida privada da população.

Com o advento de uma nova era, qual seja a Era Digital, o Direito da proteção de dados emergiu como um reflexo, uma resposta a todos os progressos e transformações tecnológicas, surgindo com o intuito de proteger, principalmente, a privacidade e intimidade do indivíduo.¹

A preocupação com a forma como as organizações gerem e utilizam a informação ganha – cada vez mais – relevância e, com isso, surge a necessidade de assegurar os direitos dos cidadãos com certa urgência. Com esta nova realidade, surgiu na União Europeia, por exemplo, o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD)², que visa proteger os direitos fundamentais de liberdade e princípios reconhecidos na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, nomeadamente o respeito pela vida privada e familiar, pelo domicílio e pelas comunicações, a proteção dos dados pessoais, a liberdade de pensamento, de consciência e de religião, a liberdade de expressão e de informação e a diversidade cultural, religiosa e linguística.

Dos vários direitos abarcados pelo RGPD às pessoas singulares, pode-se destacar o Direito de Acesso à Informação, Direito à Retificação, Direito de Oposição e o Direito ao Cancelamento ou Esquecimento, sendo este último o foco deste trabalho, abordando suas formas de aplicação no Brasil e em Portugal.

¹ Cordeiro, A. Barreto (2020). Página 27.

² Regulamento UE de 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Foi publicado em 2016 com um período de adaptação de 2 anos, sendo aplicável no dia 25 de maio 2018 em todos os países membros da UE.

No Brasil, a matéria acerca da proteção de dados era espaçada dentro da legislação brasileira, aparecendo em diversos diplomas legais, como na Constituição da República Federativa do Brasil (CF), no Código Civil (CC)³, na Lei do Marco Civil da Internet⁴, no Código de Defesa do Consumidor (CDC)⁵, em súmulas, enunciados, jurisprudências, entre outros.

No entanto, a partir de 14 de agosto de 2018 foi aprovada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)⁶, passando a regular a proteção de dados de forma mais específica e concentrada em um diploma legal, no entanto, não consta uma previsão específica quanto ao direito ao esquecimento, como no RGPD, sendo – ainda – necessário o apoio da jurisprudência fundamentar os casos deste tema.

Já em Portugal, o direito ao esquecimento está muito mais presente e explícito na legislação. Além do RGPD, é possível encontrar, no sistema jurídico português, leis que ampliam a aplicação do direito ao esquecimento em situações específicas e não abarcadas pelo RGPD, como será abordado ao longo deste trabalho.

Na maioria dos casos em que existe a discussão acerca da aplicação – ou não – do direito ao esquecimento, este está em colisão com algum outro direito fundamental, como direito à liberdade de expressão, direito à informação, liberdade de imprensa, entre outros. O direito de informação, que pode ser dividido em liberdade de informar e liberdade de ser informado, é de suma importância à sociedade. As pessoas necessitam ter seu direito de buscar informação plenamente assegurado. Da mesma forma, a imprensa, como um todo, precisa ter seu direito de se expressar e de prestar informações também assegurados.

Sendo assim, esses direitos, muitas vezes, esbarram no direito à privacidade de alguém, precisando resolver esta lide utilizando a ponderação e o sopesamento dos direitos em colisão para assegurar o direito daquele mais atingido. Pode-se, então, interpretar que necessita haver realmente um caráter público relevante na informação transmitida e – não somente – o mero interesse do público, a simples curiosidade, posto que, nestes casos, o

³ Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

⁴ Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.

⁵ Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

⁶ Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018.

acontecimento perde, tecnicamente, o *status* de informação, prevalecendo – assim – o direito à privacidade de terceiros.⁷

Nestes casos em que o direito ao esquecimento colide com outros direitos fundamentais, é necessário haver uma análise específica, caso a caso, para determinar qual direito fundamental será aplicado ao caso em detrimento do outro, de acordo com os prejuízos e consequências que esta decisão trará para a vida das pessoas envolvidas. Neste sentido, ao final deste trabalho, será mostrado alguns casos reais e de grande expressão e importância na jurisprudência, expondo de que forma os direitos fundamentais em colisão foram ponderados e qual foi a decisão do sistema judiciário sobre o caso.

⁷ Maldonado, Viviane (2017). Página 80.

2. Proteção de Dados e Contexto Histórico

De acordo com a Comissão Europeia, *dados pessoais são informação relativa a uma pessoa viva, identificada ou identificável. Também constituem dados pessoais o conjunto de informações distintas que podem levar à identificação de uma determinada pessoa*⁸.

Dentro do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados Pessoais (RGPD), em seu art. 4º, consta como definição de dados pessoais o seguinte:

Artigo 4.º Definições

Para efeitos do presente regulamento, entende-se por:

1) «Dados pessoais», informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular;

Na LGPD, no entanto, a definição de “dados pessoais” é muito mais sucinta e genérica, vejamos:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

(...)

⁸ https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data_pt

Art. 12. Os dados anonimizados não serão considerados dados pessoais para os fins desta Lei, salvo quando o processo de anonimização ao qual foram submetidos for revertido, utilizando exclusivamente meios próprios, ou quando, com esforços razoáveis, puder ser revertido.

§ 1º A determinação do que seja razoável deve levar em consideração fatores objetivos, tais como custo e tempo necessários para reverter o processo de anonimização, de acordo com as tecnologias disponíveis, e a utilização exclusiva de meios próprios.

§ 2º Poderão ser igualmente considerados como dados pessoais, para os fins desta Lei, aqueles utilizados para formação do perfil comportamental de determinada pessoa natural, se identificada. (grifou-se)

Para o autor João Carlos Zanon⁹:

A proteção de dados pessoais resguarda a pessoa de não ser discriminada pelas suas crenças religiosas, suas opiniões políticas e filosóficas, por sua etnia, condições de saúde ou orientação sexual; proteger os dados pessoais significa, também, evitar que o indivíduo seja impedido de acessar bens e serviços, a princípio só oferecidos àqueles com boas credenciais; conferir proteção aos dados pessoais implica, ainda, livrar-se de etiquetas e chancelas. Portanto, com a proteção aos dados pessoais, busca-se, sobretudo, a não discriminação, a não exclusão e a promoção da liberdade. (...) Tutela o livre desenvolvimento da personalidade e a dignidade humana.

2.1. Surgimento do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados na União Europeia

A consagração de um conjunto de normas jurídico-políticas, posteriormente nomeada de *Direito de Proteção de Dados*, surge com a crescente percepção da necessidade

⁹ Zanon, João Carlos (2013) citado em Guimarães, João Alexandre (2019), Página 84.

de proteger as informações dos indivíduos, em um contexto internacional no âmbito da utilização da internet nas relações pessoais e profissionais nas sociedades¹⁰.

De acordo com o próprio RGPD, em suas considerações:

(4)O tratamento dos dados pessoais deverá ser concebido para servir as pessoas. O direito à proteção de dados pessoais não é absoluto; deve ser considerado em relação à sua função na sociedade e ser equilibrado com outros direitos fundamentais, em conformidade com o princípio da proporcionalidade. O presente regulamento respeita todos os direitos fundamentais e observa as liberdades e os princípios reconhecidos na Carta, consagrados nos Tratados, nomeadamente o respeito pela vida privada e familiar, pelo domicílio e pelas comunicações, a proteção dos dados pessoais, a liberdade de pensamento, de consciência e de religião, a liberdade de expressão e de informação, a liberdade de empresa, o direito à ação e a um tribunal imparcial, e a diversidade cultural, religiosa e linguística.

Na década de 1970, começam a ser utilizados os meios informáticos no âmbito dos relacionamentos e na conservação das informações. Neste momento é que inicia a discussão acerca das implicações que o uso destes meios pode ter na vida das pessoas titulares da informação. Assim sendo, nesta década começou a surgir, mediante tal percepção, as primeiras normas aprovadas em alguns Estados, como no estado alemão de Hesse em 1970, na Suécia em 1973. Já em um contexto transnacional, surgem as Diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento em 1973 e as recomendações do Conselho da Europa entre 1973 e 1974¹¹.

Posteriormente, veio a Convenção do Conselho da Europa nº 108, de 28 de janeiro de 1981, acerca da proteção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de carácter pessoal, veja-se que no preâmbulo de tal texto, é afirmado categoricamente que *“(...)é desejável alargar a protecção dos direitos e das liberdades fundamentais de todas as pessoas, nomeadamente o direito ao respeito pela vida privada, tendo em consideração o fluxo crescente, através das fronteiras, de dados de carácter pessoal susceptíveis de tratamento automatizado(...)”*.

¹⁰ Vaz, Manuel Afonso; Botelho, Catarina Santos; Terrinha, Luís Heleno; Coutinho, Pedro (2017).
Página 87.

¹¹ Idem.

Nesta senda, em termos europeus, a Diretiva 95/46/CE do Parlamento e do Conselho de 24 de outubro tentou criar uma harmonização da defesa dos direitos e das liberdades das pessoas singulares e assegurar a livre circulação de dados pessoais entre os Estados-Membros. Aliás, no Considerando 11 e 12 da sobredita diretiva estabelecia o diploma que:

11) Considerando que os princípios da protecção dos direitos e liberdades das pessoas, nomeadamente do direito à vida privada, contidos na presente directiva, precisam e ampliam os princípios contidos na Convenção do Conselho da Europa, de 28 de Janeiro de 1981, relativa à protecção das pessoas no que diz respeito ao tratamento automatizado de dados pessoais; 12) Considerando que os princípios da protecção devem aplicar-se a todo e qualquer tratamento de dados pessoais sempre que as actividades do responsável pelo tratamento sejam regidas pelo direito comunitário (...)

Percebe-se que, aquilo que foi tentado pelo legislador europeu foi proceder a uma harmonização a nível europeu em sede de protecção de dados.

O Tribunal de Justiça da União Europeia¹², por diversas vezes salientou que “*a Diretiva 95/46/CE visa tornar equivalente em todos os Estados-Membros o nível de protecção dos direitos, liberdades das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, uma aproximação das legislações nacionais aplicáveis na matéria não deve fazer diminuir a protecção que asseguram, devendo, pelo contrário, ter por objetivo garantir um elevado nível de protecção na União e uma harmonização das referidas legislações nacionais não se limita a uma harmonização mínima, mas conduz a uma harmonização que é, em princípio completa*”¹³⁻¹⁴.

Assistimos, posteriormente, à constitucionalização dos dados pessoais pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - desde o Tratado de Lisboa (2007-2009). Ambos os instrumentos têm o mesmo valor formal que o Tratado da União Europeia, ressaltando – ainda – a jurisprudência

¹² Doravante designado abreviadamente por TJUE.

¹³ TJUE, acórdão de 24 de novembro de 2011 – processos apensos C-468/10 e C-469/10, Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) e Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEDM) v. Administración del Estado, n.º 28 e 29.

¹⁴ Mendes, Jorge Barros (2018). Página 40.

do Tribunal de Justiça da União Europeia referente ao caso do Google Spain¹⁵ dentro do processo legislativo que resultou no Regulamento Geral de Proteção de Dados¹⁶.

O RGPD atual, Regulamento 679/2016 de 27 de abril de 2016, *relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados*¹⁷ começou a produzir efeitos no dia 25 de maio de 2018¹⁸, revogando a Diretiva 95/46/CE, que – até então – correspondia ao RGPD. Os responsáveis pela elaboração deste regulamento foram o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia¹⁹.

Como justificativa para a edição do novo Regulamento que revogou a antiga Diretiva, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia dissertaram que a matéria da proteção de dados legislada na forma de Diretiva não seria suficiente para tutelar os residentes de seus Estados-Membros em virtude dos diferentes níveis de internalização do regramento, não adotado em plenitude por todos os Países, bem como com a crescente inovação tecnológica e captação/tratamento de dados pessoais. Sendo assim, decidiu-se por legislar essa matéria na forma de Regulamento, que possui o nível de vinculação e aplicação superior ao da Diretiva, considerando que este é de aplicação direta e imediata nos ordenamentos jurídicos europeus²⁰.

2.2.Surgimento da Lei Geral da Proteção de Dados no Brasil

Antigamente, a matéria sobre proteção de dados no Brasil era espaçada dentro da legislação brasileira. Aparecia dentro do Código Civil (CC), da Constituição Federal, de leis avulsas, entre outros instrumentos legislativos. No caso da Constituição, percebe-se em

¹⁵ Processo C-131/12, de 13 de maio de 2014.

¹⁶ Masseno, Manuel David (2020). Página 43.

¹⁷ De acordo com o próprio Regulamento (UE) 2016/679 de 27 de abril de 2016.

¹⁸ Artigo 99 do RGPD:

Entrada em vigor e aplicação.

1. O presente regulamento entra em vigor no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação no Jornal Oficial da União Europeia.

2. O presente regulamento começou a produzir efeitos a 25 de maio de 2018.

¹⁹ Falk, Matheus (2020). Página 160.

²⁰ Falk, Matheus (2020). Página 161.

seu art. 5º, que disserta sobre diversos direitos fundamentais, dentre eles direitos ligados à proteção de dados, como se pode ver nestes incisos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

A matéria da proteção de dados aparece, também, na Lei do Marco Civil da Internet. Pode-se dizer – de certa forma – que a Lei do Marco Civil já era uma espécie de “pré LGPD”, posto que já tratava de várias questões relativas à proteção de dados pessoais, como por exemplo os artigos:

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;

II - proteção da privacidade; (grifou-se)

III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei; (grifou-se)

(...)

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

IV - não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização;

V - manutenção da qualidade contratada da conexão à internet;

VI - informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade;

VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

a) justifiquem sua coleta;

b) não sejam vedadas pela legislação; e

c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei e na que dispõe sobre a proteção de dados pessoais; (Redação dada pela Lei nº 13.709, de 2018) (Vigência)

XI - publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet;

XII - acessibilidade, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, nos termos da lei; e

XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.

(...)

Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

§ 1º O disposto no **caput** aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil.

§ 2º O disposto no **caput** aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que ofereça serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.

§ 3º Os provedores de conexão e de aplicações de internet deverão prestar, na forma da regulamentação, informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como quanto ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações.

§ 4º Decreto regulamentará o procedimento para apuração de infrações ao disposto neste artigo.

Também é possível perceber, dentro do CDC, parte da matéria de proteção de dados sendo abordada, no que tange aos cadastros de informações pessoais, vejamos:

SEÇÃO VI

Dos Bancos de Dados e Cadastros de Consumidores

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

§ 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

§ 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

§ 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

§ 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

§ 6º Todas as informações de que trata o **caput** deste artigo devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive para a pessoa com deficiência, mediante solicitação do consumidor.

Percebe-se, portanto, que a matéria da proteção de dados nunca teve força suficiente para movimentar a agenda política brasileira, no sentido de desenvolver uma legislação específica e contundente sobre o tema. É notável, então, o atraso do Brasil no tema, visto que a Europa já se dedica diretamente ao tema há mais de cinquenta anos, os Estados Unidos da América (EUA) há quase vinte anos e alguns países da América do Sul como Uruguai e Argentina há cerca de dez anos²¹.

Inclusive, consta no próprio Relatório Legislativo no Senado Federal, feito pelo Relator Senador Ricardo Ferraço, no Projeto de Lei do Senado nº 330, de 2013, como uma das justificativas para a aprovação do Projeto de Lei, o fato da matéria da proteção de dados ser espaçada na legislação brasileira, e colocando como exemplo o RGPD na União Europeia, vejamos:

Fato é que o Brasil não dispõe de uma norma geral e nacional de proteção de dados pessoais, havendo leis setoriais que disciplinam a questão parcialmente, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor, da Lei do Habeas Data, Lei do Cadastro Positivo, Lei de Acesso à Informação e o Marco Civil da Internet, para citar os principais diplomas. Tais normas, além de limitadas ao seu respectivo escopo de aplicabilidade, não regem a questão sob a ótica dos mais modernos regimes internacionais de proteção de dados. A título de ilustração, o Conselho da Europa já disciplina juridicamente o tratamento de dados pessoais desde 1973, através da Resolução nº 22 e, no ano seguinte, da Resolução nº 29, ambas versando sobre princípios para proteção de informações pessoais em bancos de

²¹ Guimarães, João Alexandre (2019). Página 85.

dados automatizados, tanto no setor público, como privado. Essas Resoluções deram margem à consolidação da Convenção para a Proteção de Indivíduos com Relação ao Processamento Automático de Dados Pessoais – Convenção nº 108, do Conselho da Europa, de 1981 – considerado o primeiro instrumento internacional disciplinando especificamente o assunto com força legal, aberta inclusive a países não membros da Comunidade Europeia. Alguns anos mais tarde, em 1995, foi editada a Diretiva nº 46, recentemente sucedida pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR, em sua sigla em inglês), que entrou em vigor no último dia 25 de maio.²²

No dia 14 de agosto de 2018 finalmente foi aprovada a LGPD no direito brasileiro, que passou a regulamentar de forma mais concreta e concentrada acerca da proteção de dados como um todo. Antes da promulgação desta lei, conforme citado anteriormente, a matéria sobre proteção de dados na legislação brasileira era espaçada, podendo ser encontrada partes no Código Civil, na Constituição Federal e em leis avulsas, como a do Marco Civil da Internet, em súmulas, enunciados e na própria jurisprudência.

O Brasil decidiu seguir, justamente, o modelo europeu do RGPD com uma disciplina geral e uma implementação feita por meio de autoridades administrativas independentes, ao invés do modelo norte-americano, de fragmentação legislativa vertical e aplicação judiciária *a posteriori*.²³

A proposta da LGPD, porém, já é antiga. Começou a ser idealizada ainda em 2005, com o debate público iniciado em 2010, intensificando-se em 2015, sendo remetido neste ano ao Congresso Nacional, passando a tramitar como “Projeto de Lei n. 5.276/2016”²⁴. Acerca desde Projeto de Lei, João Carlos Zanon dissertou:

Afora os trabalhos legislativos em curso no Congresso nacional, vem sendo preparado pelo Ministério da Justiça (MJ), em parceria com o Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (CTS/FGV-Rio), um anteprojeto de lei de proteção de dados pessoais. O texto preliminar começou a ser formulado em 2005 [...] ²⁵.

²² Relatório Legislativo do dia 29/06/2018 no Projeto de Lei do Senado nº 330, de 2013. Página 5.

²³ Masseno, Manuel David (2020). Página 40.

²⁴ Guimarães, João Alexandre (2019), Páginas 85-86.

²⁵ Zanon, João Carlos (2013) citado em Guimarães, João Alexandre (2019), Página 86.

O site “Pensando o Direito”²⁶ publicou, ainda em 2015:

O Ministério da Justiça, por meio da Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), apresentou nesta terça-feira (20) a nova versão do Anteprojeto de Lei durante o seminário internacional ‘Anteprojeto Brasileiro de Proteção de Dados Pessoais em Perspectiva Comparada’.

Para a secretária Nacional do Consumidor, Juliana Pereira, a versão final do Ministério da Justiça amadureceu nos últimos cinco anos.

“É uma proposta que buscou ser atual e contemplar da melhor maneira possível as contribuições de todos os interessados que opinaram, como os cidadãos, o setor privado, o setor público e a sociedade em geral”, afirmou.

O Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais foi elaborado pela Senacon, em conjunto com a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, após a realização de dois debates públicos, realizados via internet. O primeiro em 2010 e o segundo no primeiro semestre de 2015. No total foram mais de 2.000 contribuições dos setores público e privado, academia e organizações não-governamentais. Durante os últimos cinco anos também foram realizadas inúmeras reuniões técnicas, seminários e discussões por diversos órgãos e entidades.²⁷

Na justificativa do Projeto de Lei 5.276/16 discutiu-se que:

A proposta visa assegurar ao cidadão o controle e a titularidade sobre suas informações pessoais, com fundamento na inviolabilidade da intimidade e da vida privada, na liberdade de expressão, comunicação e opinião, na autodeterminação informativa, no desenvolvimento econômico e tecnológico, bem como na livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor. O avanço da tecnologia da informação amplia enormemente o potencial de coleta, processamento e utilização de dados pessoais, o que representa, por um lado, uma oportunidade de geração de novos conhecimentos e

²⁶ O Projeto Pensando o Direito é uma iniciativa da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ), e foi criado em 2007 para promover a democratização do processo de elaboração legislativa no Brasil. Disponível em <http://pensando.mj.gov.br/>. Consultado em 28/09/2021.

²⁷ Pensando o Direito. Conheça a nova versão do Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais. Disponível em < <http://pensando.mj.gov.br/dadospessoais/2015/10/conheca-a-nova-versao-do-anteprojeto-de-lei-de-protecao-de-dados-pessoais/>>

serviços, mas, por outro, pode acarretar graves riscos aos direitos da personalidade do cidadão, ao acesso a serviços e bens [...] ²⁸.

No entanto, mesmo com a aprovação da LGPD, o Brasil ainda está atrás no que tange a regulamentação da matéria acerca da proteção de dados pessoais quando comparado com outros ordenamentos jurídicos, como o RGPD da União Europeia, a Lei 19.628/1999 do Chile e a Lei 25.326/2000 da Argentina²⁹, isto porque deixou de abordar diretamente e de forma completa certas questões, como o próprio direito ao esquecimento, que apenas aparece – abstratamente – em um inciso como a possibilidade de o titular dos dados pessoais obter, mediante requisição, a eliminação dos dados pessoais tratados com o seu consentimento.

²⁸ Aragão, Eugênio José Guilherme de; Gaetani, Francisco (2016) citado em Guimarães, João Alexandre (2019). Página 87.

²⁹ Idem.

3. Direito ao Esquecimento

O direito ao esquecimento é o direito que o indivíduo tem de apagar informações sobre ele, depois de um certo período de tempo. O referido direito visa que fatos passados da vida de uma pessoa sejam esquecidos, impedindo que novas notícias ou divulgações sejam feitas sobre esses fatos. O direito ao esquecimento, portanto, é o direito de que um fato fique no passado e que não seja lembrado eternamente, evitando uma espécie de pena perpétua através da lembrança. Tal direito visa não permitir que um fato, ainda que verídico, ocorrido em determinado momento da vida de alguém, seja exposto ao público em geral, causando-lhe sofrimento, constrangimento ou transtornos. Ou seja, os atos praticados ou ocorridos no passado distante – ou não – não podem ecoar para sempre³⁰.

É chamado – também – de “direito de ser deixado em paz” ou o “direito de estar só”. Nos EUA, é conhecido como “*right to be forgotten*” ou “*the right to be let alone*” e, em países de língua espanhola, é alcunhado de “*derecho al olvido*”.

É importante ressaltar que o direito ao esquecimento já é relativamente antigo, até mesmo anterior à internet, começando por conta de programas televisivos que – de certa forma – invadiam a privacidade dos indivíduos, trazendo constrangimentos. No entanto, com o advento da internet, o direito ao esquecimento passou a ter forma e conotação diferentes, começando a constar nos diplomas legais, como é o caso do RGPD no direito europeu e a LGPD no Brasil.

No Direito brasileiro a única expressão direta feita a um aspecto do assim chamado direito ao esquecimento, encontra-se no artigo 7º, X, da Lei do Marco Civil da Internet:

Art. 7º - O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

(...)

X – exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação da internet, a seu requerimento, ao término da

³⁰ Studart, Ana Paula Didier; Martinez, Luciano (2019). Página 122.

relação entre as parte, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstos nesta lei.

Este inciso já tratava do direito ao esquecimento, sem utilizar esta definição. Só apareceu com o nome específico de “direito ao esquecimento” em 2013, sendo reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro com o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal (CJF)³¹, que o integra por meio da dignidade da pessoa humana na sociedade de informação.

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Artigo: 11 do Código Civil

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.

Além do disposto na Lei do Marco Civil da Internet e no Enunciado supracitados, o direito ao esquecimento também é considerado como uma consequência do direito à vida privada (privacidade), intimidade e honra, assegurados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF), em seu art. 5º, X; e pelo Código Civil brasileiro de 2002 (CC)³² em seu art. 21; além de ter reconhecimento na jurisprudência brasileira, como visto no enunciado supracitado.

³¹ Enunciado nº. 531, de 12 de março de 2013. *VI Jornada de Direito Civil*. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

³² Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Mesmo com o advento da LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais)³³ no Brasil, não há nada específico tratando no “Direito ao Esquecimento”, apenas existe a menção ao direito do titular dos dados de ter dados pessoais tratados com seu consentimento eliminados, bem como o direito à revogação do consentimento. Vejamos:

CAPÍTULO III

DOS DIREITOS DO TITULAR

Art. 17. Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei.

Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição: (grifou-se)

I - confirmação da existência de tratamento;

II - acesso aos dados;

III - correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados;

IV - anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei;

V - portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial; (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019) Vigência

VI - eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei; (grifou-se)

VII - informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados;

VIII - informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa;

³³ Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.

IX - revogação do consentimento, nos termos do § 5º do art. 8º desta Lei. (grifou-se)

§ 1º O titular dos dados pessoais tem o direito de peticionar em relação aos seus dados contra o controlador perante a autoridade nacional.

§ 2º O titular pode opor-se a tratamento realizado com fundamento em uma das hipóteses de dispensa de consentimento, em caso de descumprimento ao disposto nesta Lei.

§ 3º Os direitos previstos neste artigo serão exercidos mediante requerimento expresso do titular ou de representante legalmente constituído, a agente de tratamento.

§ 4º Em caso de impossibilidade de adoção imediata da providência de que trata o § 3º deste artigo, o controlador enviará ao titular resposta em que poderá:

I - comunicar que não é agente de tratamento dos dados e indicar, sempre que possível, o agente; ou

II - indicar as razões de fato ou de direito que impedem a adoção imediata da providência.

§ 5º O requerimento referido no § 3º deste artigo será atendido sem custos para o titular, nos prazos e nos termos previstos em regulamento.

§ 6º O responsável deverá informar, de maneira imediata, aos agentes de tratamento com os quais tenha realizado uso compartilhado de dados a correção, a eliminação, a anonimização ou o bloqueio dos dados, para que repitam idêntico procedimento, exceto nos casos em que esta comunicação seja comprovadamente impossível ou implique esforço desproporcional. (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019) Vigência

§ 7º A portabilidade dos dados pessoais a que se refere o inciso V do caput deste artigo não inclui dados que já tenham sido anonimizados pelo controlador.

§ 8º O direito a que se refere o § 1º deste artigo também poderá ser exercido perante os organismos de defesa do consumidor.

No ordenamento jurídico português (e europeu), com a RGPD, o direito ao esquecimento aparece muito mais claro, concreto e aplicável. Dentro do art. 17.º do RGPD

aparece exatamente com o nome “direito ao esquecimento”, bem como estão elencadas todas as hipóteses previstas para a aplicação do direito ao esquecimento, e as exceções em que não se aplica este direito como, por exemplo, a questão da colisão com direitos fundamentais como a liberdade de expressão e informação, vejamos:

Artigo 17.º

Direito ao apagamento dos dados («direito a ser esquecido»)

1. O titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, sem demora injustificada, e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada, quando se aplique um dos seguintes motivos:

a) Os dados pessoais deixaram de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento;

b) O titular retira o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea a), ou do artigo 9.º, n.º 2, alínea a) e se não existir outro fundamento jurídico para o referido tratamento;

c) O titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.º, n.º 1, e não existem interesses legítimos prevalecentes que justifiquem o tratamento, ou o titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.º, n.º 2;

d) Os dados pessoais foram tratados ilicitamente;

e) Os dados pessoais têm de ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito;

f) Os dados pessoais foram recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação referida no artigo 8.º, n.º 1.

2. Quando o responsável pelo tratamento tiver tornado públicos os dados pessoais e for obrigado a apagá-los nos termos do n.º 1, toma as medidas que forem razoáveis, incluindo de carácter técnico, tendo em consideração a tecnologia disponível e os custos da sua aplicação, para informar os responsáveis pelo tratamento efetivo dos dados pessoais de que o titular dos dados lhes solicitou o apagamento das ligações para esses dados pessoais, bem como das cópias ou reproduções dos mesmos.

3. Os n.ºs 1 e 2 não se aplicam na medida em que o tratamento se revele necessário:

- a) Ao exercício da liberdade de expressão e de informação;
- b) Ao cumprimento de uma obrigação legal que exija o tratamento prevista pelo direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável esteja sujeito, ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que esteja investido o responsável pelo tratamento;
- c) Por motivos de interesse público no domínio da saúde pública, nos termos do artigo 9.º, n.º 2, alíneas h) e i), bem como do artigo 9.º, n.º 3;
- d) Para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, nos termos do artigo 89.º, n.º 1, na medida em que o direito referido no n.º 1 seja suscetível de tornar impossível ou prejudicar gravemente a obtenção dos objetivos desse tratamento; ou
- e) Para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial.

No sistema jurídico português, existem – ainda – algumas formas específicas de aplicação do direito ao esquecimento, ampliando o disposto no RGPD. Uma delas está presente na Lei n.º 58/2019, que assegura a execução do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016 (RGPD).

CAPÍTULO I

Disposições gerais

Artigo 1.º

Objeto

A presente lei assegura a execução, na ordem jurídica interna, do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, doravante designado abreviadamente por Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD).

Artigo 2.º

Âmbito de aplicação

1 - A presente lei aplica-se aos tratamentos de dados pessoais realizados no território nacional, independentemente da natureza pública ou privada do responsável pelo tratamento ou do subcontratante, mesmo que o tratamento de dados pessoais seja efetuado em cumprimento de obrigações legais ou no âmbito da

prossecação de missões de interesse público, aplicando-se todas as exclusões previstas no artigo 2.º do RGPD.

Esta lei traz, em seu art. 25º, uma previsão específica ao direito ao esquecimento no direito português, qual seja o direito ao esquecimento no caso de publicações em jornais oficiais, vejamos:

Artigo 25.º

Publicação em jornal oficial

1 - A publicação de dados pessoais em jornais oficiais deve obedecer ao artigo 5.º do RGPD, nomeadamente aos princípios da finalidade e da minimização.

2 - Sempre que o dado pessoal «nome» seja suficiente para garantir a identificação do titular e a eficácia do tratamento, não devem ser publicados outros dados pessoais.

3 - Os dados pessoais publicados em jornal oficial não podem, em circunstância alguma, ser alterados, rasurados ou ocultados.

4 - O direito ao apagamento de dados pessoais publicados em jornal oficial tem natureza excecional e só se pode concretizar nas condições previstas no artigo 17.º do RGPD, nos casos em que essa seja a única forma de acautelar o direito ao esquecimento e ponderados os demais interesses em presença. (grifou-se)

5 - O disposto no número anterior realiza-se através da desindexação dos dados pessoais em motores de busca, sempre sem eliminação da publicação que faz fé pública.

6 - Em caso de publicação de dados pessoais em jornais oficiais, considera-se responsável pelo tratamento a entidade que manda proceder à publicação, ou, no caso dos gabinetes dos membros do Governo, as respetivas secretarias-gerais.

Outro caso específico de aplicação do direito ao esquecimento na legislação portuguesa é a recente Lei nº 75/2021 de 18 de novembro, que foi aprovada no dia 22 de outubro de 2021 e entrará em vigor no dia 01 de janeiro de 2022. Esta lei trata da consagração do direito ao esquecimento às pessoas *que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência, melhorando o seu acesso ao crédito e a contratos de seguro*. Este diploma legal tem o intuito de mitigar práticas discriminatórias contra as

peessoas nas situações supracitadas justamente por meio do direito ao esquecimento, visto que garantirá que as situações de saúde e/ou deficiência que estas pessoas tenham experimentado anteriormente não causem, por exemplo, um aumento de prêmio de seguro ou exclusão de garantias de contratos de seguro, conforme descreve o art. 3º, vejamos:

Artigo 3.º

Direito ao esquecimento

1 — As pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência têm, na qualidade de consumidor, direito ao esquecimento na contratação de crédito à habitação e crédito aos consumidores, bem como na contratação de seguros obrigatórios ou facultativos associados aos referidos créditos, garantindo que:

- a) Não podem ser sujeitas a um aumento de prêmio de seguro ou exclusão de garantias de contratos de seguro;
- b) Nenhuma informação de saúde relativa à situação médica que originou o risco agravado de saúde ou a deficiência pode ser recolhida ou objeto de tratamento pelas instituições de crédito ou seguradores em contexto pré-contratual.

2 — Nenhuma informação de saúde relativa à situação de risco agravado de saúde ou de deficiência pode ser recolhida pelas instituições de crédito ou seguradores em contexto pré-contratual desde que tenham decorrido, de forma ininterrupta:

- a) 10 anos desde o término do protocolo terapêutico, no caso de risco agravado de saúde ou deficiência superada;
- b) Cinco anos desde o término do protocolo terapêutico, no caso de a patologia superada ter ocorrido antes dos 21 anos de idade;
- c) Dois anos de protocolo terapêutico continuado e eficaz, no caso de risco agravado de saúde ou deficiência mitigada.

Percebe-se, portanto, a importância do direito ao esquecimento e sua ampla aplicação, com o intuito sempre de proteger o cidadão de ações discriminatórias, vexatórias e, até mesmo, de proteger sua integridade física em casos de possíveis linchamentos por fatos ocorridos no seu passado e que não mais deveriam ser levados em consideração, posto que as pessoas mudam, se arrependem, aprendem e pagam por seus atos.

4. Colisão de Direitos Fundamentais com o Direito ao Esquecimento

É certo que os direitos fundamentais surgem em períodos diferentes da história, à medida que o homem e a vida em sociedade vão se desenvolvendo, de modo que seu rol continua a ser ampliado ante a inexorável mutação social. Além disso, os direitos se fundam sobre valores diversos e possuem conteúdo impreciso e heterogêneo, o que dificulta sua coexistência. Ademais, também mutantes ao longo da história, acrescentam-se a essa tensão as exigências da vida em sociedade, as quais não raras vezes formam animosidades com os direitos fundamentais do indivíduo; e ainda, os pressupostos fáticos à ativação desses direitos. Tudo isso faz dos direitos fundamentais bens não absolutos, porquanto não são plenamente realizáveis ao mesmo tempo³⁴.

Acerca dessa problemática, ressalta-se que não só os direitos sociais carecem da intervenção Estatal. Também entre os chamados direitos de primeira geração há conflito entre a postura exigida ao Estado, porque as liberdades civis não são apenas oponíveis às entidades públicas (exigindo seu afastamento, sua omissão), mas também aos demais indivíduos (apelando ao Estado uma intervenção protetiva). O mesmo se aplica, portanto, aos direitos, liberdades e garantias, tais quais a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, no qual se enquadra o direito ao esquecimento³⁵.

Vale ressaltar que, por se tratar de direitos heterogêneos e sem uma hierarquia prevista na CF entre eles, não há como pré-determinar qual direito fundamental se sobressairá, ou seja, só é possível valorar e decidir acerca da colisão destes direitos após analisar o caso concreto. Em um caso específico pode ser que o direito ao esquecimento seja colocado acima do direito à liberdade de expressão, por exemplo, e em outro caso específico ocorra o contrário, justamente por conta das diferentes situações em que estes direitos podem colidir e as diferentes consequências que podem trazer.

É exatamente nesses casos em que há o conflito entre direitos fundamentais que deve ser aplicado, pelo Julgador, o princípio da ponderação, que consiste na análise

³⁴ Trigueiro, Fábio Vinícius Maia (2016). Página 57.

³⁵ Idem.

meticulosa do caso em questão para poder aplicar o direito fundamental que melhor se enquadre na resolução desta, evitando e reduzindo – da melhor forma – prejuízos e consequências às partes envolvidas, bem como trazendo com a decisão a menor restrição possível ao direito fundamental contraposto, ou seja, buscando uma equalização na decisão judicial.³⁶

Dentre os direitos fundamentais básicos de um Estado Democrático de Direito, figura com relevante destaque o direito à liberdade de expressão. A liberdade de expressão é uma das facetas do direito da personalidade, em razão de que a manutenção e desenvolvimento do homem tem por escopo a possibilidade de se socializar, de expressar seus desejos, seus pensamentos e suas opiniões. Este direito inato do homem possui as suas mais variadas formas, inclusive a de não expressar uma opinião sobre determinado momento ou situação, restado o direito de permanecer calado, de refletir, de meditar ou ainda, o direito de manter-se isolado, *to be alone* segundo o Direito Norte Americano³⁷.

No meio dos direitos que se filiam na liberdade de expressão, em sua dimensão subjetiva, destacam-se o direito de expressar o pensamento e outras manifestações pessoais; a trilogia de direitos vinculados à liberdade de informação (direitos de informar, de se informar e de ser informado) e a liberdade de imprensa. Acerca da liberdade de expressão como direito subjetivo imediatamente aplicável e exequível, consiste na liberdade de manifestação do pensamento, por meio de comunicação direta entre dois indivíduos ou por via da exposição a um número determinado ou indeterminado de pessoas (em conferências, palestras, ou por meio de livros, jornais, revistas)³⁸.

No Brasil, por exemplo, mesmo com a liberdade de imprensa, quando a mídia veicula matérias difamatórias e invade a privacidade e a intimidade de forma vexatória, causando danos morais à pessoa física ou jurídica, tanto o autor da matéria quanto o proprietário do veículo de divulgação devem responder civilmente e ressarcir a vítima pelos danos morais causados. A Súmula 221- do Superior Tribunal de Justiça - STJ dispõe sobre essa questão da responsabilidade civil à mídia. Vejamos:

SÚMULA 221

³⁶ da Silva, Patrícia Sabrina (2018). Página 38.

³⁷ Reis, Clayton; Monteschio, Horácio (s.d.). Página 12.

³⁸ Trigueiro, Fábio Vinícius Maia (2016). Página 60.

São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação. (grifou-se)

Referências:

CC/1916, art. 159.

Lei de Imprensa, art. 49, § 2º.

Precedentes:

REsp 154.837-RJ (2ª S, 09.09.1998 – DJ 16.11.1998)

REsp 14.321-RS (3ª T, 05.11.1991 – DJ 02.12.1991)

REsp 122.128-RJ (3ª T, 10.03.1998 – DJ 31.08.1998)

REsp 184.232-SP (3ª T, 05.11.1998 – DJ 22.02.1999)

Segunda Seção, em 12.05.1999

DJ 26.05.1999, p. 68

Dessa forma, a liberdade de expressão, por vezes, gera uma falta de ética por parte de jornalistas e fotógrafos que têm acesso à veiculação de seus trabalhos nos grandes meios de comunicação e utilizam indevidamente imagens e informações não autorizadas pelo titular e que nem são de interesse público.

O direito ao esquecimento é, por vezes, aplicado às pessoas que, por terem cometido determinado crime, tiveram ampla exposição à imprensa, no entanto, após o cumprimento da pena preferem o ostracismo, preservando-se da opinião pública e buscando retomar sua vida após quitarem suas dívidas perante a sociedade.

Neste caso, é importante ressaltar que, no Brasil, de acordo com a Constituição Federal de 1988, art. 5º, XLVII, alínea “b”, *não haverá penas de caráter perpétuo*, ou seja, a pessoa que cometeu algum crime e cumpriu sua pena não deve ser perpetuamente lembrada e exposta pelo crime cometido, visto que a atitude de manter em circulação as informações acerca do crime e da pessoa que o cometeu, sendo por parte da mídia ou de pessoas físicas, pode ser caracterizada como uma pena perpétua, o que é inconstitucional³⁹.

Além do disposto na CF, ressalta-se também o art. 202 da LEP (Lei de Execução Penal)⁴⁰ que leciona:

TÍTULO IX

Das Disposições Finais e Transitórias

³⁹ da Silva, Patrícia Sabrina (2018). Página 20.

⁴⁰ Lei nº 7.210/1985.

Art. 202. Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.

Para ilustrar melhor esta questão, segue uma jurisprudência do TJRS (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul) acerca deste tema:

APELAÇÃO-CRIME. CRIMES CONTRA A VIDA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. RECURSO DA ACUSAÇÃO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. INVIABILIDADE.

Circunstâncias do art. 59 Culpabilidade. Não há elementos nos autos capazes de justificar a exasperação relativamente à culpabilidade do acusado. Antecedentes. Decorridos mais de cinco anos entre a extinção da pena e a data do fato. Impossibilidade de utilizar condenações anteriores para negativar referida circunstância judicial. Vedação constitucional de penas de caráter perpétuo. Precedente do STJ. Direito ao esquecimento Todas as pessoas, sem exceção, têm direito ao esquecimento em relação a fatos da sua vida passada, demeritórios, ou ilícitos. Mesmo a consideração da reincidência tem efeito limitado no tempo e é possível a reabilitação. **APELAÇÃO DESPROVIDA. DECISÃO POR MAIORIA**⁴¹.

Apesar do interesse público da informação não se esvaír com o tempo, o indivíduo pode pleitear a proteção à sua esfera privada, garantida pelo direito à privacidade, que, muitas vezes, entra em rota de colisão com o direito de livre expressão da imprensa, que tem o dever de informar. Há aqui uma questão geradora de polêmicas que tem chegado aos tribunais para buscar solução.

Reitere-se que existem fatos nocivos que não devem ser esquecidos, mas no caso concreto, com a colisão de direitos fundamentais de informação e do esquecimento, deverá haver o sopesamento da importância de cada qual e aplicar a manutenção ou retirada das informações dos sites de pesquisa ou de outro meio. A responsabilidade do julgador, no caso

⁴¹ Apelação Crime nº 70054718952, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 19/12/2013.

concreto, deve analisar as atitudes das partes no intuito de salvaguardar o direito pleiteado. Neste sentido, Enéas Costa Garcia⁴² leciona:

Sempre é preciso estar atento para gravidade do fato, a fim de não prestigiar a cobiça e o capricho. Todavia, se o magistrado no caso concreto observa que a descrição inexata foi potencialmente lesiva, apta a desencadear a lesão que o dano moral visa recompor, não motivo para negar a indenização.

Portanto, sobressai à importância da análise do caso concreto para se extrair das suas entranhas o real interesse das partes, pois não seria concebível a concessão de uma tutela ao direito de esquecimento quando este viesse acompanhado com o pleito egoístico, ou mesmo, no lado contrário que a sua divulgação estivesse envolta pelo manto do ganho econômico ou mesmo de atingir a honra e a imagem da pessoa⁴³.

Faz-se necessário lembrar que, se em uma ponta existe o direito de a pessoa ter fatos, circunstâncias e acontecimentos do seu passado que, de alguma forma a cause qualquer tipo de constrangimento, enterrados e esquecidos, ou seja, o direito de ser “deixada em paz”, de não ter essas questões relembradas frequentemente pela grande mídia, por redes sociais, entre outros, rediscutindo fatos que deveriam permanecer no passado. Na outra ponta existe também o direito à liberdade de expressão das pessoas e da mídia, tendo este último ainda o direito (ou até mesmo o dever) de prestar informações de interesse da sociedade⁴⁴.

Importante ressaltar, no entanto, que esta questão quanto a colisão de direitos fundamentais que deve resultar no sopesamento e ponderação do caso em concreto ocorre com mais potência no caso do sistema jurídico brasileiro, posto que – diferentemente do português – o direito ao esquecimento é mais abstrato e espaçado dentro do ordenamento jurídico, conforme visto no capítulo anterior.

Não se pode esquecer, no entanto, que o sopesamento e ponderamento da colisão de direitos fundamentais, no âmbito europeu (e em qualquer lugar que exista o direito ao esquecimento), foi justamente o precursor da instituição e concretização do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico. A questão do direito à privacidade, imagem, honra, entre outros, versus o direito à liberdade de expressão, à informação, à imprensa, é

⁴² Citado por Reis, Clayton; Monteschio, Horácio (s.d.). Página 21.

⁴³ Reis, Clayton; Monteschio, Horácio (s.d.). Página 21-22.

⁴⁴ da Silva, Patrícia Sabrina (2018). Página 20.

justamente o que cria o embate acerca da necessidade de se criar um diploma legal específico que trate do direito ao esquecimento, abordando suas hipóteses de aplicação, a forma que esta será aplicada, bem como as implicações legais a quem a contrariar.

5. Direito ao Esquecimento na Jurisprudência

5.1. Caso Mário Costeja González X Google Espanha

Após pesquisar o nome Mario Costeja González no google, descobre-se que ele é um advogado espanhol, que morava na Rua Montseny, na cidade de Barcelona, em um apartamento de 90m², que foi levado a leilão para pagamento de dívidas com a seguridade social espanhola, conforme se noticiou no jornal La Vanguardia, no ano de 1998, na página de anúncios de leilões públicos. Mario Costeja González, no entanto, havia quitado a dívida, antes que precisasse ser vendido judicialmente. Em 2009, ele procurou administrativamente o jornal para pedir que seu nome não mais aparecesse no motor de busca em associação a esse fato. A resposta foi negativa e o argumento foi que a publicação se deveria a um comando do Ministério do Trabalho e Seguridade Social. O jornal funcionava apenas como instrumento para executar uma determinação do órgão público⁴⁵.

Mario Costeja González buscou também, administrativamente, o Google Espanha, Em 2010, solicitando a retirada de seus dados do motor de busca. A sucursal espanhola transmitiu o requerimento de Mario para a matriz californiana, que também negou o pedido. Em março do mesmo ano, o espanhol protocolizou uma reclamação na Agência Espanhol de Proteção de Dados (AEPD) contra a empresa La Vanguardia Ediciones SL, que edita o jornal com o mesmo nome, com grande circulação na Catalunha, e também contra Google Spain e Google Inc⁴⁶.

A solicitação de Mário Costeja González era no sentido de que fossem apagados ou alterados os *sites* nos quais seus dados estavam disponíveis, de modo a que estes não mais aparecessem ou que não fosse possível sua leitura por terceiros. Segundo ele, por conta da extinção do processo de execução ter ocorrido há vários anos, não havia mais sentido em manter estes dados disponíveis⁴⁷.

⁴⁵ Rodrigues Junior, Otávio Luiz (2014).

⁴⁶ Idem

⁴⁷ Idem

O julgamento da reclamação pela agência espanhola aconteceu em julho de 2010, sendo rejeitado o pedido em face do jornal, com a justificativa de que o jornal somente publicou o anúncio por ordem do Ministério do Trabalho e Seguridade Social, com objetivo de ordem pública, visando dar ampla publicidade ao leilão dos imóveis. Com relação ao Google, sucursal e matriz, a AEPD entendeu que os motores de busca submetem-se à legislação protetiva de dados pessoais, na medida em que são intermediários entre a informação e o público. Portanto, seria legítimo determinar a retirada dos dados e proibir que certas informações pessoais sejam expostas, quando isso resultar em lesão ao direito fundamental de proteção de dados e também à dignidade da pessoa humana em sentido amplo. Nesse último aspecto, também se compreenderia o desejo do indivíduo de que seus dados pessoais não sejam conhecidos por terceiros⁴⁸.

Inconformadas com a decisão da AEPD, Google Spain e a Google Inc. recorreram perante a Audiência Nacional, um órgão judiciário de Espanha, com competência sobre todo o território do país, de cujos julgamentos cabem recurso ao Supremo Tribunal da Espanha⁴⁹.

No julgamento do caso, a Audiência Nacional entendeu que seria necessário devolver a matéria para o Tribunal de Justiça da União Europeia, por considerar que a matéria envolvia a interpretação da Diretiva 95/46, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas naturais no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados⁵⁰.

Em 2014, o Tribunal de Justiça de União Europeia (TJUE) reconheceu o direito de Mario a ter o resultado de busca que lhe ofendia desindexado das ferramentas de pesquisa. Tal decisão deu origem a uma miríade de debates a respeito dos deveres dos provedores de busca e também ao que se convencionou chamar de “direito ao esquecimento”. O TJUE considerou que os provedores de busca têm a capacidade de controlar o processamento dos dados pessoais dos indivíduos cujo nome é buscado e, portanto, têm a obrigação de desindexar as informações que sejam inadequadas, não pertinentes ou que já não sejam pertinentes por causa do decurso de tempo decorrido ou ainda sejam excessivas. Tal

⁴⁸ Rodrigues Junior, Otávio Luiz (2014).

⁴⁹ Idem

⁵⁰ Idem

obrigação seria uma consequência do artigo 12.b da Diretiva nº 95/46 da União Europeia sobre proteção de dados pessoais⁵¹. Vejamos a conclusão do acórdão do TJUE⁵²:

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Grande Secção) declara:

1) O artigo 2.º, alíneas b) e d), da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, deve ser interpretado no sentido de que, por um lado, a atividade de um motor de busca que consiste em encontrar informações publicadas ou inseridas na Internet por terceiros, indexá-las automaticamente, armazená-las temporariamente e, por último, pô-las à disposição dos internautas por determinada ordem de preferência deve ser qualificada de «tratamento de dados pessoais», na aceção do artigo 2.º, alínea b), quando essas informações contenham dados pessoais, e de que, por outro, o operador desse motor de busca deve ser considerado «responsável» pelo dito tratamento, na aceção do referido artigo 2.º, alínea d).

2) O artigo 4.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 95/46 deve ser interpretado no sentido de que é efetuado um tratamento de dados pessoais no contexto das atividades de um estabelecimento do responsável por esse tratamento no território de um Estado-Membro, na aceção desta disposição, quando o operador de um motor de busca cria num Estado-Membro uma sucursal ou uma filial destinada a assegurar a promoção e a venda dos espaços publicitários propostos por esse motor de busca, cuja atividade é dirigida aos habitantes desse Estado-Membro.

3) Os artigos 12.º, alínea b), e 14.º, primeiro parágrafo, alínea a), da Diretiva 95/46 devem ser interpretados no sentido de que, para respeitar os direitos previstos nestas disposições e desde que as condições por elas previstas estejam efetivamente satisfeitas, o operador de um motor de busca é obrigado a suprimir da lista de resultados, exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do nome de uma pessoa, as ligações a outras páginas web publicadas por terceiros e que contenham informações sobre essa pessoa, também na hipótese de esse nome ou de essas informações não serem prévia ou simultaneamente apagadas dessas páginas web, isto, se for caso disso, mesmo quando a sua publicação nas referidas páginas seja, em si mesma, lícita.

⁵¹ Oliveira, Caio (2019).

⁵² Acórdão do processo C-131/12 do TJUE disponível em <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=1&part=1&mode=req&docid=152065&occ=first&dir=&cid=201752>>.

4) Os artigos 12.º, alínea b), e 14.º, primeiro parágrafo, alínea a), da Diretiva 95/46 devem ser interpretados no sentido de que, no âmbito da apreciação das condições de aplicação destas disposições, importa designadamente examinar se a pessoa em causa tem o direito de que a informação em questão sobre a sua pessoa deixe de ser associada ao seu nome através de uma lista de resultados exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do seu nome, sem que, todavia, a constatação desse direito pressuponha que a inclusão dessa informação nessa lista causa prejuízo a essa pessoa. Na medida em que esta pode, tendo em conta os seus direitos fundamentais nos termos dos artigos 7.º e 8.º da Carta, requerer que a informação em questão deixe de estar à disposição do grande público devido à sua inclusão nessa lista de resultados, esses direitos prevalecem, em princípio, não só sobre o interesse económico do operador do motor de busca mas também sobre o interesse desse público em aceder à informação numa pesquisa sobre o nome dessa pessoa. No entanto, não será esse o caso se se afigurar que, por razões especiais como, por exemplo, o papel desempenhado por essa pessoa na vida pública, a ingerência nos seus direitos fundamentais é justificada pelo interesse preponderante do referido público em ter acesso à informação em questão, em virtude dessa inclusão.

O RGPD veio – então – ampliar e positivar o resultado do julgamento supracitado, trazendo em seu art. 17.º o direito ao esquecimento, com suas hipóteses de aplicação. Percebe-se, portanto, que o caso do cidadão espanhol Mário González foi o precursor da discussão e positivização do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico europeu e, por consequência, no ordenamento jurídico português.

5.2.Caso Chacina da Candelária

Este caso ocorreu na cidade do Rio de Janeiro, em 23 de julho de 1993, na Igreja de Nossa Senhora da Candelária, especificamente, nas escadarias de acesso a Igreja onde dormiam vários desabrigados. Na ocasião, oito menores de idade e desabrigados foram assassinados e vários ficaram feridos. Jurandir Gomes de França, um dos acusados de ter participado deste crime, foi levado a júri popular e foi absolvido com o argumento da negativa de autoria⁵³.

⁵³ Barros, Maria Eduarda (2019).

No entanto, em 2006, a TV GLOBO (emissora de televisão brasileira) retratou em um dos episódios do seu programa chamado “Linha Direta”, o caso da Chacina da Candelária, apontando o sr. Jurandir Gomes França como partícipe do crime, mas esclarecendo que o autor foi absolvido quanto à participação no crime, sendo assim leal à verdade. Após a transmissão deste episódio, Jurandir propôs uma ação, na justiça do Rio de Janeiro, de indenização por danos morais em desfavor da Rede Globo, justificando no fato de ter sofrido uma grave violação à sua dignidade e à sua tranquilidade, visto que sofreu muitas ameaças, passou por perseguições e ainda sofreu muito preconceito e discriminação social⁵⁴. No primeiro grau, seu pedido foi indeferido, No entanto, a decisão foi reformada em sede de apelação, condenando a TV Globo ao pagamento da indenização no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Opostos embargos infringente e embargos de declaração, ambos foram rejeitados. (STJ, REsp. 1.334.097, 2013, p. 6-9)⁵⁵.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu que a referida situação ofendia os direitos da personalidade, dentre os quais o da privacidade, sob a justificativa que a lembrança dos fatos causou danos ao autor⁵⁶.

A Rede Globo alegou em recurso especial que era “incabível o acolhimento de um direito ao esquecimento ou o direito de ser deixado em paz” e “que não seria possível retratar a trágica história dos homicídios da Candelária sem mencionar o recorrido, porque se tornou, infelizmente, uma peça chave do episódio e do conturbado inquérito policial”. (STJ, REsp. 1.334.097, 2013, p. 10). O STJ, no entanto, entendeu que era perfeitamente possível a exibição do programa de fazer um resgate histórico, sem identificar Jurandir. Ficou claro, neste caso, a aplicação do direito ao esquecimento. Jurandir, que foi absolvido no caso da chacina, sofreu danos e consequências por não ter seu direito de ser deixado em paz respeitado, tendo sua imagem explorada e sua privacidade violada pelo programa de TV⁵⁷. Vejamos a ementa do acórdão do STJ⁵⁸:

RE no RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.097 – RJ (2012/0144910-7)
RELATOR: MINISTRO HUMBERTO MARTINS
RECORRENTE: GLOBO COMUNICAÇÕES E
PARTICIPAÇÕES S/A ADVOGADOS: JOSÉ PERDIZ DE JESUS

⁵⁴ Barros, Maria Eduarda (2019).

⁵⁵ Lucena, Marcelo (2016).

⁵⁶ Barros, Maria Eduarda (2019).

⁵⁷ Lucena, Marcelo (2016).

⁵⁸ Superior Tribunal de Justiça STJ – RE no RECURSO ESPECIAL: RE no REsp 0029569-97.2007.8.19.0001 RJ 2012/0144910-7.

E OUTROS(S) – DF010011 JOÃO CARLOS MIRANDA GARCIA DE SOUSA E OUTRO(S) – RJ075342 GUSTAVO BINENBOJM – RJ083152 RODRIGO NEIVA PINHEIRO E OUTRO(S) – DF018521 RECORRIDO: JURANDIR GOMES DE FRANÇA ADVOGADO: PEDRO D’ALCÂNTARA MIRANDA FILHO E OUTRO(S) – RJ069620 DIREITO CONSTITUCIONAL. VEICULAÇÃO DE PROGRAMA TELEVISIVO QUE ABORDA CRIME OCORRIDO HÁ VÁRIAS DÉCADAS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 786/STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO SOBRESTADO. DECISÃO Vistos. Cuida-se de recurso extraordinário interposto pela GLOBO COMUNICAÇÕES E PARTICIPAÇÕES S.A., com fundamento no art. 102, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça ementado nos seguintes termos (fls. 583/587, e-STJ): “RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. SEQUÊNCIA DE HOMICÍDIOS CONHECIDA COMO CHACINA DA CANDELÁRIA. REPORTAGEM QUE REACENDE O TEMA TREZE ANOS DEPOIS DO FATO. VEICULAÇÃO INCONSENTIDA DE NOME E IMAGEM DE INDICIADO NOS CRIMES. ABSOLVIÇÃO POSTERIOR POR NEGATIVA DE AUTORIA. DIREITO AO ESQUECIMENTO DOS CONDENADOS QUE CUMPRIRAM PENA E DOS ABSOLVIDOS. ACOLHIMENTO. DECORRÊNCIA DA PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DAS LIMITAÇÕES POSITIVADAS À ATIVIDADE INFORMATIVA. PRESUNÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DA PESSOA. PONDERAÇÃO DE VALORES. PRECEDENTES DE DIREITO COMPARADO. (...) 2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, que reabriu antigas feridas já superadas pelo autor e reacendeu a desconfiança da sociedade quanto à sua índole. O autor busca a proclamação do seu direito ao esquecimento, um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado. 3. No caso, o julgamento restringe-se a analisar a adequação do direito ao esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro, especificamente para o caso de publicações na mídia televisiva, porquanto o mesmo debate ganha contornos bem diferenciados quando transposto para internet, que desafia soluções de índole técnica, com atenção, por exemplo, para a possibilidade de compartilhamento de informações e circulação internacional do conteúdo, o que pode tangenciar temas sensíveis, como a soberania dos Estados-nações. 4. Um dos danos colaterais da “modernidade líquida” tem sido a progressiva eliminação da

“divisão, antes sacrossanta, entre as esferas do ‘privado’ e do ‘público’ no que se refere à vida humana”, de modo que, na atual sociedade da hiperinformação, parecem evidentes os “riscos terminais à privacidade e à autonomia individual, emanados da ampla abertura de arena pública aos interesses privados [e também o inverso], e sua gradual mas incessante transformação numa espécie de teatro de variedades dedicado à diversão ligeira” (BAUMAN, Zygmunt. Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, pp. 111-113). Diante dessas preocupantes constatações, o momento é de novas e necessárias reflexões, das quais podem mesmo advir novos direitos ou novas perspectivas sobre velhos direitos revisitados.

5. Há um estreito e indissolúvel vínculo entre a liberdade de imprensa e todo e qualquer Estado de Direito que pretenda se autoarfirmar como Democrático. Uma imprensa livre galvaniza contínua e diariamente os pilares da democracia, que, em boa verdade, é projeto para sempre inacabado e que nunca atingirá um ápice de otimização a partir do qual nada se terá a agregar. Esse processo interminável, do qual não se pode descurar – nem o povo, nem as instituições democráticas –, encontra na imprensa livre um vital combustível para sua sobrevivência, e bem por isso que a mínima cogitação em torno de alguma limitação da imprensa traz naturalmente consigo reminiscências de um passado sombrio de descontinuidade democrática. (...) 7. Assim, a liberdade de imprensa há de ser analisada a partir de dois paradigmas jurídicos bem distantes um do outro. O primeiro, de completo menosprezo tanto da dignidade da pessoa humana quanto da liberdade de imprensa; e o segundo, o atual, de dupla tutela constitucional de ambos os valores.

8. Nesse passo, a explícita contenção constitucional à liberdade de informação, fundada na inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra, imagem e, de resto, nos valores da pessoa e da família, prevista no art. 220, §1º, art. 221 e no §3º do art. 222 da Carta de 1988, parece sinalizar que, no conflito aparente entre esses bens jurídicos de especialíssima grandeza, há, de regra, uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana, embora o melhor equacionamento deva sempre observar as particularidades do caso concreto. Essa constatação se mostra consentânea com o fato de que, a despeito de a informação livre de censura ter sido inserida no seletivo grupo dos direitos fundamentais (art. 5º, inciso IX), a Constituição Federal mostrou sua vocação antropocêntrica no momento em que gravou, já na porta de entrada (art. 1º, inciso III), a dignidade da pessoa humana como – mais que um direito – um fundamento da República, uma lente pela qual devem ser interpretados os demais direitos posteriormente reconhecidos. Exegese dos arts. 11, 20 e 21 do Código Civil de 2002. Aplicação da filosofia kantiana, base da teoria da dignidade da pessoa humana, segundo a qual o ser humano tem um valor em si que supera o das “coisas humanas”. (...) 10. É que a historicidade de determinados crimes por vezes é edificada à custa de vários desvios de legalidade, por isso não deve constituir óbice em si intransponível

ao reconhecimento de direitos como o vindicado nos presentes autos. Na verdade, a permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo a pretexto da historicidade do fato pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado, por isso, nesses casos, o reconhecimento do “direito ao esquecimento” pode significar um corretivo tardio, mas possível das vicissitudes do passado, seja de inquéritos policiais ou processos judiciais pirotécnicos e injustos, seja da exploração populista da mídia. 11. É evidente o legítimo interesse público em que seja dada publicidade da resposta estatal ao fenômeno criminal. Não obstante, é imperioso também ressaltar que o interesse público além de ser conceito de significação fluida não coincide com o interesse do público, que é guiado, no mais das vezes, por sentimento de execração pública, praxeamento da pessoa humana, condenação sumária e vingança continuada. 12. Assim como é acolhido no direito estrangeiro, é imperiosa a aplicabilidade do direito ao esquecimento no cenário interno, com base não só na principiologia decorrente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, mas também diretamente do direito positivo infraconstitucional. A assertiva de que uma notícia lícita não se transforma em ilícita com o simples passar do tempo não tem nenhuma base jurídica. O ordenamento é repleto de previsões em que a significação conferida pelo Direito à passagem do tempo é exatamente o esquecimento e a estabilização do passado, mostrando-se ilícito sim reagitar o que a lei pretende sepultar. Precedentes de direito comparado. 13. Nesse passo, o Direito estabiliza o passado e confere previsibilidade ao futuro por institutos bem conhecidos de todos: prescrição, decadência, perdão, anistia, irretroatividade da lei, respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, prazo máximo para que o nome de inadimplentes figure em cadastros restritivos de crédito, reabilitação penal e o direito ao sigilo quanto à folha de antecedentes daqueles que já cumpriram pena (art. 93 do Código Penal, art. 748 do Código de Processo Penal e art. 202 da Lei de Execuções Penais). Doutrina e precedentes. 14. Se os condenados que já cumpriram a pena têm direito ao sigilo da folha de antecedentes, assim também a exclusão dos registros da condenação no Instituto de Identificação, por maiores e melhores razões aqueles que foram absolvidos não podem permanecer com esse estigma, conferindo-lhes a lei o mesmo direito de serem esquecidos. 15. Ao crime, por si só, subjaz um natural interesse público, caso contrário nem seria crime, e eventuais violações de direito resolver-se-iam nos domínios da responsabilidade civil. E esse interesse público, que é, em alguma medida, satisfeito pela publicidade do processo penal, finca raízes essencialmente da fiscalização social da resposta estatal que será dada ao fato. Se é assim, o interesse público que orbita o fenômeno criminal tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso, a qual, certamente, encontra seu último suspiro, com a extinção da pena ou com a absolvição, ambas consumadas irreversivelmente. E é nesse

interregno temporal que se perfaz também a vida útil da informação criminal, ou seja, enquanto durar a causa que a legitimava. Após essa vida útil da informação seu uso só pode ambicionar, ou um interesse histórico, ou uma pretensão subalterna, estigmatizante, tendente a perpetuar no tempo as misérias humanas. 16. Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória que é a conexão do presente com o passado e a esperança que é o vínculo do futuro com o presente, fez clara opção pela segunda. E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana. 17. Ressalvam-se do direito ao esquecimento os fatos genuinamente históricos – historicidade essa que deve ser analisada em concreto -, cujo interesse público e social deve sobreviver à passagem do tempo, desde que a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável. 18. No caso concreto, a despeito de a Chacina da Candelária ter se tornado com muita razão um fato histórico, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco, o certo é que a fatídica histórica seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. Nem a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito. 19. Muito embora tenham as instâncias ordinárias reconhecido que a reportagem se mostrou fidedigna com a realidade, a receptividade do homem médio brasileiro a noticiários desse jaez é apta a reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor, o qual, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado. No caso, permitir nova veiculação do fato, com a indicação precisa de nome e imagem do autor, significaria a permissão de uma segunda ofensa à sua dignidade, só porque a primeira já ocorrera no passado, uma vez que, como bem reconheceu o acórdão recorrido, além do crime em si, o inquérito policial consubstanciou uma reconhecida “vergonha” nacional à parte. 20. Condenação mantida em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por não se mostrar exorbitante. 21. (...) Ante o exposto, com fundamento no art. 1.020, inciso III, do Código de Processo Civil, c/c o art. 328-A do RISTF, determino o SOBRESTAMENTO do recurso extraordinário até a publicação da decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal acerca do Tema 786/STF da sistemática de repercussão geral. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 04 de outubro de 2017. MINISTRO HUMBERTO MARTINS Vice-Presidente.

(STJ-RE no REsp: 1334097 RJ 2012/0144910-7, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Publicação: DJ 11/10/2017)

Percebe-se, então, claramente, o direito ao esquecimento sendo aplicado pelo poder judiciário brasileiro, mesmo que não conste, com esse nome, na legislação brasileira. A jurisprudência acima, inclusive, utiliza como argumento a legislação sobre o direito ao esquecimento de outros países, sendo necessária sua aplicação no direito brasileiro.

6. Conclusão

Após a leitura do presente trabalho, percebe-se que o direito ao esquecimento é o direito que o indivíduo tem de que um fato fique no passado e não seja lembrado eternamente, ou seja, o direito ao esquecimento seria tornar realidade o poder de qualquer indivíduo dispor sobre toda a informação da qual é titular. Tal direito tem três vertentes: aspectos criminais; proteção de dados e direito ao esquecimento na internet. Entretanto, existem muitas problemáticas acerca do direito ao esquecimento, visto que – muitas vezes – entra em conflito com outros direitos fundamentais, como o direito à liberdade de expressão. Nestes casos, é necessário o sopesamento e ponderar a colisão destes direitos no caso concreto, analisando suas circunstâncias.

No ordenamento jurídico português, o direito ao esquecimento já está inserido e regulamentado, por meio do art.17.º do RGPD, estando descritas as hipóteses em que este será aplicado, obrigando ao responsável pelo tratamento dos dados o devido apagamento deste, de acordo com a vontade e com o direito do titular dos dados.

No entanto, em contrapartida, o direito ao esquecimento não está previsto – de forma específica – na legislação brasileira, mesmo com o advento da LGPD. Dessa forma, cumpre a Jurisprudência o papel de, a partir das normas legais e do estudo do direito comparado, desenvolver situações que se enquadrem dentro da hipótese no caso concreto. Dessa forma, o STJ ao aplicar o direito ao esquecimento nos casos mencionados, demonstra que não é necessária uma norma com a previsão legal do direito ao esquecimento. Contudo, faz-se necessário uma análise do caso concreto para a procedência ou improcedência do direito ao esquecimento.

Além do mais, percebe-se que, no Brasil, o direito à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa são muito fortes e, muitas vezes, sobrepõem-se aos outros direitos fundamentais, como o próprio direito ao esquecimento, direito à intimidade, privacidade e à honra. Portanto, não seria tão bem aceito diplomas legais limitando o poder das grandes mídias (principalmente) e estipulando hipóteses específicas para a aplicação do direito ao esquecimento, considerando a grande influência que os jornais e as notícias têm sobre o povo brasileiro.

O Brasil ainda está no início da discussão acerca da necessidade de haver diplomas legais voltados à proteção de dados pessoais. Como mostrado ao longo deste trabalho, a LGPD ainda está aquém dos diplomas internacionais como o próprio RGPD, mesmo que este último tenha servido de inspiração para a criação da LGPD. No entanto, o primeiro passo já foi dado e aos poucos novos diplomas legais irão surgir no âmbito da proteção de dados pessoais, bem como a própria LGPD provavelmente sofrerá atualizações, abarcando – cada vez mais – direitos e proteção às pessoas, conforme novas necessidades forem surgindo dentro da sociedade.

Referências Bibliográficas

Barros, M. E. (2019). *Direito ao esquecimento: conflito entre os direitos da personalidade - caso Chacina da Candelária e Aída Curi*. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53601/direito-ao-esquecimento-conflito-entre-os-direitos-da-personalidade-caso-chacina-da-candelaria-e-ada-curi>. Consultado em 24 de maio de 2020.

BRASIL. Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

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

BRASIL. Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.

Comissão Europeia. *O que são dados pessoais?*. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data_pt

Conheça a nova versão do Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais. (2015). *Pensando o Direito*. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/dadospessoais/2015/10/conheca-a-nova-versao-do-anteprojeto-de-lei-de-protecao-de-dados-pessoais/>. Consultado em 28/09/2021.

Cordeiro, A. (2020). *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*. Coimbra: Almedina.

Enunciado n.º 531, de 12 de março de 2013. *VI Jornada de Direito Civil*. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

Falk, M. (2020). Os “Princípios Jurídicos” da LGPD e do RGPD: uma leitura a partir da Teoria dos Princípios de Humberto Ávila. In M. Wachowicz (Org.). *Proteção de dados pessoais em perspectiva – LGPD e RGPD na ótica do direito comparado* (Parte II, Seção I, Cap. I, pp. 148-185). Curitiba: GEDAI/UFPR.

Guimarães, J. A. (2019). *O regime jurídico do direito ao esquecimento (ou à desindexação) na União Europeia e sua repercussão no direito brasileiro*. (Dissertação de Mestrado em Direito da União Europeia não editada). Universidade do Minho, Escola de Direito, Braga.

Lei n.º 58/2019 de 08 de agosto. *Diário da República n.º 151/2019, Série I de 2019-08-08*, páginas 3 - 40. Lisboa: Assembleia da República.

Lei n.º 75/2021 de 18 de novembro. *Diário da República n.º 224/2021, Série I de 2021-11-18*, páginas 4-8. Lisboa: Assembleia da República.

Lucena, M. (2016). *Direito ao Esquecimento: O caso da Chacina da Candelária REsp 1.334.097 – RJ*. Disponível em: <https://advmarcelolucena.jusbrasil.com.br/artigos/303301916/direito-ao-esquecimento-o-caso-da-chacina-da-candelaria-resp-1334097-rj>. Consultado em 24 de maio de 2020.

Maldonado, V. N. (2017). *Direito ao esquecimento*. São Paulo: Editora Novo Século.

Masseno, M. D. (2020). A segurança dos dados na LGPD, brasileira: uma perspectiva europeia, desde Portugal. In M. Wachowicz (Org.). *Proteção de dados pessoais em perspectiva – LGPD e RGPD na ótica do direito comparado* (Parte I, Seção I, Cap. II, pp. 39-72). Curitiba: GEDAI/UFPR.

Mendes, J. B. (2018). *O Consentimento no novo Regulamento Geral de Proteção de Dados*. Revista Maia Jurídica

Oliveira, C. (2019). *Advogado Geral da UE sugere limitação territorial para 'Direito ao esquecimento*. Disponível em: <https://www.ab2l.org.br/advogado-geral-da-ue-sugere-limitacao-territorial-para-direito-ao-esquecimento/>. Consultado em 23 de maio de 2020.

Reis, C. & Monteschio, H. (s.d.). *Liberdade de expressão, direito ao esquecimento e direitos da personalidade*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c590b9faf2b899f2>. Consultado em 22 de maio de 2020.

Regulamento 2016/679, de 27 de abril de 2016. *Jornal Oficial da União Europeia, de 04 de maio 2016*. Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia.

Rodrigues Junior, O. L. (2014). *Direito de apagar dados e a decisão do tribunal europeu no caso Google Espanha*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-mai-21/direito-apagar-dados-decisao-tribunal-europeu-google-espanha#_ftn2_1429.

Consultado em 23 de maio de 2020.

Súmula nº 221. *Superior Tribunal de Justiça*. Segunda Seção, em 12.05.1999, DJ 26.05.1999, p. 68.

Superior Tribunal de Justiça. RE no RECURSO ESPECIAL: RE no REsp 0029569-97.2007.8.19.0001 RJ 2012/0144910-7, de 04 de outubro de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/509639798/re-no-recurso-especial-re-no-resp-1334097-rj-2012-0144910-7>. Acesso em 06/10/2021.

da Silva, P. S. (2018). *O direito ao esquecimento aplicado ao ordenamento jurídico: a colisão existente entre os direitos fundamentais de liberdade de expressão e da dignidade da pessoa humana*. (Monografia de Licenciatura em Direito não editada). Universidade de Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul.

Studart, A. P. & Martinez, L. (2019). O Direito ao Esquecimento como Direito Fundamental nas Relações de Trabalho. *Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 5 (2019), nº 1*, 121-165. Lisboa: Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (CIDP).

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70054718952, de 19 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114435032/apelacao-crime-acr-70054718952-rs>.

Acesso em 06/09/2021.

Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção). Acórdão no processo C-131/12, de 13 de maio de 2014. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=1&part=1&mode=req&docid=152065&occ=first&dir=&cid=201752>. Acesso em 05/10/2021.

Trigueiro, F. (2016). *Direito ao esquecimento na Sociedade da informação* (Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Constitucional não editada). Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, Coimbra.

Vaz, M. A.; Botelho, C. S.; Terrinha, L. H.; Coutinho, P.. (2017). *Jornadas nos quarenta anos da Constituição da República Portuguesa – Impacto e Evolução*. Porto: Universidade Católica Editora.

Veloso, E. (2018). *Direito ao esquecimento visto à luz do RGPD*. Disponível em: <https://www.jornaldenegocios.pt/opiniao/detalhe/direito-ao-esquecimento-visto-a-luz-do-rgpd>