

A INCONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO E O DIREITO À ELIMINAÇÃO DE DADOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Diego Mattiello¹

RESUMO: O artigo científico pretende apresentar a interferência da declaração de inconstitucionalidade do direito ao esquecimento na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). O estudo revelou a evolução histórica da proteção de dados no ordenamento nacional, finalizando com a última legislação marcante sobre o tema. Ainda, foi explanada a correlação do direito de esquecimento aos direitos fundamentais apresentados na Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Proteção de dados. Lei geral da proteção de dados pessoais.

ABSTRACT: The scientific article intends to present the interference of the declaration of unconstitutionality of the right to oblivion in the General Law of Data Protection Persons (LGPD). The study revealed the evolution of data protection history in the national order, ending with the latest legislation on the subject. Also, it was explained the correlation of the right of to be forgotten to fundamental rights presented in the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Right to be forgotten. Data protection. General law on the protection of personal data.

INTRODUÇÃO

Após a criação da rede mundial de computadores a vida da maior parte da população global mudou drasticamente, passando por um processo de expansão. Como vantagem, utilizamos a internet para realizar as mais diversas atividades: redes sociais, transações financeiras, pesquisas. Contudo, ao mesmo tempo, a sua utilização desregulamentada trouxe alguns malefícios, principalmente tratando da proteção dos dados dos usuários, que são expostos para livre consulta afetando diretamente a privacidade e intimidade dos usuários.

¹ Advogado inscrito no OAB/RS sob o número 111.767; Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2017); Bacharel em Administração de Empresas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2009). E-mail: diego.mattiello@outlook.com

Com isso, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) apresentou-se como um marco regulatório importante na proteção e utilização dos dados pessoais. Tal ordenamento explora a proteção do direito à dignidade da pessoa humana, que acaba influenciando em outros princípios protetivos secundários presentes na Constituição Federal de 1988 (CFRB)

São princípios que estão em constante evolução no mundo jurídico, transformando-se ao longo do tempo, sendo cada vez mais relevante uma leitura protecionista. Conforme Tavares (2012, p 676):

O direito à privacidade é compreendido, aqui, de maneira a englobar, portanto, o direito à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem das pessoas, à inviolabilidade do domicílio, ao sigilo das comunicações e ao segredo, dentre outros.

O direito ao esquecimento mostra-se como um tema correlato com a proteção de dados. Isso acontece no momento em que os titulares pleitam pela eliminação de deles quando não entendem mais como relevantes ou benéficos.

Ainda, será analisada a influência da mais recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), que declarou a inconstitucionalidade do direito ao esquecimento na Brasil.

1079

O DIREITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS PRINCÍPIOS CORRELATOS NA PROTEÇÃO DE DADOS CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O princípio da dignidade da pessoa humana está descrito no artigo 1º da CFRB de 1998, como sendo um dos seus fundamentos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Na concepção de Moraes (2017), há uma definição baseada no Direito à Felicidade que todas as pessoas merecerem, apontando a conceituação como uma força espiritual e

moral individuais, além de trazer uma pretensão ao respeito aos demais indivíduos. Formando-se um mínimo necessário que todo o estado jurídico deve proteger e assegurar aos cidadãos, de modo que, apenas em casos excepcionais, possam ser impostos limites a esses direitos fundamentais.

O artigo 5º, da CFRB, apresenta diversos direitos fundamentais, frutos do princípio da dignidade da pessoa humana, ganhando relação com o tema: a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

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:

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;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Faz justiça a disposição de Sarlet (2000) ao afirmar que a regra contida no referido artigo 5º, IV, estabelece uma espécie de “cláusula geral” que, em conjunto com outros dispositivos, asseguram a liberdade de expressão nas suas diversas manifestações: liberdade de manifestação do pensamento (incluindo a liberdade de opinião); liberdade de expressão artística; liberdade de ensino e pesquisa; liberdade de comunicação e de informação (liberdade de “imprensa”); liberdade de expressão religiosa.

Ademais, o artigo 220º da CFRB também aborda a liberdade de expressão:

A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

A restrição ao direito de se expressar livremente representa um exercício de violência, por parte de quem promove a censura, seja o Estado ou o próximo, na medida em que viola a abrangência totalizante da dignidade da pessoa humana, visto que a liberdade propugna pela autorrealização da pessoa humana (Mendes; Coelho; Branco, 2008).

Entretanto, a liberdade de expressão não pode ser infinita, deve sofrer determinadas limitações quando ela afeta outros direitos protegidos pela própria CFRB, essa é a visão de Marmelstein (2019. p.136). Para o referido autor, muitas vezes, a mídia está mais preocupada obter mais resultados do que manter o público bem informado.

Apesar de a liberdade de expressão, em suas diversas modalidades, ser um valor indispensável em um ambiente democrático, infelizmente, o que se tem observado com muita frequência é que a mídia nem sempre age com o nobre propósito de bem informar o público. Muitas vezes, os meios de comunicação estão interessados em apenas vender mais exemplares ou obter índices de audiência mais elevados. Por isso, é inegável que a liberdade de expressão deve sofrer algumas limitações no intuito de impedir ou diminuir a violação de outros valores importantes para a dignidade humana, como a honra, a imagem e a intimidade das pessoas, ou seja, os chamados direitos de personalidade, a serem analisados logo a seguir.

Ainda, Marmelstein (2019) desta que o constituinte brasileiro impôs normas que atribuíam uma série de direitos com o objetivo de criar uma proteção em torno da pessoa dentro da qual não cabe, em regra, a intervenção de terceiros, permitindo com isso o livre desenvolvimento da individualidade física e espiritual do ser humano. O autor lembra também, que são os direitos de personalidade: intimidade, privacidade, honra e imagem. Por fim, ressalva o permanente conflito entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade.

Abordando o direito secundário também fruto da dignidade da pessoa humana, segundo Dotti (1980, pg. 69), a intimidade é “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”.

1081

Complementando o conceito, na leitura de Tavares (2012), significa a intimidade tudo quanto diga respeito única e exclusivamente à pessoa em si mesma, a seu modo de ser e de agir em contextos mais reservados ou de total exclusão de terceiros.

Abordando o direito à honra, Bittar (2014. p. 201) enaltece que ele acompanha a pessoa desde o nascimento, por toda nossa vida e mesmo depois morte, pode ser afetado:

O reconhecimento do direito em tela prende-se à necessidade de defesa da reputação da pessoa (honra objetiva), compreendendo o bom nome e a fama de que desfruta no seio da coletividade, enfim, a estima que a cerca nos seus ambientes, familiar, profissional, comercial ou outro. Alcança também o sentimento pessoal de estima, ou a consciência da própria dignidade (honra subjetiva), de que separamos, no entanto, os conceitos de dignidade e de decoro, que integram, em nosso entender, o direito ao respeito (que versaremos a seguir), ou seja, modalidade especial de direito da personalidade apartada do âmbito geral da honra (que, na doutrina, vem, em geral, contemplada no mesmo conjunto).

Ainda, Marmelstein (2019. p. 140) ressalva o conflito permanente entre a liberdade de expressão e os direitos de personalidade, devendo ser analisado o caso concreto, pois não há hierarquia entre os princípios constitucionais:

“[...]deve ser dito que a solução para o conflito permanente entre a liberdade de expressão e os direitos de personalidade depende sempre do caso concreto, pois dificilmente será possível estabelecer uma hierarquia abstrata entre esses valores colidentes. Em alguns casos, a liberdade de expressão terá um peso maior – e aí não será devida qualquer indenização por eventual violação dos direitos de personalidade – e em outros casos os direitos de personalidade prevalecerão, ocasião em que será devida a reparação dos danos causados. Essa ideia será desenvolvida detalhadamente na Parte IV deste trabalho, quando se analisarão as técnicas de interpretação aplicadas em caso de colisão de direitos fundamentais, especialmente o princípio da proporcionalidade e a necessidade de ponderação.”

É o que também defende Bentivegna (2019. p. 105), que aponta que a própria CFRB impôs um limite à liberdade de expressão quando ela atinge outros princípios constitucionais:

[...]conflitivo dos direitos da personalidade imbricados com o exercício da Liberdade de Expressão e de Manifestação do Pensamento foi delimitado pela própria Constituição Federal, com a previsão do temperamento dessa liberdade com a necessária proteção (inviolabilidade) da honra, imagem, intimidade e privacidade das pessoas.

Conforme exposto, apesar da CFRB ter sido promulgada em 1988, já havia uma proteção aos direitos de privacidade dos cidadãos, contudo com a evolução da sociedade e crescente aumento da utilização da internet faz com que o tema mereça atualizações e readequações.

1082

O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Com a exponencial utilização da internet e redes sociais, as pessoas são expostas a uma grande gama de informações dos mais variados conteúdos. Nessa leitura, conteúdos íntimos podem ser divulgados numa velocidade ímpar. Contudo, a partir do momento em que há essa divulgação os dados podem acabar tornando-se públicos, acarretando prejuízos aos cidadãos.

O direito ao esquecimento trata-se de um desdobramento do princípio da dignidade humana, corolário aos princípios da inviolabilidade da vida privada e à proteção à privacidade destacados no tópico anterior. Entretanto, a sua conceituação gira sobre certa incerteza na esfera doutrinária.

Em que pese o título direito ao esquecimento, Branco (2017) descreve como sendo uma luta para que determinada informação não seja mais pública, acessível.

Seguindo, o doutrinador Martinez (2014, p. 57-58) expõe o conceito da seguinte forma:

Caracterizado como uma esfera de proteção, uma redoma, que permitiria que uma pessoa não autorizasse a divulgação de um fato que lhe diga respeito, ainda que verídico, por causar-lhe sofrimento ou algum transtorno, levando-se em consideração a utilidade e a data da ocorrência em que a informação objeto de proteção foi realizada. A ideia de esquecimento está diretamente ligada ao pensamento da superação do passado, de redenção, possibilitando que um sujeito não tenha o seu direito à privacidade, à intimidade, ao nome, à honra, atingido por fatos que já então consolidados pelo tempo.

Já Consalter (2017, p. 188) trás a ideia de que o direito ao esquecimento não é absoluto, além de explorar a ideia de que é fruto de direitos fundamentais:

Direito subjetivo, de titularidade individual e não absoluto, resultante do desdobramento do direito fundamental à intimidade, mediante o qual o interessado, no exercício de sua liberdade, autonomia e determinação individual, controla fatos pertencentes ao seu passado podem ou não ser retomados no presente ou no futuro, como forma de salvaguardar a sua integridade emocional, psíquica, profissional e social, além de resguardar, eficazmente, a sua vida íntima.

Para Machado (2018), o direito ao esquecimento origina-se no Direito Penal. Trata-se da garantia concedida ao apenado, após cumprida sua sentença perante o Estado, de não mais carregar o rótulo de "infrator", o que dificultaria sua recolocação na sociedade.

Como apresentando, o conceito do direito ao esquecimento no campo doutrinário apresenta diversas vertentes, destacando-se o conceito de Maldonado (2017, p.97) quando escreve como:

“[...] a possibilidade de alijar-se do conhecimento de terceiros uma específica informação que, muito embora verdadeira e que, preteritamente, fosse considerada relevante, não mais ostente interesse público em razão do anacronismo.”

Já na abordagem de Frajhof (2019, p. 21) é lembrado que o conceito surge em um ambiente moderno, virtual:

“[...] um “direito ao esquecimento” surge no ambiente virtual: uma possibilidade de que um indivíduo possa ter controle sobre as informações relacionadas a ele mesmo, e que tenham sido compartilhadas na internet, por não desejar mais o seu acesso irrestrito.”

Ainda, apesar de diversos doutrinadores buscarem uma definição para o conceito do direito ao esquecimento, para Moncau (2017), não se trata de um direito ao esquecimento,

mas de demandas por esquecimento, com múltiplos fundamentos, que serão acolhidas ou não pelo Tribunais.

Frajhof (2019. p. 156-157), destaca outra dificuldade na definição do conceito, utilizando a expressão de “guarda-chuva”:

Outra controvérsia é justamente a possibilidade de que este direito possa ser fundamentado ora como um direito autônomo, ora como um dos direitos da personalidade, na legislação de proteção de dados pessoais em países que possuem esta tradição, ou até mesmo na legislação consume-rista, no Marco Civil da Internet e no direito penal. Conseqüentemente, as diversas legislações que têm sido utilizadas para justificar o “direito ao esquecimento” contribuem para esta indeterminação, dando margem aos mais variados pedidos que podem ser feitos sob aquele rótulo. Esta característica guarda-chuva do “direito ao esquecimento” leva à inexorável pergunta sobre o que de fato é este direito, diante das diversas obrigações que a ele têm sido atribuídas, e às diversas situações em que ele tem sido aplicado.

O tema também ganhou destaque no cenário atual brasileiro com o Enunciado nº 531, aprovado na VI Jornada de Direito Civil dispondo o referido dispositivo que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Tendo como 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.

Inferre-se que a busca a aplicação desse direito está mais voltada não para o esquecimento de fato, mas para que a divulgação de certos fatos que tragam prejuízos constantes, mesmo após já ter cumprido as obrigações legais, continuem a causar malefícios.

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA BRASILEIRA NA PROTEÇÃO DE DADOS

Antes mesmo da promulgação da LGPD, o legislador pátrio já estava buscando um enquadramento do tema no ordenamento nacional, objetivando uma espécie de atualização dos direitos fundamentais constitucionais à crescente exposição de notícias e dados na mídia e principalmente na internet.

Apesar dessa busca do legislador em regulamentar a situação de exposição dos dados, até então havia um pequeno leque legal que de forma tênue resguardava algum direito ao usuário. Isso, através das seguintes legislações: Marco Civil da Internet (MCI), Lei nº 12.965 de 2014; Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078 de 1990; Lei de Acesso à Informação, Lei nº 12.527 de 2011 e a Lei do Habeas Data, Lei nº 9.507 de 1997.

Porém, merece atenção o MCI, que foi a primeira legislação mais marcante e específica sobre o tema. Segundo entendimento de Teixeira (2015, p. 94), o MCI possui as determinantes características:

Trata-se de uma lei principiológica, pois estabelece parâmetros gerais acerca de princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, além de determinar algumas diretrizes a serem seguidas pelo Poder Público sobre o assunto (Lei n. 12.965/2014 – Marco Civil da Internet – MCI, art. 10). Em seu texto também há regras específicas a serem cumpridas por agentes que operam na internet, especialmente as dirigidas aos provedores de acesso e de conteúdo.

O artigo 1º da MCI que relembra e reforça a primazia dos princípios constitucionais:

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.

Para Jesus (2014, p. 18), o MCI é um divisor de águas com o objetivo de buscar uma segurança jurídica para todos:

Uma das funções do Marco Civil Brasileiro é gerar segurança jurídica, oferecendo base legal ao Poder Judiciário quando se deparar com questões envolvendo internet e tecnologia da informação, evitando-se decisões contraditórias sobre temas idênticos, o que era muito comum.

Com o avanço do volume de informações transitando, principalmente na internet, o legislador então buscou um reforço normativo, trazendo a tona a promulgação da LGPD. Na visão de Teixeira (2021, p. 8), trata-se de um marco legal histórico:

A Lei n. 13.709/2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), é indiscutivelmente um grande marco no cenário nacional quanto à proteção de dados de pessoas físicas. Essa tutela é fruto do amadurecimento da questão pelo mundo, tanto é que 28 de janeiro é o Dia Internacional da Proteção de Dados.

Marinho (2020, p. 10) ressalta o rigor da legislação e sua especificidade:

A LGPD estabelece normas e regras rigorosas para a proteção de dados pessoais, regulamentando seu tratamento, definido como qualquer ação realizada desde a coleta, cópia, edição, armazenamento, publicação, impressão, transmissão, processamento e compartilhamento de dados pessoais.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Apesar de diversos doutrinados defenderem a aplicação do direito ao esquecimento, o Supremo Tribunal Federal ao julgar o processo Recurso Extraordinário nº 1.010.606/RJ, relatado pelo ministro Dias Toffoli, apresentou uma definição sobre a aceitabilidade ou não de tal instrumento.

O caso em questão não trata diretamente do direito ao esquecimento de dados vazados na internet ou em algum outro meio, mas de um programa televisivo que, revisitando alguns crimes que abalaram o Brasil, apresentou, dentre alguns casos verídicos que envolviam vítimas de violência contra a mulher, o caso de Aida Curi, cujos irmãos foram autores da ação.

A Corte Suprema entendeu que não era cabível a aplicação do direito ao esquecimento a esse caso, tendo em vista que a exibição do referido programa não incorreu em afronta ao nome, à imagem, à vida privada da vítima ou de seus familiares.

Sendo assim, foi fixada a seguinte tese no julgamento:

É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.

Vale destacar o voto do relator ministro Dias Toffoli, que dissera que a LGPD em nada fala quando ao direito do esquecimento.

O acórdão do julgamento do STF foi um fato histórico, inferindo-se que não é aplicável o direito ao esquecimento para casos de divulgação de atos ou dados verídico e lícitamente obtidos e publicados em meios comunicativos sociais analógicos ou digitais.

A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LGPD) E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

A LGPD foi um marco revolucionário no ordenamento nacional. Logo o seu primeiro dispositivo apresenta o seu objetivo. Trata-se de fonte primária para o aplicador da lei em seu enquadramento a cada caso concreto.

Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Ainda, o marco legal apresenta onze princípios, contudo, para Lima (2020), trata-se de rol meramente exemplificativo, podendo existir outros princípios esparsos no ordenamento jurídico nacional, bem como no internacional. Artigo 6º da LGPD:

As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A LGPD não tratou diretamente da expressão direito ao esquecimento. Podemos encontrar a palavra "eliminação", cujo significado está no inciso XIV do artigo 5º da lei: "Exclusão de dado ou de conjunto de dados armazenados em banco de dados, independentemente do procedimento empregado".

Tal ordenamento buscou estabelecer um sistema protetivo de dados pessoais em sistemas, direitos e obrigações determinados. Assim, os direitos estabelecidos pela LGPD estão elencados, em sua maioria, nos artigos 17º à 22º da LGPD, e são eles: i) o direito de obter a confirmação da existência de tratamento; ii) direito de acesso aos dados; iii) direito de correção dos dados incompletos, inexatos ou desatualizados; iv) direito à anonimização dos dados pessoais; v) direito ao bloqueio ou eliminação dos dados desnecessários, excessivos ou decorrentes de tratamento ilícito; vi) direito à portabilidade dos dados pessoais; vii) direito à informação sobre o compartilhamento de seus dados pessoais pelo controlador; viii) informações sobre não fornecimento do consentimento e quais as conseqüências da negativa; ix) direito à revogação do consentimento; x) direito à revisão das decisões tomadas com base em tratamento automatizado de dados pessoais, dentre outros.

No entendimento de Lima (2020), o papel do consentimento é fundamental para a consolidação do direito à autodeterminação informacional, tendo em vista que o consentimento informado e inequívoco é um dos pilares do sistema protetivo dos dados pessoais. Ainda, “o consentimento deve ser informado, isto é, o titular dos dados deve ter efetivo conhecimento dos termos e condições de uso e, expressa ou inequivocamente, concordar com eles.” (LIMA, 2020, p.250).

Entretanto, o artigo 11º do MIC, conforme já citado, já abordou o tema da necessidade de consentimento disponibilizado pelo titular para o tratamento dos dados pessoas, não sendo uma legislação inovadora nesse ponto.

No artigo 4º a lei fixou o seu campo de atuação não se aplicando ao tratamento de dados nos determinados casos:

- I - realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos;
- II - realizado para fins exclusivamente:
 - a) jornalístico e artísticos; ou
 - b) acadêmicos, aplicando-se a esta hipótese os arts. 7º e 11 desta Lei;
- III - realizado para fins exclusivos de:
 - a) segurança pública;
 - b) defesa nacional;
 - c) segurança do Estado; ou

d) atividades de investigação e repressão de infrações penais; ou

IV - provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei.

Em interessante análise, Pinheiro (2018, p. 30). ressalta a importância das limitações apresentadas na norma:

Essa restrição do campo de alcance contribui para reduzir os impactos econômicos e sociais, visto que há elevados custos na implementação das exigências trazidas pela legislação de proteção de dados pessoais. Além disso, há sempre necessidade de equilibrar a proteção da privacidade (como um direito individual) e a proteção da segurança pública (como um direito coletivo), especialmente diante da obrigação de fortalecer o combate ao crime organizado, à fraude digital e ao terrorismo.

Em complementação, o artigo 7º estabelece as hipóteses em que a norma é aplicada.

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;

II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;

IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;

V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;

VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996

VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária;

IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou

X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

Ainda, a lei em questão trouxe o conceito do controlador: “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;”

Seguindo, a LGPD deu liberdade para que o titular dos seus dados, posteriormente, possa solicitar ao controlador a devida eliminação. Principalmente quando trata-se de dados sensíveis, que são aqueles de ordem pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, referente à saúde ou à vida sexual e dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural. O artigo 18, dispõe que:

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: [...] anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei; [...] eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei;

Analisando o artigo 18º, Pinheiro (2018. p. 38) ressalta o direito dos titulares dos dados protegidos pelo texto legal, além da preocupação do legislador:

O direito dos titulares dos dados de livre acesso às informações relativas ao tratamento é reiterado de maneira enumerativa no art. 18, cuja preocupação é garantir que o titular possa assegurar que seus dados estão sendo tratados de forma segura, verídica e cumprindo a sua finalidade.

Da mesma forma, a liberdade de revogar o consentimento e requerer o apagamento dos dados é reafirmada como reflexo da liberdade de escolha da pessoa, de forma que – assim como o consentimento – a revogação deve ser expressa. Novamente, o texto da lei reitera que os dados anonimizados não recebem o direito ao mesmo tratamento dos dados pessoais.

Já o artigo 16º, apresentou quais dados poderão ser conservados mesmo após a sua eliminação:

Os dados pessoais serão eliminados após o término de seu tratamento, no âmbito e nos limites técnicos das atividades, autorizada a conservação para as seguintes finalidades:

- I - cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
- II - estudo por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;
- III - transferência a terceiro, desde que respeitados os requisitos de tratamento de dados dispostos nesta Lei; ou
- IV - uso exclusivo do controlador, vedado seu acesso por terceiro, e desde que anonimizados os dados.

Para Pinheiro (2018. p. 37), a LGPD traz a relevância da proteção dos dados com cunho histórico-cultural das instituições:

[...] devemos considerar a importância da guarda de dados pessoais relacionados a acervo histórico-cultural das instituições, como pode ocorrer com registros

fotográficos ou ainda de informações relacionadas a funcionários, em que o tratamento claramente precisará ser limitado a esta finalidade. E a LGPD deve estar harmonizada em consonância com outras legislações que protegem inclusive direitos de propriedade intelectual.

Sobre a limitação do tratamento de dados, Morganti (2019) defende que o tratamento dos dados abarcados pela LGPD não é ilimitado, pois os dados pessoais constituem direito do titular, que pode dispor livremente deles conforme interesses individuais. Tudo isso, porque o indivíduo titular dos dados tem o direito constitucional à privacidade.

Analisando a LGPD, Penteadó e Conte (2019, p. 7) dispõem que:

Considerada como um grande avanço para a proteção dos cidadãos, parece-nos que a LGPD tem como maior preocupação a ampliação do conceito de direito à privacidade, que compreende não somente a intimidade e o segredo, mas a possibilidade de se estabelecer quem pode acessar determinados dados, bem como alcance e o limite ao uso de tais dados

CONCLUSÃO

O presente artigo científico teve como objetivo central explicar a evolução da proteção de dados no ordenamento jurídico até a promulgação da LGPD e a sua correlação com atual consentimento jurídico do direito ao esquecimento.

O artigo se propôs a pensar sobre os direitos protetivos fundamentais abarcados pela CFRB de 1988, com ênfase no direito à dignidade da pessoa humana e os direitos secundários correlatos.

Ainda, fez uma varredura doutrinária sobre o direito ao esquecimento, mostrando que o conceito ainda é abrangente e incerto no ordenamento pátrio. Situação que mostra que ainda há discussões sobre a definição doutrinária do conceito e sua aplicação prática e jurídica.

Mostrou também que a ideia do direito ao esquecimento, na verdade, está mais próxima do pensamento de não publicação de algo, do que o sentido literal da palavra. Além disso, visa diminuir os riscos de discriminação, principalmente quando utilizado de forma incorreta os dados pessoas sensíveis, como aqueles que possam prejudicar o seu titular perante terceiros.

Constatou que a LGPD busca amparar uma maior proteção aos dados, impondo formas para necessárias correções, entretanto em nenhum momento explanou o direito da pessoa de opor-se a publicações que foram obtidas de formas lícitas.

A LGPD não fala especificamente no direito de esquecimento, mas aproxima a conceituação definida doutrinariamente com a possibilidade de eliminação de dados pessoais.

A proximidade da LGPD com o conceito do direito ao esquecimento está na possibilidade do titular dos dados pessoais obter perante o controlador, a eliminação destes sem restrição de tempo, fixando as exceções no seu artigo 4º

Estudou a decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade do direito ao esquecimento, incorporando no contexto da aplicação da LGPD. Apesar do STF ter declarado a inconstitucionalidade ao direito de esquecimento, a LGPD trouxe ele de forma relativa, ao dispor ao cidadão a liberdade de solicitar a sua eliminação quando consentido o seu fornecimento.

Além disso, que embora o julgamento do STF ter fixado tese de que o direito ao esquecimento não é aplicado no ordenamento pátrio, e a LGPD não ter disposto sobre o tema de forma explícita, a decisão impôs freios à possibilidade de eliminação ou a desindexação de dados, como as informações relacionadas a eventos históricos.

Destarte, se faz necessária uma análise de cada caso de forma individual, a de se analisar se estará enquadrado ao direito de esquecimento ou a disposição de dados abarcados pela LGPD.

REFERÊNCIAS

BENTIVEGNA, Carlos Frederico B. **Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade: os limites entre o lícito e o ilícito**. São Paulo: Manole, 2019.

BITTAR, Carlos. A. **Os Direitos da Personalidade**. São Paulo: São Paulo: Saraiva, 2014.

BRANCO, Sérgio. **Memória e esquecimento na internet**. Porto Alegre. Arquipélago Editorial, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

_____. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso 12 out. 2021.

_____. Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997. Lei do Habeas Data. Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9507.htm>. Acesso em 12 out. 2021.

_____. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Lei de Acesso à Informação. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em 12 out. 2021.

_____. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em 12 out. 2021.

_____. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em 12 out. 2021.

_____. Poder Judiciário. Conselho da Justiça Federal. Enunciados Aprovados na VI jornada de Direito Civil, 2013. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em 12 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 1010606/RJ. Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido. Recorrente: Nelson Curi e Outro (a/s). Recorrido: Globo Comunicação e Participações S/A. Relator: Ministro Dias Toffoli, 11 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>>. Acesso em 12 out. 2021.

CONSALTER, Zilda Maria. **Direito ao esquecimento: proteção da intimidade e ambiente virtual**. Curitiba: Juruá, 2017.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FRAJHOF, Isabella Z. **O Direito ao Esquecimento na Internet**. Portugal: Grupo Almedina, 2019.

JESUS, Damásio. **D. Marco Civil da Internet : comentários à Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014**, São Paulo: Saraiva, 2014.

LENZA, Pedro. **Esquemático: Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2020.

LIMA, Cíntia.Rosa.Pereira. **D. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**. Portugal: Grupo Almedina, 2020.

MACHADO, José Eduardo Marcondes. **O direito ao esquecimento e os direitos da personalidade**. In. **Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil**. Coord. Alexandre Dartanhan de Mello Guerra. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018

MALDONADO, Viviane Nóbrega. **Direito ao esquecimento**. Barueri: Novo Século Editora, 2017.

MARINHO, Fernando. **Os 10 Mandamentos da LGPD - Como Implementar a Lei Geral de Proteção de Dados em 14 Passos**. Barueri: Grupo GEN, 2020.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. Barueri: Grupo GEN, 2019.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento – A proteção da memória individual na sociedade da informação**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2014.

1094

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONCAU, Luiz Fernando Marrey. **Esquecimento não é um “direito”. Abando-nemos esta tola expressão**. São Paulo: Dissenso, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003

_____. Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo. Atlas, 2017.

MORGANTI, Laura Beatriz de Souza. **Comentários à lei geral de proteção de dados à luz do código de defesa do consumidor**. São Paulo: Singular, 2019.

PENTEADO, Luciana Goulart; CONTE, Mauro Filho. **Comentários à lei geral de proteção de dados à luz do código de defesa do consumidor**. São Paulo: Singular, 2019.

PINHEIRO, Patrícia P. **Proteção de dados pessoais: comentários à lei nº 13.709/2018 (LGPD)**. São Paulo: Saraiva, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

- TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- TEIXEIRA, Tarcísio. **Comércio Eletrônico - conforme o marco civil da internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. Tarcísio. **A LGPD e o e-commerce**. São Paulo: Saraiva, 2021.