

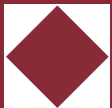
Schriften zum Portugiesischen und
Lusophonen Recht

12

Grundmann | Baldus | Lima Marques | Moura Vicente | Nunes Fritz
Pereira Dias | Ramalho | Schertel Mendes (Hrsg.)

Rechtsdurchsetzung und Prozess, Globalisierung und Digitalisierung

Aplicação efetiva do Direito e Processo,
Globalização e Digitalização



Nomos

Schriften zum Portugiesischen und Lusophonen Recht
Estudos Sobre o Direito Português e o Direito dos
Países Lusófonos

Herausgegeben von

Dr. Stephanie Müller-Bromley,

Institut für deutsch-portugiesische Rechtsbeziehungen

Instituto Jurídico Luso-Alemão

Band 12

Stefan Grundmann | Christian Baldus | Claudia Lima Marques
Dário Moura Vicente | Karina Nunes Fritz | Rui Pereira Dias
Tiago Azevedo Ramalho | Laura Schertel Mendes (Hrsg.)

Rechtsdurchsetzung und Prozess, Globalisierung und Digitalisierung

Aplicação efetiva do Direito e Processo,
Globalização e Digitalização



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-8405-9 (Print)

ISBN 978-3-7489-2718-1 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort der Herausgeber

Das Dreieck Rechtsdurchsetzung (einschließlich Prozessrecht), Globalisierung und digitaler Raum ist in aller Munde. Brasilien ist eines der ersten Länder, das gegen systematische Nutzung von Big Data zulasten bestimmter Kundengruppen (etwa Preisdiskriminierung nach Herkunft und Notlage) vorgeht. Die Europäische Union – mit dem vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, auf dem die Europäische Datenschutz-Grundverordnung letztlich aufbaut – gilt als Vorreiter für Privatschutz in einem globalisierten digitalen Raum. Viel breiter jedoch bildet die Digitalisierung auch und gerade im Bereich der Rechtsdurchsetzung das allesbeherrschende Thema unserer Zeit.

Da lag es nahe, dieses Thema für die beiden Tagungen in Porto und in Karlsruhe als übergreifenden Referenzpunkt zu wählen, genauer: für zwei Jahreskonferenzen mit dem Thema „Prozessrecht und Rechtsdurchsetzung“, die am 2. und 3. November 2018 in Porto abgehalten wurde, und zu „Digitalisierung und Verfahren“, die am 8. und 9. November 2019 in Karlsruhe und insbesondere am Bundesverfassungsgericht unter der Schirmherrschaft von Verfassungsrichterin Dr. Sybille Kessal-Wulf folgte. Der Band vereinigt in sich die Vorträge, die auf beiden Tagungen in diesem Themenbereich gehalten wurden.

Den Referenten sei Dank für ihre Vorträge, aber auch für deren schriftliche Fassungen, die diesen Band ermöglichten.

Berlin, im Frühjahr 2021.

Inhalt

I. Grundlagen – Digitaler Raum. Bases – Espaço digital	9
O direito à autodeterminação informacional: aproximação ao conceito <i>António Barreto Menezes Cordeiro</i>	11
Notas acerca do assim chamado direito ao esquecimento na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro <i>Ingo Wolfgang Sarlet</i>	25
Decisões automatizadas e proteção contra a discriminação na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira <i>Laura Schertel Mendes, Marcela Mattiuzzo, Mônica Tiemy Fujimoto</i>	49
Durchsetzung von Verbraucherrechten durch Inkassounternehmen und anwaltliches Berufsrecht – ein Vermittlungsversuch <i>Reinhard Singer</i>	81
II. Rechtsdurchsetzung und Unternehmensrecht. Aplicação do direito e Direito empresarial	103
Ações colectivas para tutela de interesses de investidores: comparação de modelos <i>Maria Inês de Oliveira Martins</i>	105
Corporate governance e ações de responsabilidade civil dos administradores <i>Maria Elisabete Ramos</i>	121
Grupos de sociedades no Regulamento (UE) 2015/848 <i>Alexandre de Soveral Martins</i>	157

III. Rechtsdurchsetzung und Familien- und Erbrecht. <i>Aplicação do direito e Direito de família e sucessões</i>	167
A herança digital no direito brasileiro: primeiras reflexões <i>Karina Nunes Fritz</i>	169
Der digitale Nachlass im deutschen Recht. Rechtsdurchsetzung nach der Facebook-Entscheidung des BGH <i>Lena Kunz</i>	185
Brasilianisches Erbrecht: Neuere Entwicklungslinien im IPR, Sach- und Verfahrensrecht unter besonderer Berücksichtigung digitaler Verfahrensfragen <i>Carl Friedrich Nordmeier</i>	203
A privatização das relações familiares e a promoção dos métodos adequados de solução de conflitos (ADR's) no Brasil <i>Renata Vilela Multedo</i>	217
IV. Rechtsdurchsetzung und Prozess. <i>Aplicação do direito e Processo</i>	239
Die Prozesssysteme der Rechtsgesuche mit allgemeinen Auswirkungen (repercussão geral) und der häufig auftretenden Rechtsbehelfe (recursos repetitivos) und die Effizienz der Rechtsprechung in Brasilien <i>Lisiane Feiten Wingert Ody</i>	241
Die Kostenerstattung im portugiesischen Zivilprozess <i>Alexander Rathenau</i>	259
Autorenverzeichnis	267

I.

Grundlagen – Digitaler Raum.

Bases – Espaço digital

O direito à autodeterminação informacional: aproximação ao conceito

António Barreto Menezes Cordeiro

1. Introdução

O Direito contemporâneo é um Direito de direitos. É evidente, tanto numa perspetiva legislativa, como numa perspetiva dogmática, uma constante procura pela subjetivação da liberdade e da proteção concedida pelos sistemas jurídicos.

Mas não tem de ser assim. A aplicação do Direito não exige o reconhecimento de direitos individuais. A proteção dos interesses de cada sujeito pode ser prosseguida numa perspetiva objetiva e não subjetiva, ou seja, através de uma simples imposição legal e não do exercício de um direito individual e autonomizado. Ao longo da história encontramos vários exemplos de sistemas jurídicos onde o direito subjetivo era desconhecido (p. ex.: antiguidade grega clássica¹) ou ocupava uma função residual ou periférica (p. ex.: Direito romano² e *Common Law* até à abolição no sistema formalístico de ações – *writ system* –, no terceiro quartel do século XIX³).

O processo de subjetivação, especialmente liderado pelo legislador constitucional, é alheio a conceções dogmáticas ou lógicas. O direito à educação, o direito à saúde, o direito à justiça ou o direito à religião, presentes em todas as Constituições ocidentais, não são permissões específicas (direitos), nem permissões genéricas (liberdades), correspondem antes a conjuntos sistematizados e harmonizados de princípios, de direitos e deveres que partilham um propósito político-social comum.

1 Com posição diversa, veja-se a obra clássica de Fred D. Miller, *Nature, Justice, and Rights in Aristotle's Politics*, OUP, Oxford, 1997, em especial 87 ss.

2 Com posição diversa, considerando que o conceito de direito subjetivo desempenhou um papel central no Direito romano clássico: Charles Donague, Jr., *Ius in the Subjective Sense in Roman Law. Reflexions on Villey and Tierney* em *A Ennio Cortese*, coord. Domenico Maffei/Italo Birocchi/Mario Caravelle/Emanuele Conte/Ugo Petronio, I, Roma, Il Cigno Edizione, 2001, 506-535.

3 A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do trust no Direito civil*, Almedina, Coimbra, 2014, 127 ss e 195 ss.

No âmbito da proteção de dados, este processo de subjetivação deu origem ao direito à autodeterminação informacional. Mas será este *direito* um efetivo direito subjetivo? E sendo um direito subjetivo poderá ser descrito como um direito de personalidade?

A resposta a esta questão não é certamente fácil, nem, acima de tudo, única. O estágio evolutivo da nossa Ciência Jurídica é clarividente neste ponto. A conceitualização de figuras jurídicas depende de inúmeros fatores que condicionam a solução preconizada. O preenchimento do conceito de direito subjetivo é elucidativo: (i) qual o ponto de partida a assumir? O Direito objetivo ou o sujeito de direitos?; (ii) qual o conteúdo ou amplitude da definição prosseguida? Adequável a todos os sistemas (conceção abstrata) ou ajustado ao sistema de origem (conceção concreta)?; (iii) Qual o momento a analisar? A emergência da titularidade do direito, o seu exercício ou a sua aplicação coerciva pelos tribunais?; ou (iv) quais os propósitos prosseguidos? Uma doutrina unitária de situações jurídicas, de situações jurídicas privadas, de direitos subjetivos ou de direitos subjetivos privados?

Como um presente estudo pretendemos não tanto apresentar uma definição do direito à autodeterminação informacional, mas apenas contribuir para a clarificação da sua natureza

2. Enquadramento histórico

2.1. Primeiros diplomas

A história contemporânea do Direito da proteção de dados inicia-se na década de 60 do século passado⁴. Não se nega nem se ignora a importância que a informação relativa a pessoas singulares, para utilizar a definição constante do RGPD⁵, assumia já anteriormente⁶. Todavia, a necessidade de regular autonomamente esta atividade apenas foi sentida a partir do momento em que os avanços tecnológicos passaram a possibilitar a recolha

4 Colin J. Bennett, *Regulating Privacy: Data Protection and Public Policy in the Europe and the United States*, Cornell University Press, Ithaca, 1992, 55 ss; Frits W, Hondius, *Emerging Data Protection in Europe*, North-Holland, Amesterdão, 1977 e Gloria González Fuster, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Springer, Suíça, 2014, 55 ss.

5 Artigo 4, 1) do RGPD.

6 Kai von Lewinski, *Geschichte des Datenschutzrechts von 1600 bis 1977 em Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit*, Nomos, Baden-Baden, 2009, 196-220.

e o tratamento de dados em grande escala, i. e., em que se substituiu o tratamento manual de dados pelo tratamento automatizado⁷⁻⁸.

A discussão legislativa inicia-se, como seria expectável, nos Estados Unidos da América, com a constituição pelo Congresso, em 1965, do *Special Subcommittee on Invasion of Privacy*⁹. Nos anos que se seguiram, este *Special Subcommittee* realizou uma série de audiências, sempre relacionadas com a privacidade, em que foram abordadas três questões particulares: (i) a violação, pelas agências federais, da privacidade dos cidadãos; (ii) a constituição de uma base de dados centralizada, debaixo da alçada do Estado; e (iii) a proteção dos dados pessoais dos investidores no âmbito das agências de crédito.

Na sequência do trabalho do *Special Subcommittee on Invasion of Privacy*, foram promulgados os primeiros diplomas estado-unidenses relativos à proteção de dados: o *Fair Credit Reporting Act, 1970*¹⁰⁻¹¹ e o *Privacy Act, 1974*¹². Nenhum dos diplomas assentava ou pressuponha a existência de um direito (subjetivo) à proteção de dados.

O *Fair Credit Reporting Act, 1970* não proibiu a atividade das agências de crédito, nem sequer a prática de recolha de informação sobre potenciais mutuários ou segurados¹³. A sua *ratio* última é identificada no § 602(4) “to ensure that consumer reporting agencies exercise their grave responsibilities with fairness, impartiality, and a respect for the consumer’s right to privacy”¹⁴.

7 Por todos: Bennett, *Regulating Privacy* cit., 2 ss, 14 ss.

8 Por tratamento autonomizado entende-se uma operação sobre dados pessoais que envolva equipamento de processamento de dados, numa aceção ampla: Kühling/Raab, *Anotação ao artigo 2.º do RGPD em Kühling/Buchner Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz Kommentar*, 2ª ed., Beck, Munique, 2018, Rn. 15.

9 Robert M. McNamara, Jr., *The Fair Credit Reporting Act: A Legislative Overview*, 22 J Pub L, 1973, 67-101, 71 ss: apanhado muito pormenorizado destes primeiros anos de produção legislativa, das comissões constituídas e dos relatórios produzidos.

10 *Public Law 91-508*, 26-out.-1970, § 601 ss, p. 1127 ss.

11 McNamara, Jr., *The Fair Credit Reporting Act* cit., 92 ss e Roberta A. Ward, *The Consume Credit Protection Act: An Analysis of Public Policy Formulation*, J Consumer Aff, 1971, 196-211: evolução histórica do processo legislativo.

12 *Legislative History of the Privacy Act of 1974 – S. 3418 (Public Law 93-579) – Source Book on Privacy*, 1976: contém todos os documentos e discussões que precederam a apresentação do projeto do Senador Ervin. Veja-se, ainda, sobre a história do *Privacy Act, 1974*: Jerome J. Hanus/Harold C. Relyea, *A Policy Assessment of the Privacy Act 1974*, 25 Am UL Rev 1976, 555-593, 565 ss e, em especial, 570 ss.

13 § 604 elenca as situações em que a informação pode ser compilada.

14 Para uma análise mais detalhada ao *Fair Credit Reporting Act* veja-se, por todos: Richard M. Koon, *Translating the Fair Credit Reporting Act*, 48 Denv LJ, 1971,

O nome do *Privacy Act, 1974* é enganador. Não regula de forma transversal o direito à autodeterminação informacional, recorrendo à expressão continental, antes se circunscreve a legislar sobre a recolha, conservação, utilização e disseminação de informação pelas agências federais¹⁵.

Apesar dos intensos desenvolvimentos vividos no lado de lá do Atlântico, a primeira lei relativa à proteção de dados foi aprovada, em 1970, pelo Parlamento do Estado de Hesse: o *Hessisches Datenschutzgesetz* (HDSG)¹⁶⁻¹⁷. O conteúdo do HDSG, composto por apenas 17 §§, contrasta com a extensão e o pormenor da legislação moderna: o seu campo de aplicação material encontrava-se circunscrito aos dados recolhidos e tratados por entidades públicas (§ 1)¹⁸; não continha qualquer preceito que limitasse ou enquadrasse o processo (lícito) de tratamento (§ 2); e cingia-se a reconhecer aos titulares de dados direitos secundários: direito a corrigir dados incorretos e direito a restaurar dados ilicitamente alterados (§ 4).

Apenas com a entrada em vigor do *Bundesdatenschutzgesetz* (BDSG)¹⁹ (Lei Federal de Proteção de Dados), a 1 de janeiro de 1978, o Direito da proteção de dados alemão, pelo menos numa perspetiva legislativa, assumiu a sua aplicação transversal a todos os tratamentos de dados, independentemente da natureza pública ou privada dos responsáveis pelo tratamento²⁰.

O primeiro diploma, ao nível mundial, a assumir um âmbito de aplicação transversal, ou seja, aplicável a entidades privadas e a entidades públicas, foi, porém, aprovado na Suécia, em 1973: o *Datalag*.

51-86 e, mais sucintamente, Robert E. Gregg, *The Privacy Act of 1974*, Army Law, 1975, 25-33.

15 S. 2(a)(5).

16 Sobre a evolução histórica do Direito alemão da proteção de dados veja-se, por todos Spiros Simitis, *Einleitung: Geschichte – Ziele – Prinzipien* em Simitis, *Bundesdatenschutzgesetz*, 8ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2014, Rn. 1 ss: infelizmente, estes desenvolvimentos históricos não foram transpostos para o mais recente comentário ao RGPD coordenado, entre outros, por Simitis. Em língua inglesa: Bennett, *Regulating Privacy* cit., 74 ss.

17 Sobre a evolução histórica do Direito da proteção de dados do Estado de Hessen veja-se, para além das obras referidas na nota anterior, Spiros Simitis, *20 Jahre Datenschutz in Hessen – eine kritische Bilanz* em *Neunzehnter Tätigkeitsbericht des Hessischen Datenschutzbeauftragten*, 1991, 68-75.

18 Esta circunscrição contribuiu para a rápida e unânime aprovação do diploma: Spiros Simitis, *Privacy – An Endless Debate*, 98 Cal L Rev, 2010, 1989-2005, 1996.

19 BGBl. I, 201.

20 Veja-se, especialmente, o § 30.

2.2. Consolidação

A década 1980 representa um período de maturidade do Direito da proteção de dados e dos seus conceitos dominantes. Dois documentos contribuíram, de forma decisiva e em certa medida coordenada²¹, para este novo estágio evolutivo: (i) as *Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*, da OCDE, de 23 de setembro de 1980²²⁻²³; e (ii) a *Convenção para a proteção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de carácter pessoal* (Convenção 108)²⁴. Os primeiros passos do Direito europeu da proteção de dados foram dados sob a égide do Conselho da Europa, com a Convenção 108 a desempenhar um papel decisivo na consolidação dos princípios gerais e dos termos base utilizados²⁵.

A linguagem, os conceitos e os princípios formadores do Direito da proteção de dados encontram aí, senão a sua origem, certamente as suas bases mais sólidas. Sem propósitos exaustivos, pense-se no conceito de dado pessoal²⁶, na sua aplicação transversal ao universo público e privado²⁷, nos

-
- 21 A cooperação de esforços é reconhecida pelas próprias entidades: Council of Europe, *Explanatory Report on the Convention for the Protection of Individual with Regard to Automatic Processing of Personal Data*, Estrasburgo, 1981, 9 ss. e OCDE, *Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*, OCDE, Paris, 2001, 26.
 - 22 *Annex to the Recommendation of the Council of 23rd September 1980*. A versão atual das *Guidelines* data de 2013 e pode ser consultada no sítio da OCDE. González Fuster, *The Emergence* cit., 76 ss.
 - 23 As *Guidelines* da OCDE foram antecedidas de duas importantes Resoluções: Resolução da OCDE (73) 22 (*On the protection of the privacy of individual vis-à-vis electronic data banks in the private sector – Adopted by the Committee of Ministers on 22 September 1973 at the 224th meeting of the Ministers’ Deputies*) e Resolução da OCDE (74) 29 (*On the protection of the privacy of individual vis-à-vis electronic data banks in the private sector – Adopted by the Committee of Ministers on 20 September 1974 at the 236th meeting of the Ministers’ Deputies*).
 - 24 A sua ratificação por Portugal apenas ocorre em 1993: Resolução da Assembleia da República n.º 23/93, de 12 de maio; e Decreto do Presidente da República n.º 21/93, de 9 de julho. González Fuster, *The Emergence* cit., 81 ss.
 - 25 Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, *Introdução em Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman*, Nomos, Baden-Baden, 2019 Rn. 92: apresentando a Convenção como o diploma mais importante até ao RGPD.
 - 26 OCDE *Guidelines*: 1, a); *Convenção 108*: Artigo 2.º, a).
 - 27 OCDE *Guidelines*: 2; *Convenção 108*: Artigo 3.º/1.

princípios da licitude²⁸, da lealdade²⁹, da limitação das finalidades³⁰ ou da minimização de dados³¹.

2.3. O acórdão da Lei dos Censos

A subjetivação da posição jurídica do titular de dados pessoais ocorre no espaço germânico por intermédio da designação *direito à autodeterminação informacional*³². O termo, pela primeira vez cunhado por Steinmüller³³, foi consagrado pelo Tribunal Constitucional Federal na célebre decisão da Lei dos Censos³⁴⁻³⁵.

O Tribunal Constitucional Federal beneficiou da intensa discussão jurídica anterior. A recondução do direito (individual) à proteção de dados ao universo da autodeterminação granjeava um consenso considerável³⁶, conquanto não fosse unânime³⁷. Também o reconhecimento da insuficiência dos modelos clássicos da intimidade da vida privada para regular esta posição contribuiu para a busca de um novo ponto de partida³⁸.

Na origem do acórdão encontramos a apresentação, junto deste tribunal, de várias queixas contestando a constitucionalidade da Lei dos Censos de 1983 – *Volkszählungsgesetzes*. Tratava-se de um diploma particularmente ambicioso, que tinha como propósito recolher informação relativa a pessoas singulares e coletivas de índole muito variada, desde elementos de

28 OCDE Guidelines: 7 e 10; Convenção 108: Artigo 5.º, a).

29 OCDE Guidelines: 7; Convenção 108: Artigo 5.º, a).

30 OCDE Guidelines: 9; Convenção 108: Artigo 5.º, b).

31 OCDE Guidelines: 8; Convenção 108: Artigo 5.º, c).

32 Veja-se, em especial, Marion Albers, *Informationelle Selbstbestimmung*, Nomos, Baden-Baden, 2005 e a obra clássica de Hans Peter Bull, *Informationelle Selbstbestimmung – Vision oder Illusion*, 2ª ed., Mohr, Tübinga, 2011.

33 *Grundfragen des Datenschutzes: Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern*, Drucksache VI/3826, julho de 1971, 93.

34 BVerfG 15-dez.-1983, 37 NJW, 1984, 419-428.

35 Por todos: Spiros Simitis, *Die informationelle Selbstbestimmung – Grundbedingung einer verfassungskonformen Informationsordnung*, 37 NJW, 1984, 398-405. Em língua inglesa: Gerrit Hornung/Christoph Schnabel, *Data Protection in Germany I: The Population Census Decision and the Right to Informational Self-Determination*, 25 CLSR, 2009, 84-88.

36 Steinmüller, *Grundfragen des Datenschutzes* cit., 84; Walter Schmidt, *Die bedrohte Entscheidungsfreiheit*, 29 JZ, 1974, 241-250; E. Schwan, *Datenschutz, Vorbehalt des Gesetzes und Freiheitsgrundrechte*, 66 VerwArch, 1975, 120-150, 146.

37 Carl-Eugen Eberle, *Datenschutz durch Meinungsfreiheit*, DOV, 1977, 306-321, 308.

38 Schmidt, *Die bedrohte Entscheidungsfreiheit* cit., 245.

identificação gerais – nome, morada, telefone, sexo, data de nascimento – passando por informações de carácter profissional, académico ou mesmo religioso.

Depois de afastar a eventual violação de outros preceitos constitucionais, o tribunal analisa a constitucionalidade da Lei dos Censos à luz da protecção concedida ao direito geral da personalidade, partindo do § 1.º/1 – princípio da dignidade da pessoa humana – e, principalmente, do § 2.º/1 – direito ao livre desenvolvimento da personalidade –, ambos da Lei Fundamental alemã³⁹.

O Tribunal Constitucional Federal alemão considerou, sucintamente, que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade pressupõe: (i) um conhecimento, por parte do respetivo titular, relativo a que informação sua é detida por outros, em que momento e em que contexto; e (ii) a liberdade de agir sem as suas atuações ou decisões serem constantemente monitorizadas⁴⁰.

Não se trata, como esclarece o Tribunal Constitucional Federal alemão, de um direito absoluto: os titulares dos dados não dispõem de um controlo total sobre os seus próprios dados⁴¹.

Após identificar as linhas gerais deste *novo direito*, o Tribunal Constitucional Federal alemão procede à sua concretização⁴²: (i) em princípio, cabe ao próprio titular determinar em que termos os seus dados pessoais podem ser divulgados e tratados; (ii) as restrições ao direito à autodeterminação informacional apenas podem ocorrer quando fundadas no interesse público e encontrarem suporte constitucional bastante – o princípio da proporcionalidade deve a todo o tempo ser respeitado; e (iii) a utilização dos dados pessoais deve ser limitada por lei.

O alcance da decisão dividiu a doutrina: teria o Tribunal Constitucional Federal alemão reconhecido um direito geral passível de ser invocado contra todos os terceiros⁴³ ou um direito apenas exercível no universo do Direito público⁴⁴? Os desenvolvimentos posteriores viriam a demonstrar a amplitude e transversalidade deste *novo direito* – p. ex.: trata-se de um direito passível de ser invocado contra todos os sujeitos e entidades, inde-

39 Cit., 421 ss.

40 Cit., 422.

41 Cit., 422.

42 Podem, no geral, ser confrontadas no sumário do Acórdão.

43 Simitis, *Die informationelle Selbstbestimmung* cit., 401.

44 Jürgen Wentz, *Informationelles Selbstbestimmungsrecht und absolute Drittwirkung der Grundrechte*, 37 NJW, 1984, 1446-1447: considerando não ser possível retirar outra conclusão do texto do acórdão.

pendentemente da sua natureza pública ou privada e o tratamento de dados pessoais para fins distintos dos originais apenas é possível quando a lei assim o determine⁴⁵.

3. A natureza jurídica do direito à autodeterminação informacional

3.1. Críticas: enquadramento

A subjetivação da proteção concedida aos titulares dos dados pessoais tem sido criticada por parte importante da doutrina alemã, que contesta a sua existência ou sustentar a sua reconceitualização⁴⁶.

No núcleo da discussão encontramos a seguinte questão: poderá a informação relativa a um membro de uma comunidade ser apresentada como algo que, por princípio, apenas a este pertence? Se atendermos a informações muito simples, como o nome, ou a informação muito pessoal, como as posições religiosas ou políticas a resposta parece ser evidente⁴⁷. Todavia, recorde-se que toda a informação, por muito insignificante que seja, encontra-se coberta pelo âmbito de aplicação do RGPD. Não há, como há já várias décadas o Tribunal Constitucional alemão reconheceu, informação pessoal não merecedora de proteção jurídica, por muito insignificante ou fútil que possa parecer⁴⁸.

O mesmo se verifica em relação aos dados subjetivos, ou seja, opiniões formuladas por terceiros sobre cada um de nós. Esta extensão ilimitada do conceito de dado pessoal fragiliza objetivamente a posição jurídica do titular: ninguém consegue controlar todos os seus dados, nem quem os detêm.

Também numa perspetiva dogmática, i. e., à luz da aplicação do RGPD, a sustentação de um direito à autodeterminação informacional decalcado dos direitos de personalidade é pouco convincente, por três razões principais: (i) o tratamento de dados no exercício de atividades exclusivamente

45 BVerfG 12-abr.-2005, 58 NJW, 2005, 1917-1923, 1918-1919; BVerfG 9-mar.-2005, 58 NJW, 2005, 2330-2333, 2331.

46 Sem propósitos exaustivos: Bull, *Informationelle Selbstbestimmung* cit., 34 ss; Albers, *Informationelle Selbstbestimmung* cit., 234 ss; Winfried Veil, *Die Datenschutz-Grundverordnung: des Kaisers neue Kleider – Der gefährliche Irrweg des alten wie des neuen Datenschutzrechts*, 37 NVwZ, 2018, 686-696, 687.

47 Curiosamente, estas situações são merecedoras de proteção jurídica por aplicação do regime geral dos direitos de personalidade.

48 BVerfG 15-dez.-1983, 37 NJW, 1984, 419-428, 422.

pessoais ou domésticas é perfeitamente válido e lícito – o contraste com direito à imagem, por exemplo, é manifesto; (ii) ao contrário do que se verifica com os direitos de personalidade, o consentimento do próprio corresponde apenas a um dos fundamentos de licitude do tratamento, contando-se, entre os demais os legítimos interesses dos responsáveis pelo tratamento ou dos subcontratantes; e (iii) a fragilidade material do consentimento.

3.2. Atividades exclusivamente pessoais ou domésticas

O RGPD não se aplica ao tratamento de dados pessoais efetuados por uma pessoa singular no exercício de atividades exclusivamente pessoais ou domésticas⁴⁹. Apesar de a versão portuguesa utilizar a expressão “uma pessoa singular”⁵⁰, a proibição estende-se a tratamentos realizados por mais do que uma pessoa⁵¹: o critério subjacente à exceção reside na natureza do sujeito e nos propósitos subjacentes ao tratamento e não na quantidade de pessoas envolvidas na operação.

Nenhuma categoria de pessoa coletiva é abrangida por esta exceção, incluindo pessoas coletivas sem fins lucrativos, como associações ou fundações, mesmo que o tratamento possa, em abstrato, ser reconduzido aos conceitos de pessoal ou doméstica⁵².

O segundo requisito da presente alínea *c*) consiste no “exercício de atividades exclusivamente pessoais ou domésticas”. Os conceitos *pessoais* ou *domésticas* – este último não tem tradição entre nós⁵³ – opõem-se aos

49 Alexander Roßnagel/Maxi Nebel/Philipp Richter, *Was bleibt vom Europäischen Datenschutzrecht? – Überlegungen zum Ratsentwurf der DS-GVO*, 5 ZD, 2015, 455-450, 456: expressam algumas dúvidas em relação à conservação desta exceção, em face da capacidades que atualmente a pessoa comum tem de armazenar dados pessoais de terceiros. Peter Gola/Niels Lepperhoff, *Reichweite des Haushalts- und Familienprivilegs bei der Datenverarbeitung*, 6 ZD, 2016, 9-12: mostram-se igualmente cautelosos e críticos.

50 A mesma expressão é utilizada nas versões espanhola, italiana e francesa. A versão inglesa utiliza o pronome indeterminado e a versão alemã o plural.

51 No Considerando 18 do RGPD é utilizado o plural: “O presente regulamento não se aplica ao tratamento de dados pessoais efetuado por pessoas singulares”.

52 Ernst, *Anotação ao artigo 2.º do RGPD em Paal/Pauly Datenschutz-Grundverordnung – Bundesdatenschutzgesetz*, 2ª ed., Beck, Munique, 2018, Rn. 15.

53 A expressão domésticas é empregue nas versões inglesa, francesa, italiana e espanhola. Na versão alemã é empregue a expressão familiares.

termos *comerciais* e *profissionais*⁵⁴. A *ratio* que subjaz a esta exceção extravasa a simples procura de lucro, tanto numa perspectiva abstrata, como numa perspectiva imediata: para isso mesmo apontou o legislador ao ter eliminado, na versão final do RGPD, a locução “sem fins lucrativos”, prevista na Proposta inicial⁵⁵. Assim, não são abrangidos por esta exceção os tratamentos com propósito políticos, culturais ou científicos.

O TJUE tem apresentado as atividades pessoais e domésticas como as “que se inserem no quadro da vida privada ou familiar”⁵⁶. A expressão familiar pode, todavia, ser enganadora, na medida em que também tratamentos de dados relativos a amigos ou até conhecidos, bem como a desportistas, artistas ou demais figuras públicas⁵⁷, desde que associados a *hobbies*, se encontram abrangidos por esta exceção.

Como exemplos de escola: (i) conservação de listas de endereços, de nomes, de datas de nascimento; (ii) tratamento de atividades associadas a redes sociais⁵⁸; (iii) recolha de fotos em períodos de férias⁵⁹; ou (iv) recolha de imagens de vídeo e demais tratamentos similares, desde que não extravasem para espaços públicos⁶⁰.

54 Considerando 18 do RGPD.

55 Artigo 2.º/2, *d*) da Proposta: “Efetuado por uma pessoa singular sem fins lucrativos no exercício de atividades exclusivamente pessoais ou domésticas”.

56 TJUE 16-dez.-2008, proc. C-73/07 (*Tietosuojavaltuutettu v Satakunnan*), 44: “esta segunda exceção deve ser interpretada no sentido de que tem apenas por objecto as actividades que se inserem no quadro da vida privada ou familiar dos particulares”. Em idêntico sentido, TJUE 6-nov.-2003, proc. C-101/01 (*Lindqvist*), 47.

57 Ernst, *Anotação ao artigo 2.º do RGPD em Paal/Pauly*, Rn. 17.

58 Considerando 18 do RGPD. TJUE 16-dez.-2008, proc. C-73/07 (*Tietosuojavaltuutettu v Satakunnan*), 43.

59 Gola/Lepperhoff, *Reichweite des Haushalts- und Familienprivilegs* cit., 10.

60 TJUE 11-dez.-2014, proc. C-212/13 (*Ryneš v Úřad*), Rn. 33: “Uma videovigilância como a que está em causa no processo principal, na medida em que se estende, ainda que parcialmente, ao espaço público e, por esse motivo, se dirige para fora da esfera privada da pessoa que procede ao tratamento de dados por esse meio, não pode ser considerada uma atividade exclusivamente “pessoal ou doméstica””.

A dimensão pessoal e doméstica do tratamento finda com a divulgação pública dos dados – i. e., a um número indeterminado de pessoas⁶¹⁻⁶² –, nomeadamente na *Internet*⁶³, pense-se nos populares sítios de genealogia.

Mesmo que, em concreto, o tratamento desenvolvido se encontre sujeito a esta exceção, o RGPD será sempre aplicável aos responsáveis pelo tratamento e aos subcontratantes que forneçam os meios para o tratamento dos dados pessoais dessas atividades pessoais ou domésticas⁶⁴.

A expressão “exclusivamente” permite sujeitar tratamentos de dados que tenham propósitos mistos – pessoais e familiares + comerciais e profissionais – ao RGPD.

3.3. Fundamentos de licitude de tratamento

O artigo 6.º do RGPD consagra seis fundamentos de licitude do tratamento de dados pessoais: a) o titular dos dados der o seu consentimento; b) o tratamento ser necessário para a execução de um contrato; c) o tratamento ser necessário para o cumprimento de uma obrigação jurídica; d) o tratamento ser necessário para a defesa de interesses vitais do titular ou de terceiro; e) o tratamento for necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício de autoridade pública; e f) o tratamento for necessário para efeito dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiro.

O último fundamento de licitude do tratamento de dados pessoais distingue-se dos demais: não se sustenta no direito à autodeterminação

61 A positivação desta aspeto, no âmbito desta alínea *c*) foi sugerido pelo Parlamento: “. . . esta isenção também se aplica a uma publicação de dados quando se pode razoavelmente prever que eles apenas serão acessíveis a um número limitado de pessoas”.

62 A divulgação a um número determinado e reduzido de pessoas conserva a aplicação da exceção: Kühling/Raab, *Anotação ao 2.º do RGPD em Kühling/Buchner*, Rn. 24; Peter Schantz, *Die Datenschutz-Grundverordnung – Beginn einer neuen Zeitrechnung im Datenschutzrecht*, 69 NJW, 2016, 1841-1847, 1843.

63 TJUE 6-nov.-2003, proc. C-101/01 (*Lindqvist*), 47: “Esta exceção deve, portanto, ser interpretada como tendo unicamente por objecto as actividades que se inserem no âmbito da vida priva ou familiar dos particulares, o que não é manifestamente o caso do tratamento de dados de carácter pessoal que consiste na sua publicação na *Internet* de maneira que esses dados são disponibilizados a um número indeterminado de pessoas”; TJUE 16-dez.-2008, proc. C-73/07, (*Tietosuoja-vahtuutettu v Satakunnan*), 44.

64 Considerando 18 do RGPD.

informativa ou em outros direitos fundamentais – alíneas *a)*, *b)* e *d)* – ou em disposições legais expressas – alíneas *c)* e *e)*, devidamente conjugadas com os números 2 e 3 – mas nos interesses do próprio responsável pelo tratamento ou de terceiros.

A solução positivada coloca o titular dos dados numa situação de particular fragilidade, na medida em que competirá ao responsável decidir, em concreto, a realização ou não do tratamento e em que moldes este irá ocorrer⁶⁵. Não se ignora, naturalmente, que o responsável terá de informar os titulares dos dados, nos termos dos artigos 13.º/1, *d)* e 14.º/2, *b)*, assim como demonstrar o cumprimento de todos os princípios elencados no artigo 5.º, como impõe o artigo 5.º/2⁶⁶, todos do RGPD. Contudo, a alínea *f)* abre as portas a tratamentos de dados com consequências imprevisíveis. Nada garantindo que o apagamento ou destruição subsequente, caso se verifique a prevalência dos interesses do titular, por intervenção das autoridades de controlo ou dos próprios tribunais, coloque o titular, recorrendo ao esclarecedor artigo 562.º do Código Civil português, na “situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação”.

3.4. O consentimento enquanto ficção

Spiros Simitis, um dos mais reconhecidos autores do Direito da proteção de dados, há muito que descreve o consentimento como uma ficção⁶⁷: o reconhecimento deste direito ao consentimento traduz uma falsa ideia de controlo na esfera jurídica do titular – daí a ideia de ficção. Pouco importa, prossegue Simitis, que o titular consinta formalmente, quando, na esmagadora maioria das vezes, (i) não tem hipótese de não o fazer sem incorrer em pesados riscos – os dados são pedidos por um superior hierárquico ou por um sujeito que detenha uma enorme ascendência, p.ex.: área da saúde; ou (ii) o consentimento é necessário para aceder a bens e serviços indispensáveis – emprego, energia, comunicações, contas bancárias, etc.

Simitis conclui a sua análise afirmando que, distintamente do que o legislador parece considerar, a imposição do consentimento não restringe o uso dos dados pessoais, pelo contrário: representa antes uma chave para um acesso virtualmente ilimitado a um sem fim de informações.

65 Não se trata, todavia, de uma particularidade exclusiva da alínea *f)*.

66 Schantz, *Anotação ao artigo 6.º do RGPD em Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman*, Rn. 87: sublinhado todos estes pontos.

67 Spiros Simitis, *Anotação ao § 4a do BDGS em Simitis, Bundesdatenschutzgesetz*, 8ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2014, Rn. 3.

As críticas avançadas por Simitis são suportadas por parte da doutrina. Koops, sublinhando não ser o consentimento o meio mais adequado de legitimação de tratamento de dados, recorre a argumentos igualmente empíricos: a maioria das pessoas limita-se a consentir sem o fazer conscientemente, quer por falta de paciência, ou porque os meios de avaliação são muito pesados e complexos⁶⁸. Estes pontos voltam a ser explorador por Solove, para quem os titulares não têm capacidade para avaliar o que é vantajoso ou desvantajoso nem o alcance exato das consequências associadas ao consentimento⁶⁹.

Os estudos comportamentais e económicos disponíveis sobre a realidade da *Internet* são inequívocos: a maioria das pessoas não lê as condições *online*, não tem capacidade ou conhecimentos para compreender o que lê e, se todos os utilizadores o decidissem fazer, os custos económicos seriam elevadíssimos⁷⁰.

Estas críticas são válidas e dificilmente poderão não ser reconhecidas. Contudo, não bastam para sustentar a solução diametralmente oposta⁷¹, ou seja: a de caber ao legislador determinar que dados podem ser utilizados e em que termos (conceção paternalista)⁷².

4. Conclusões possíveis

Em face da investigação até agora desenvolvida não cremos que se possa apresentar o direito à autodeterminação informacional como mais um direito de personalidade ou, sequer, como um direito subjetivo. Curiosamente, a recondução do direito à autodeterminação informacional ao conceito de direito absoluto, na sua aceção mais simples, ou seja, um direito que deve

68 Bert-Japp Koops, *The Trouble with European Data Protection Law*, 4 IDPL, 2014, 250-261.

69 Daniel J. Solove, *Introduction: Privacy Self-Management and the Consent Dilemma*, 126 Harv L Rev, 2013, 1880-1903.

70 René Arnold/Annette Hillebrand/Martin Waldburger, *Informed Consent in Theorie und Praxis – Warum Lesen, Verstehen und Handeln auseinanderfallen*, 39 DuD, 2015, 730-734, 731.

71 Reconhecem estas críticas, mas, ao mesmo tempo, afastam a tónica do paternalismo: Benedikt Buchner, *Die Einwilligung im Datenschutzrecht – vom Rechtfertigungsgrund zum Kommerzialisierungsinstrument*, 34 DuD, 2010, 39-43; Solove, *Introduction: Privacy Self-Management* cit., 1882; Peter Schantz/Heinrich Amadeus Wolff, *Das neue Datenschutzrecht – Datenschutz-Grundverordnung und Bundesdatenschutzgesetz in der Praxis*, Beck, Munique, 2017, Rn. 472-473.

72 Parece ser esta a posição de Koops, *The Trouble* cit., 4.

por todos ser respeitados, também não é convincente, na medida em que o tratamento de dados para fins pessoais ou doméstico não se encontra regulado.

Apesar das dificuldades em conceitualizar o direito à autodeterminação informacional – tudo indica que se trata não de um direito *per se*, mas antes de um conjunto de direitos, de deveres e princípios sistematizados –, temos dificuldade em abandonar a subjetivação do Direito da proteção de dados contemporâneo e em aderir ao movimento que pretende circunscrever a sua aplicação aos tratamentos dos quais resultem danos efetivos para os seus titulares. A subjetivação, mesmo que dogmaticamente incorreta, confere uma especial proteção aos titulares dos dados que de outro modo não seria alcançável.

Notas acerca do assim chamado direito ao esquecimento na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro^{1, 2}

Ingo Wolfgang Sarlet³

1. Introdução

Muito embora mesmo no Brasil a referência ao assim chamado direito ao esquecimento não seja assim tão recente⁴, o fato é que o tema passou a despertar maior atenção nos últimos cinco anos, em especial desde que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu, pela primeira vez, tal direito como agasalhado pela ordem jurídico-constitucional brasileira, quando do julgamento do caso conhecido como *Chacina da Candelária*, em maio de 2013⁵.

Mas foi o caso *Google vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados e Mário Costeja Gonzalez*, julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) em 13 de maio de 2014 (Acórdão da Grande Seção nº C-131/12) que assegurou ampla difusão e mesmo notoriedade ao assim chamado

-
- 1 Agradeço ao Instituto Max-Planck de Direito Privado Estrangeiro e Internacional de Hamburgo pela possibilidade ímpar de ter podido realizar parte da pesquisa (e redação de parte do texto) que resultou na elaboração do presente artigo, seja no período de janeiro e fevereiro de 2017 (na condição de bolsista do Instituto), seja durante os meses de janeiro e fevereiro de 2018, com auxílio oriundo de projeto de pesquisa e intercâmbio acadêmico no âmbito do Programa PROBRAL (DAAD-CAPES) coordenado por mim e pela Professora Dra. Marion Albers, da Universidade de Hamburgo.
 - 2 O presente texto não é inédito, tendo sido publicado, por último, em DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel; CUEVA, Ricardo Villas Bôas. *Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018)*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
 - 3 Doutor e Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Munique (1997 e 2005). Professor Titular e Coordenador do PPGD da Escola de Direito da PUCRS. Desembargador aposentado do TRJS. Advogado.
 - 4 Confira as referências colacionadas por RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Brasil debate o direito ao esquecimento desde 1990. *CONJUR – Consultor Jurídico*, coluna de Direito Comparado publicada em 27.11.2013. Acesso em < <https://www.conjur.com.br/2013-nov-27/direito-comparado-brasil-debate-direito-esquecimento-1990> >.
 - 5 Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: REsp 1334097/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma. Julgado em 28.05.2013.

direito ao esquecimento, ainda que no julgado propriamente não se tenha feito menção ao termo.

No que toca à esfera legislativa, da regulamentação normativa de um direito ao esquecimento, o direito ao esquecimento - já referido em documentos anteriores na esfera da União Europeia⁶ - acabou sendo previsto expressamente no novo Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, aprovado em março de 2016 (679/2016) e que entrou em vigor em 25.05.18⁷, que, no seu artigo 17, dispõe sobre um direito ao “apagamento” (*right to erasure*) de dados, associado a um direito ao esquecimento (*right to be forgotten*), estabelecendo parâmetros para a sua aplicação⁸.

Por tais razões é que não tardou mais para que o termo direito ao esquecimento (ainda que tecnicamente não o mais adequado⁹) acabasse sendo disseminado e amplamente utilizado, incorporando-se à linguagem corrente, na mídia, na literatura e na jurisprudência em várias línguas. Aliás, é de se registrar que a figura do direito ao esquecimento – e o caso brasileiro revela isso – tem sido mesmo associada a situações que nem sempre guardam direta relação com o seu objeto e onde antes e durante muito tempo sequer se falava em tal direito.

Da mesma forma, quando se verifica – pelo menos no Brasil – que em vários casos concretos levados ao poder judiciário a invocação de um direito ao esquecimento não envolve um pedido de proibição de divulgação

6 V. em especial, o documento de novembro de 2010 (*A Comprehensive Approach to Data Protection in the European Union*), que refere a necessidade de assegurar um direito ao esquecimento, sugerindo inclusive uma definição, bem como a menção do direito ao esquecimento no projeto de um novo Regulamento Geral sobre Proteção de Dados na União Europeia de março de 2012.

7 Ver UNIÃO EUROPEIA. *Parlamento Europeu e Conselho*. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>>. Acesso em: 06 fev. 2018.

8 “Article 17. Right to erasure (‘right to be forgotten’) 1. The data subject shall have the right to obtain from the controller the erasure of personal data concerning him or her without undue delay and the controller shall have the obligation to erase personal data without undue delay where one of the following grounds applies:”.

9 Note-se que sob o rótulo de um direito ao esquecimento do que se trata – em termos técnicos – é basicamente assegurar aos indivíduos um direito a obter o cancelamento, mas também a não divulgação e/ou dificuldade do acesso a determinadas informações (como se verifica nos pedidos de desindexação junto aos provedores de busca/pesquisa da internet).