

O direito das pessoas interessadas no tratamento de dados pessoais: anotações da situação na França e na Europa*

*The Right of Concerned Persons in the Personal Data Process: Some Legal
Notes on France and Europe*

Submitted: 15/11/2017

Revised: 11/12/2017

Accepted: 19/12/2017

Nathalie Martial-Braz**

Resumo

Propósito – Este trabalho tem por finalidade verificar como se dá a proteção de dados pessoais das pessoas interessadas a partir da legislação europeia e francesa. Assim, busca-se fazer apontamentos acerca de categorias relacionadas a essa proteção, envolvendo o titular desses direitos e o conteúdo destes.

Metodologia – A presente análise tem como material o Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais (RGPD) e da Lei para uma República Digital (LRD). Portanto, por uma análise documental (legislativa), faz-se reflexão sobre seus escopos e abordagens de determinados direitos, perpassando pelo titular dos direitos (o que envolve o direito à autodeterminação informativa e a representação da pessoa interessada); e o conteúdo dos direitos (o que abarca direitos tradicionais e novos direitos).

Resultados – Em termos dos titulares dos direitos, faz-se a relação da autodeterminação informativa como princípio presente nas leis analisadas (ainda que implicitamente), bem como a importância da representação da pessoa interessada no que se refere ao menor de idade e ao falecido. Quanto ao conteúdo dos direitos, há a presença do direito à informação que, por sua vez, permite abertura a outros direitos (como para retificação e apagamento); e há a menção sobre as condições para as quais o direito ao esquecimento e a portabilidade de dados podem ser aplicadas no que tange aos novos direitos.

Implicações práticas – Este trabalho tem como implicação prática trazer à esfera científica o debate sobre a proteção de dados pessoais. A partir da análise dos procedimentos legais europeus, pode-se tê-los por referência para subsidiar estudos para outros países.

*Texto derivado do seminário internacional “A efetividade do direito em face do poder dos gigantes da Internet – Brasil e França”, realizado na Universidade de Brasília no período de 13 até 15 de abril de 2016. Agradece-se ao apoio financeiro da Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), da Fundação de Amparo à Pesquisa do Distrito Federal (FAPDF), da Embaixada da França no Brasil e das universidades brasileiras e francesas envolvidas. Texto traduzido por Marsel de Souza. Revisão técnica de Alexandre Veronese. Diagramação e apoio de Murilo Borsio Bataglia.

**Professora Titular (*Professeur Agregé*) de Direito Privado da *Université Paris Descartes (Paris Cité)* e membro do *Institut Universitaire de France*. Atua na área de propriedade intelectual e direito bancário, sendo autora de diversas publicações relativas aos direitos das novas tecnologias e suas interações com os domínios jurídicos clássicos. Email: nathalie.martial@parisdescartes.fr.

Originalidade/valor – A originalidade encontra-se na comparação do tratamento conferido pelas legislações europeia e francesa dos direitos relativos à proteção de dados pessoais.

Palavras-chave: proteção de dados pessoais, direitos da pessoa interessada, autodeterminação informativa, direitos tradicionais e novos direitos, França e Europa.

Abstract

Purpose – This study aims to verify how the European and French legislation give the protection of personal data over concerned persons. Thus, some notes are written about legal concepts related to this protection, involving the rights' subject and their content.

Methodology/approach/design – This analysis focuses on the General Data Protection Regulation (GDPR) and the French Statute to Promote a Digital Republic. Therefore, through a legal analysis, it is made a reflection of the purpose and approaches of certain rights, encompassing both the actual rights' subject, which involves informational self-determination, and the legal representation of concerned persons in the data processing, and the content of such rights, which includes traditional rights and new ones.

Findings – Concerning to the rights holders, it is made a relation of normative self-determination as a principle present in the analyzed statutes (even implicitly), as well as the importance of representing the person concerned regarding the minor and the deceased. For the content of the rights, the right to information is present, which, in turn, allows for openness to other rights (such as rectification and erasure); and there is mention of the conditions under which the right to forgetfulness and portability of data can be applied regarding new rights.

Practical implications – This study brings to the scientific sphere the debate on the protection of personal data. From the analysis of the European legal procedures, one can have them by reference and studies for other countries.

Originality/value – The originality is in the comparison of the treatment conferred by the European and French statutes of the rights relative to the protection of personal data.

Keywords: Personal data protection, rights of person concerned, informative self-determination, traditional and new rights, France and Europe.

Introdução

Embora haja uma certa movimentação legislativa para a proteção de dados pessoais na Europa e na França, todos os textos adotados não são necessariamente unânimes, principalmente no que concerne aos direitos das pessoas interessadas. Assim, a adoção do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), no dia 27 de abril de 2016 (UNIÃO EUROPEIA, 2016a) reconheceu e consagrou certos direitos a favor das pessoas interessadas, em termos diferentes daqueles permitidos pela Lei para uma República Digital (LRD), de 7 de outubro de 2016 (“Loi pour une République Numérique”) (FRANÇA, 2016). É inegável que os direitos das pessoas interessadas tenham

sido fortalecidos por esses diferentes dispositivos, mas é preciso ainda fazer a necessária conciliação de padrões entre os dois textos jurídicos para evitar uma possível sobreposição de seus escopos. Portanto, como vislumbrar a conciliação entre essas diferentes normas, cuja entrada em vigor não é concomitante? Alguns destes direitos parecem estar em conflito, ao passo em que outros parecem complementares. Porém, todos são suscetíveis de uma interpretação provavelmente diferente da mesma adotada pelos Estados-Membros e os juízes responsáveis por assegurar o cumprimento destas disposições por parte dos responsáveis pelos tratamentos de dados. Esse artigo apreciará dois conjuntos de questões relacionadas à coerência das normas jurídicas mencionadas, pelo prisma do conceito de pessoa interessada. O primeiro conjunto – analisado na primeira parte – abrange a própria definição jurídica de pessoa interessada e a incerteza em relação à indicação ou atribuição da titularidade de direitos previstos nas normas legais referentes à proteção de dados pessoais. O segundo conjunto de questões se refere ao conteúdo dos direitos atribuídos às pessoas interessadas. Em síntese, é absolutamente necessário realizar uma análise jurídica densa desses conceitos e questões em prol da construção de uma definição dogmática clara de um regime legal aplicável à proteção das pessoas interessadas, após o advento do RGPD e da LRD.

O titular dos direitos

Em princípio, o titular dos direitos para a proteção de dados pessoais é necessariamente a pessoa interessada. No entanto, em alguns casos específicos, deve-se considerar que a pessoa interessada possa proteger seus dados pessoais por meio de uma representação.

A pessoa interessada: em princípio, titular dos direitos à proteção de seus dados pessoais

O direito à autodeterminação informativa: um princípio pretoriano

O direito à autodeterminação informativa foi reconhecido há muito tempo na Alemanha (FRANÇA, 2014). Com efeito, em um acórdão de 15 de dezembro de 1983, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha enfatizou que “a Constituição garante, em princípio, a capacidade do indivíduo de decidir sobre a comunicação e utilização de seus dados pessoais” (ALEMANHA, 1983). Como indica o estudo do Conselho de Estado, a autonomia desse conceito jurídico garante ao indivíduo algumas vantagens, em comparação com o:

“(...) simples reconhecimento de um direito subjetivo do indivíduo sobre seus dados, embora possa ser descrito como fundamental. Por um lado, o direito à autodeterminação informativa permite assegurar ao indivíduo os meios para

permanecer livre na condução da sua vida em uma sociedade onde a tecnologia digital está se tornando cada vez mais importante e que o leva a deixar, cada vez mais, traços de seus dados pessoais. Por outro lado, o direito à autodeterminação informativa permite afirmar a primazia da pessoa, que deve ser capaz de exercer sua liberdade. Assim, este princípio assegura a autonomia da decisão do indivíduo, isto é, o direito à autodeterminação informativa não pode ser considerado como parte dos direitos da pessoa interessada (direito à informação, direito de acesso, modificação etc.), pois se situa em ‘outro nível: ele dá sentido a todos esses direitos, que tendem a garanti-lo e devem ser interpretados e aplicados à luz desse propósito’” (FRANÇA, 2014, p. 267).

Após visualizar a introdução do princípio construído pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, cabe identificar o seu reconhecimento na legislação nacional francesa.

Um reconhecimento inesperado e bem-vindo na Lei para uma República Digital

Embora o Conselho de Estado tenha recomendado a aplicação desse princípio, seu reconhecimento formal havia sido removido da versão aprovada pela Comissão Mista Paritária, quando da tramitação legislativa da LRD, depois de ter sido mencionado uma vez. No entanto, o princípio foi finalmente consagrado, sem surpresa, na versão final adotada em 7 de outubro de 2016. O artigo 54 da LRD prevê, assim, a inclusão, no artigo 1º da Lei de Informática e Liberdades (LIL), da seguinte disposição: “Toda pessoa possui o direito de decidir e controlar os usos feitos de seus dados pessoais que lhe concernem, conforme as condições estabelecidas por esta lei”¹ (FRANÇA, 2016). Esta consagração, embora implícita, é muito importante e bem-vinda, uma vez que a filosofia geral do texto parece ter sido mais dirigida à seara econômica do que verdadeiramente voltada para proteger os direitos dos indivíduos. Com efeito, tal reconhecimento permite compensar, do ponto de vista simbólico, os aspectos muito relacionados às relações econômicas e de consumo, atingidas pela LRD. O Regulamento Geral sobre Proteção de Dados (RGPD) não contém nenhum reconhecimento relevante desse princípio da autodeterminação informativa. Embora as disposições formais do regulamento não o admitam, esse princípio pode ser deduzido do “considerando” nº 1, que afirma que:

“A proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento² de dados

¹Nota do revisor. No original: “*Toute personne dispose du droit de décider et de contrôler les usages qui sont faits des données à caractère personnel la concernant, dans les conditions fixées par la présente loi*”.

²Nota do revisor. Em sintonia com o artigo 4º, n. 2, da versão portuguesa do Regulamento 679/2016 EU, será utilizado o verbo “tratar” para designar, de forma geral, as operações, automatizados ou não, que utilizam dados pessoais. Não será usado o verbo “processar”.

possíveis é um direito fundamental. O artigo 8º, nº 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia ('Carta') e o artigo 16º, nº 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) estabelecem que todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito"³ (UNIÃO EUROPEIA, 2016a).

Lamentavelmente, no entanto, a menção ao princípio está implícita, o que não poderia ser diferente em um texto elaborado por consenso. Todavia, independentemente deste princípio, a proteção dos direitos da pessoa interessada pode ser garantida por sua representação em certas circunstâncias especiais, como será descrito na próxima seção.

A representação singular da pessoa interessada

A representação do menor

Como qualquer adulto, o menor tem direito à proteção da sua privacidade, garantida pelo artigo 16.1 da Convenção de Nova Iorque: "nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, sua família, seu lar ou sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação". No entanto, haja vista sua vulnerabilidade e incapacidade legal, seus pais podem representá-lo em todos os atos que não sejam da vida cotidiana. Esta regra tem o seu equivalente no nosso direito civil tradicional, cujo artigo 1.146 do Código Civil prevê que "são incapazes de contratar, na medida definida por lei: os menores não emancipados" (FRANÇA, 2017a). No entanto, o artigo 1.148 do Código Civil prevê que "qualquer pessoa incapaz de contratar pode, no entanto, realizar sozinha os atos de rotina permitidos por lei ou uso, desde que sejam realizados em condições normais" (FRANÇA, 2017a). Portanto, o menor capaz de discernimento pode realizar sozinho, de forma legítima, apenas os atos permitidos por lei e pelo uso social, considerados os últimos como atos da vida cotidiana. As compras de objetos comuns, a utilização de meios de transporte público e o acesso a um show são geralmente considerados atos da vida cotidiana permitidos pelo uso. No entanto, esta categoria deixa margem a uma interpretação jurisprudencial. Por exemplo, a Corte de Cassação não hesitou em considerar a anulação do julgamento do Tribunal de Apelação, que tinha cancelado a abertura de uma conta bancária por

cujo uso é corrente no Brasil. Essa solução é compatível com a realizada no Projeto de Lei n. 5.276/2016, em tramitação no Congresso Nacional e que visa normalizar juridicamente o tema no Brasil.

³Nota do revisor. As citações dos documentos oficiais da União Europeia foram realizadas, originalmente, com base nas versões de língua francesa. O revisor técnico acessou os mesmos documentos citados e utilizou a transcrição dos originais em língua portuguesa, que também é um dos idiomas oficiais da União Europeia.

um menor com entrega de um talão de cheques por não ter procurado determinar se foi um ato da vida cotidiana ou não (FRANÇA, 1998). Além disso, a operação somente poderá ser considerada como um ato da vida cotidiana se envolver pequenos montantes e não implicar uma cessão de direitos.

Alguns atos pelos quais o responsável pelo tratamento de dados recolhe dados pessoais de um menor poderiam ser naturalmente considerados atos da vida cotidiana, sobretudo aqueles resultantes da simples navegação on-line, como o uso de serviços de redes sociais, que não precisam de representação. Isso levanta a questão da coleta de seus dados, colocados inconscientemente à disposição do responsável dos sites visitados durante essa navegação, bem como a coleta de dados registrados de forma voluntária nos sites visitados. Os legisladores francês e europeu avançaram juntos em determinados pontos. Os novos textos preveem um regime derogatório favorável ao menor, cuja maior parte consta do “considerando” 38 do RGPD:

“As crianças merecem proteção especial quanto aos seus dados pessoais, uma vez que podem estar menos cientes dos riscos, consequências e garantias em questão e dos seus direitos relacionados com o tratamento dos dados pessoais. Essa proteção específica deverá aplicar-se, nomeadamente, à utilização de dados pessoais de crianças para efeitos de comercialização ou de criação de perfis de personalidade ou de utilizador, bem como à recolha de dados pessoais em relação às crianças aquando da utilização de serviços disponibilizados diretamente às crianças. O consentimento do titular das responsabilidades parentais não deverá ser necessário no contexto de serviços preventivos ou de aconselhamento oferecidos diretamente a uma criança” (UNIÃO EUROPEIA, 2016a).

Nesse “considerando” há uma distinção clara entre a navegação e a proteção. A primeira – navegação – continua a ser um ato da vida cotidiana para o qual o consentimento do menor é suficiente. A segunda – proteção – deve ser aplicada para evitar consequências prejudiciais resultantes da coleta de dados, como no caso da criação de perfis. Da mesma forma, esse dispositivo prevê uma adaptação das medidas de informação, em simetria com o artigo 58 da LIL, modificado pelo artigo 56 da LRD. Esse dispositivo da lei francesa indica a necessidade de oferta de informações aos pais (ou, titulares do exercício da autoridade parental), nos termos dos artigos 56 e 57 da LIL.

Por fim, o dispositivo da legislação da União Europeia prevê o reconhecimento de um direito ao esquecimento dos menores em uma lógica semelhante à adotada pelo legislador francês no artigo 40, I da LIL, segundo modificação pela LRD. Embora não se possa contestar o mérito dessa proteção, surge a dúvida sobre a diferença de proteção conferido aos jovens adultos – e até mesmo aos adultos –, os quais nem sempre têm consciência da coleta feita de seus dados.

No entanto, no que diz respeito à coleta em si, o RGPD prevê o fortalecimento da proteção com a conseqüente alteração do panorama na ordem jurídica francesa, a partir de 25 de maio de 2018, data de entrada em vigor do Regulamento. Com efeito, em se tratando da coleta de dados pessoais de menores, a exemplo da coleta realizada durante a navegação na Internet, ela deve, *de lege lata*, no direito francês, respeitar as condições previstas nos artigos 6º e 7º da LIL, bem como o tratamento de dados de menores.

O artigo 6º da LIL trata das condições fáticas e jurídicas necessárias para que haja possibilidade de tratamento dos dados pessoais. Ele está assim redigido, após a sua modificação pela LRD:

“Artigo 6º. O tratamento só pode ser feito com dados pessoais que satisfaçam às seguintes condições:

1º Os dados são recolhidos e processados de forma justa e legal;

2º Eles são recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas, e não são posteriormente processados de forma incompatível com essas finalidades. No entanto, o tratamento posterior de dados para fins estatísticos ou fins de pesquisa científica ou histórica é considerado compatível com os fins iniciais da coleta de dados, desde que o tratamento seja realizado em conformidade com os princípios e procedimentos previstos no presente capítulo, no capítulo IV, na seção I do capítulo V e no capítulo IX e se ele não é usado para tomar decisões referentes às pessoas interessadas;

3º Eles são adequados, relevantes e não excessivos em relação aos fins para os quais foram recolhidos e os seus tratamentos posteriores;

4º Eles são precisos, completos e, se necessário, atualizados; medidas adequadas devem ser tomadas para garantir que os dados incorretos ou incompletos para os fins para os quais foram recolhidos ou processados sejam apagados ou retificados;

5º São mantidos sob uma forma que permita a identificação das pessoas interessadas por um período não superior ao tempo necessário para as finalidades para as quais foram recolhidos e processados” (FRANÇA, 1978).

Já o artigo 7º da LIL trata do consentimento da pessoa interessada, como uma condição geral para que haja o tratamento dos seus dados pessoais, ressalvadas as cinco exceções expressas. Ele foi modificado da sua redação original pela Lei n. 2004-801, de 6 ago. 2004 (FRANÇA, 2004), que reorganizou juridicamente a proteção dos dados pessoais das pessoas físicas⁴ em relação ao tratamento informacional:

⁴Nota do Revisor. Será usado o termo “pessoas físicas”, de forma corrente; uma vez que essa é a terminologia brasileira e mais próxima à literalidade do francês (“personnes physiques”). O termo “pessoas singulares”, do direito português, somente será utilizado na transcrição e nas referências aos documentos oficiais da União Europeia, para não descaracterizar a adesão à grafia e a sua originalidade.

“Artigo 7º O tratamento de dados pessoais deve ser feito com o consentimento da pessoa interessada ou satisfazer uma das condições seguintes:

1º O cumprimento de uma obrigação legal pelo responsável pelo tratamento de dados;

2º A preservação da privacidade da pessoa interessada;

3º A execução de uma missão de serviço público de que é incumbido o responsável ou o destinatário do tratamento;

4º A celebração de um contrato no qual a pessoa interessada é parte ou de medidas pré-contratuais a pedido deste último;

5º A realização do interesse legítimo do responsável pelo tratamento ou pelo destinatário, sob ressalva de não ignorar os interesses ou os direitos e liberdades fundamentais da pessoa interessada” (FRANÇA, 1978).

Em termos gerais, essas normas jurídicas francesas preveem a necessidade de realizar tratamentos de dados de forma lícita e leal para fins estritamente determinados. Estes tratamentos também devem ser proporcionais ao objetivo definido e não ser excessivos. Além disso, é necessário, antes do tratamento, o consentimento da pessoa interessada ou o preenchimento das outras cinco condições expressas de legalidade, em especial “o interesse legítimo do responsável pelo tratamento ou pelo destinatário, sob pena de desconhecer o interesse ou os direitos e liberdades fundamentais da pessoa interessada”, como já indicado acima. Por outro lado, o RGPD prevê atualmente um regime especial e derogatório para o consentimento de menores quando este é condição da legalidade do tratamento realizado durante a utilização dos serviços da empresa da informação. Com efeito, em termos gerais, no âmbito da União Europeia, por força do artigo 8º, 1 do RGPD, o consentimento do menor será suficiente para os maiores de 16 anos, sendo que os Estados nacionais permanecerão livres para reduzir essa idade ao patamar de 13 anos. Para os outros menores, uma representação sempre será necessária, cujo controle “razoável” caberá ao responsável pelo tratamento dos dados:

“Artigo 8º Condições aplicáveis ao consentimento de crianças em relação aos serviços da sociedade da informação: 1. Quando for aplicável o artigo 6º, nº 1, alínea (a), no que respeita à oferta direta de serviços da sociedade da informação às crianças, dos dados pessoais de crianças é lícito se elas tiverem pelo menos 16 anos. Caso a criança tenha menos de 16 anos, o tratamento só é lícito se e na medida em que o consentimento seja dado ou autorizado pelos titulares das responsabilidades parentais da criança. Os Estados-Membros podem dispor no seu direito uma idade inferior para os efeitos referidos, desde que essa idade não seja inferior a 13 anos; 2. Nesses casos, o responsável pelo tratamento envia todos os esforços adequados para verificar que o consentimento foi dado ou autorizado pelo titular das responsabilidades parentais da criança,

tendo em conta a tecnologia disponível; 3. O disposto no n.º 1 não afeta o direito contratual geral dos Estados-Membros, como as disposições que regulam a validade, a formação ou os efeitos de um contrato em relação a uma criança” (UNIÃO EUROPEIA, 2016a).

Apesar da expressa e clara previsão normativa, é possível, contudo, duvidar razoavelmente da eficácia prospectiva do sistema adotado para ofertar uma eficiente proteção aos menores.

A representação do falecido

A pessoa interessada pode não ser capaz de exercer seus direitos sozinha, simplesmente por causa de sua morte. A questão da representação do falecido por seus dependentes e do exercício dos direitos do *de cujos* por estes não é óbvia, uma vez que depende em grande medida da concepção adotada acerca da natureza de direitos que a pessoa detém sobre seus dados. O legislador francês comprometeu-se, de forma pragmática e sem responder a essa pergunta essencial, conforme determina a regulamentação, a enquadrar juridicamente a morte digital (GROFFE, 2015). Está previsto na legislação que os falecidos podem dar instruções sobre seus acervos digitais enquanto estiverem vivos. Isso existe para não submeter os dados *post-mortem* à eternidade digital. Ainda, também assim está previsto para permitir que os herdeiros possam, por um lado, coletar os dados e os ativos digitais do falecido após sua morte e, por outro, se for o caso, exercer os direitos que o falecido tinha sobre seus dados (PÉRÈS, 2016). Essas diretrizes permitirão determinar o destino dos dados do *de cujos* em vida e, ao contrário do que é aplicável atualmente, definir os termos e condições gerais de uso de um serviço para que esse direito de uso não seja mais negado aos usuários⁵. Na falta de uma instrução contrária, os herdeiros poderão exercer todos os direitos do falecido sobre seus dados pessoais, em especial o encerramento da conta de usuário do falecido, desde que o exercício destes direitos seja necessário para a materialização da morte digital, isto é, a organização e liquidação da herança do falecido, bem como a consideração da sua morte pelos responsáveis pelo tratamento.

⁵Cabe anotar que o art. 63 da LRD modificou o artigo 40-1, II, nona alínea da LIL, firmando os seguintes termos: “É considerada contrária à lei qualquer cláusula contratual das condições gerais de utilização de um tratamento de dados pessoais que limite as prerrogativas reconhecidas à pessoa, nos termos deste artigo” (FRANÇA, 2016). Nota do revisor. No original: “*Toute clause contractuelle des conditions générales d'utilisation d'un traitement portant sur des données à caractère personnel limitant les prérogatives reconnues à la personne en vertu du présent article est réputée non écrite*”.

O conteúdo dos direitos

Os legisladores franceses e europeus teriam previsto o fortalecimento da proteção oferecida às pessoas interessadas por meio da consolidação dos direitos convencionalmente reconhecidos e da garantia de novas prerrogativas em seu favor. Mais uma vez, neste caso, o cotejar analítico dos dispositivos franceses e europeus não deixa de gerar algumas interrogações.

O fortalecimento dos direitos tradicionais

Direito à informação

O direito à informação abrange a coleta direta e indireta⁶. Algumas informações devem obrigatoriamente ser transmitidas à pessoa interessada durante o tratamento de seus dados: a identidade do responsável pelas operações e, se for o caso, a do seu representante; o objetivo do tratamento a que os dados se destinam; a obrigatoriedade ou facultatividade das respostas; as consequências da falta de resposta sobre a pessoa interessada; os destinatários ou categorias de destinatários dos dados; os direitos que a pessoa interessada tem por lei (acesso, retificação e eliminação); e, se for o caso, as transferências de dados pessoais previstas para um Estado não membro da União Europeia. Essas informações devem ser dadas para subsidiar a coleta, que deverá ser feita individualmente e de forma clara e legível. Esta exigência de informação foi reforçada tanto pelo RGPD quanto pela LRD. O texto europeu prevê o princípio de transparência das informações e comunicações no artigo 12, o qual estipula que

“O responsável pelo tratamento toma as medidas adequadas para fornecer ao titular as informações (...) e qualquer comunicação (...) a respeito do tratamento, de forma concisa, transparente, inteligível e de fácil acesso, utilizando uma linguagem clara e simples, em especial quando as informações são dirigidas especificamente a crianças. As informações são prestadas por escrito ou por outros meios, incluindo, se for caso disso, por meios eletrônicos. Se o titular dos dados o solicitar, a informação pode ser prestada oralmente, desde que a identidade do titular seja comprovada por outros meios” (UNIÃO EUROPEIA, 2016a).

Além disso, a obrigatoriedade de informação é reforçada pela redação do artigo 13, 1, ‘d’, que prevê que o responsável pelo tratamento de dados deve informar à pessoa interessada “(...) se o tratamento dos dados se basear no artigo 6º, nº 1, alínea ‘f’, os interesses legítimos do responsável pelo tratamento ou de um terceiro (...)” (UNIÃO EUROPEIA, 2016a). Cabe notar que a alínea “f” do nº 1 do artigo 6º possui a seguinte redação:

⁶Para mais informações (DEBET et al., 2015).

“Artigo 6. (...) n. 1. O tratamento só é lícito se e na medida em que se verifique pelo menos uma das seguintes situações: (...) f) O tratamento for necessário para efeito dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros, exceto se prevalecerem os interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais, em especial se o titular for uma criança” (UNIÃO EUROPEIA, 2016a).

Assim, a obrigatoriedade de informar contém a necessidade de motivação dos interesses legítimos do responsável pelo tratamento. Além disso, segundo o art. 13º, n. 2 do RGPD, o responsável pelo tratamento dos dados deve informar à pessoa interessada sobre qualquer elemento capaz de garantir “um tratamento equitativo e transparente” (UNIÃO EUROPEIA, 2016a). Segundo o mesmo dispositivo da norma legal europeia, também deve informar: 1) uma lista cuja redação implica *a priori* sua integridade, lamentavelmente, em especial no que diz respeito ao prazo de validade ou aos critérios de determinação do prazo de validade (a existência dos direitos da pessoa interessada e o direito de apresentar uma queixa junto a uma instância de controle); 2) a obrigatoriedade ou não de fornecimento de dados pessoais; 3) o impacto e as consequências de seu não fornecimento e, principalmente; 4) a existência de um tratamento automatizado, inclusive a criação de perfis da pessoa interessada. Neste contexto, é surpreendente o conteúdo do número 4 do artigo 13 do RGPD, que parece constituir uma justificativa em caso de descumprimento da obrigatoriedade de informação. Com efeito, está previsto que essas informações não podem ser dadas “quando e na medida em que o titular dos dados já tiver conhecimento das informações” (UNIÃO EUROPEIA, 2016a). A efetividade dessa ressalva legal deverá exigir uma avaliação rigorosa de sua aplicação, bem como exigirá que o ônus da prova do caráter informado da pessoa interessada pese muito em face do responsável pelo tratamento dos dados. O risco de não tomar essas precauções de interpretação é que os responsáveis pelo tratamento tenham como base a presunção de conhecimento para descumprir sua obrigação de informação.

Finalmente, o “considerando” 58 do RGPD prevê uma adaptação das medidas de informações a favor das crianças (aliás, sem referência à menoridade). Ressalta-se no texto que:

“(…) as crianças merecem proteção específica, sempre que o tratamento lhes seja dirigido, qualquer informação e comunicação deverá estar redigida numa linguagem clara e simples que a criança compreenda facilmente” (UNIÃO EUROPEIA, 2016a).

A este respeito, o RGPD, nos termos do número 8 do artigo 12, remete à prática de atos delegados para determinar, se for o caso, a adoção de ícones informativos padronizados por parte da Comissão Europeia. Esta obrigatoriedade da informação também é reforçada no âmbito do artigo 57 da LRD – que modificou o artigo 32, I, 7º, da LIL –, o qual prevê, em primeiro

lugar, a confirmação da introdução do prazo de validade das informações a serem entregues. Além disso, o texto contém uma seção inteira sobre a lealdade das plataformas e informações sobre os consumidores. Esta informação é necessariamente mais ampla do que a informação mencionada, uma vez que não se tratam exclusivamente de dados pessoais. Estas obrigações visam consolidar a proteção das pessoas interessadas, usuárias de serviços on-line ou dos serviços da empresa da informação.

Direito de acesso para retificação e apagamento

A prerrogativa do direito de acesso é fundamental, uma vez que permite à pessoa interessada ter um poder de controle sobre seus dados pessoais. Ela deve ter pleno domínio sobre seus dados na empresa de informações. Sem dúvida, esta exigência é a tradução daquilo que foi definido como direito à autodeterminação informativa (ALEMANHA, 1983). Previsto no artigo 39 da LIL, o direito de acesso assemelha-se a um direito de saber o destino de seus dados, a fim de obter sua comunicação e sua cópia, solicitar alguma correção, apagamento, atualização ou bloqueio (DEBET et al., 2015: tópico 1399). Este direito também permite conhecer a lógica (e/ou a finalidade) subjacente ao tratamento de dados e, possivelmente, contestá-los (DEBET et al., 2015, tópico 1423). O artigo 40 da LIL prevê, por sua vez, o direito à retificação e ao apagamento, nos seguintes termos:

“Artigo 40. Toda pessoa física, comprovada sua identidade, pode exigir do responsável por um tratamento que sejam, conforme o caso, retificados, complementados, atualizados, tornados indisponíveis ou apagados os dados pessoais que lhe concernem que sejam inexatos, incompletos, equivocados, desatualizados ou, cuja coleta, a utilização, a comunicação ou a conservação seja proibida”⁷ (FRANÇA, 1978).

O direito à retificação e ao apagamento é o complemento natural do direito de acesso. Porém, as diferentes prerrogativas da pessoa interessada, no âmbito deste artigo, estão sujeitas a determinadas condições. Assim, o direito à retificação aplica-se apenas a dados imprecisos ou equivocados. Da mesma forma, o direito ao apagamento aplica-se apenas aos dados cujo tratamento é proibido ou não tem nenhum fundamento legal. Embora tenha sido cogitado, a um determinado tempo, obrigar o responsável pelo tratamento de dados a verificar a identidade da pessoa interessada quando solicita a aplicação desta prerrogativa, esta foi definitivamente retirada pela Comissão das Liberdades

⁷Nota do Revisor. No original: “Article 40. Toute personne physique justifiant de son identité peut exiger du responsable d'un traitement que soient, selon les cas, rectifiées, complétées, mises à jour, verrouillées ou effacées les données à caractère personnel la concernant, qui sont inexactes, incomplètes, équivoques, périmées, ou dont la collecte, l'utilisation, la communication ou la conservation est interdite”.

Cívicas, Justiça e Assuntos Internos do Parlamento Europeu (Comissão LIBE) *Commission LIBE*). O direito de acesso e de retificação foi também reforçado através das alterações introduzidas no RGPD, cujo artigo 15 (3) determina que a pessoa interessada deve receber uma cópia dos dados processados. No entanto, é lamentável que as prescrições previstas no RGPD tenham ficado aquém do que foi deliberado em 12 de março de 2014 pelo Parlamento Europeu. Naquele momento, foi reconhecido no artigo 15, 1, h-A, da Resolução aprovada pelo Parlamento Europeu a existência do direito de acesso “às informações significativas sobre a lógica subjacente ao tratamento automatizado dos dados” (UNIÃO EUROPEIA, 2014), de acordo com o que era previsto no artigo 12, “a”, da antiga Diretiva 95/46/CE (UNIÃO EUROPEIA, 1995) e, por conseguinte, na legislação francesa. Essa previsão de direito foi omitida já na versão inicial do projeto de regulamento. Da mesma forma, a Resolução aprovada pelo Parlamento Europeu previa um direito à informação no âmbito do direito de acesso do artigo 15, h-B, em caso de divulgação de dados para uma autoridade pública, a pedido desta:

“Artigo 15 (...). 1. Sob reserva do art. 12º, nº 4, o titular dos dados pode obter do responsável pelo tratamento, a qualquer tempo e mediante pedido, confirmação de que os dados pessoais que lhe digam respeito são ou não objeto de tratamento e numa linguagem simples e clara: (...) h-B. Sem prejuízo do disposto no artigo 21º, em caso de divulgação de dados pessoais a uma autoridade pública na sequência de um pedido duma autoridade pública, a confirmação de que esse pedido foi apresentado” (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

É lamentável constatar que essa disposição desapareceu do texto final do RGPD. É evidente a sua aplicabilidade lógica e potencial para com casos semelhantes ao referido por Edward Snowden.

Direito de oposição

O direito francês contém dois componentes da mesma prerrogativa: o direito de oposição, em princípio, por razões legítimas, por um lado (artigo 38, alíneas 1 e 3) e o direito de oposição derogatório *ad nutuum* para utilização de dados para fins de prospecção comercial, por outro (artigo 38, alínea 2):

“Artigo 38.

Toda pessoa física tem o direito de se opor, com base em motivos legítimos, a que seus dados pessoais que lhe concernem sejam objeto de um tratamento.

Ela tem o direito de se opor, sem custos, a que os dados que lhe concernem sejam utilizados com o fim de prospecção, notadamente comercial, pelo responsável atual por um tratamento, ou, por aquele responsável por um tratamento futuro.

As disposições da primeira alínea não são aplicáveis quando o tratamento ocorre em resposta a uma obrigação legal ou quando a aplicação dessas disposições tenha sido coberta por uma disposição expressa do ato que autorizou o tratamento” (FRANÇA, 1978).

O direito de oposição saiu fortalecido da reforma feita pelo RGPD. O seu artigo 21 prevê a inversão do ônus da prova, uma vez que a prova da existência de razões legítimas cabe ao responsável pelo tratamento de dados. O direito de oposição, a qualquer momento e sem custos, é reconhecido para os tratamentos feitos para fins de prospecção (artigo 21, 2 do RGPD) e quando o tratamento é baseado no interesse legítimo do responsável pelo tratamento (artigo 21, 1 do RGPD). Por fim, os termos empregados indicam a intenção de fortalecer a obrigatoriedade de informação quando se trata do direito de oposição (artigo 21, 4 do RGPD).

Embora os direitos convencionais tenham sido inegavelmente reforçados pela dupla reforma empreendida, algumas dúvidas ainda pairam sobre a conciliação dos textos adotados. Tais dúvidas podem ser entendidas em razão da potencial articulação entre os dois textos legais, uma vez que não se sabe se serão mantidas algumas singularidades adotadas pela LRD e não adotadas pelo RGPD. Pode ter dúvidas sobre quais serão afinal, os seus conteúdos jurídicos efetivos, pois o uso da técnica de atos delegados pode gerar algumas dúvidas para que o observador possa definir o conteúdo de direito à informação. De outro lado, as incertezas também surgirão no momento de conciliar os novos direitos em debate, em termos diferentes, pelo prisma dos dispositivos do direito europeu e francês.

A consagração de novos direitos

O direito ao esquecimento: um direito realmente novo?

De *lege lata*, existe um direito ao apagamento no ordenamento jurídico francês, como já indicado, por força do artigo 40 da LIL. Trata-se apenas de permitir a aplicação do direito de retirada, de apagamento e de bloqueio de dados, quando ilegalmente processados. Tais direitos constituem apenas meios apropriados para questionar tratamentos ilegais, desde o início, ou, que se tornaram ilegais depois de iniciados. Embora a questão da consagração do direito ao esquecimento tenha sido amplamente debatida, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) reconheceu tal prerrogativa no caso do Google Spain, de 13 maio de 2014 (UNIÃO EUROPEIA, 2014a; MARTIAL-BRAZ & ROCHFELD, 2014; BRUGIÈRE, 2015).

Vale lembrar rapidamente este caso para aqueles que desconhecem os fatos. Em 1998, um cidadão espanhol foi objeto de uma publicação judicial no famoso diário *La Vanguardia*, após ter contraído dívidas sociais que exigiram o leilão de seus bens. Mas, passados mais de 12 anos do ocorrido, o episódio e sua

publicação continuavam aparecendo no motor de busca quando os usuários realizavam uma pesquisa no Google. Assim, ele protocolou um pedido à autoridade reguladora para que a publicação fosse removida do jornal e desanexada do motor de busca. Embora a autoridade espanhola tenha se mostrado muito firme em negar a retirada da informação pela mídia, ela exigiu que a Google retirasse a referência à publicação, o que levou o caso ao TJUE. O reconhecimento desse direito não era óbvio e as conclusões do advogado-geral Niilo Jääskinen, apresentadas no dia 25 de junho de 2013, resumem muito bem as principais objeções (UNIÃO EUROPEIA, 2014b). A primeira seria a existência do direito ao esquecimento, concebido como geral e permitindo a uma pessoa “restringir ou impedir a divulgação de dados pessoais que considere prejudiciais ou contrárias aos seus interesses”, não teria fundamento na Diretiva 95/46/CE, conforme exposto nos §§ 107-108 do seu parecer. Em segundo lugar, não seria prudente instituir “uma preferência subjetiva” como uma “razão legítima preponderante” para se opor ao tratamento de dados pessoais, uma vez que a arbitragem caso a caso entre os imperativos envolvidos seria mais do que complicada. Em terceiro lugar, tal reconhecimento de direito desconsideraria a liberdade de expressão e de informação do editor da página de origem quando se impusesse a realização de busca aos motores de busca. Além, disso, o advogado-geral considerou que não existe obrigação positiva dos Estados para assegurar o cumprimento com base nos artigos 7º e 8º da Carta Europeia de Direitos Humanos, interpretada segundo as normas do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, conforme expôs no § 119 do parecer. Firmou, ainda, que, na prática, isso equivaleria a abrir uma avalanche de procedimentos de notificação para a retirada de dados, o que não atenderia aos requisitos legais e levaria certamente a retiradas maciças de informações, até mesmo uma impossibilidade de gerenciamento dos pedidos. Vale ressaltar, aliás, o grande número de pedidos enviados. A Google informou que cerca de 40.000 pedidos foram apresentados desde a introdução de um formulário para o exercício do direito ao esquecimento.

Apesar da legitimidade dos argumentos expedidos pelo advogado-geral e pela própria Comissão Europeia, conforme consta do § 90 do acórdão (UNIÃO EUROPEIA, 2014a), o Tribunal de Justiça consagrou, sem nomear, o direito ao esquecimento digital. O Tribunal assim o fez, uma vez que os direitos dos internautas “prevelem, em princípio, não apenas sobre os interesses econômicos do operador do motor de busca, mas também sobre o interesse deste público para encontrar tais informações sobre o nome dessa pessoa” (UNIÃO EUROPEIA, 2014a: § 97). Assim, o tribunal reconheceu um direito subjetivo para a pessoa interessada que ele caracterizou como “o direito que a informação em questão, relativa a sua pessoa, não seja mais, na fase atual, ligada ao seu nome com uma lista de resultados exibida após uma pesquisa efetuada com seu nome (...)” (UNIÃO EUROPEIA, 2014a: § 99). Portanto, neste caso, trata-se de

admitir a desindexação de um dado pessoal licitamente processado, o que significa o reconhecimento de um verdadeiro direito ao esquecimento digital, pois se aplica também aos tratamentos originalmente legítimos. Assim, podemos ver que, por detrás do termo de direito ao esquecimento digital, existem coisas bem diferentes. E, ainda, que outra questão diferente é consagrada pela LRD.

Com efeito, o artigo 63 da LRD prevê uma alteração do artigo 40 do LIL para supervisionar o arsenal de meios disponíveis para a pessoa interessada poder exercer suas prerrogativas de retirada, modificação, oposição ou atualização de dados pessoais “imprecisos, incompletos, equivocados, desatualizados ou cuja coleta, utilização, divulgação ou guarda é proibida”. Vale destacar que o texto permitia até então, no âmbito da jurisprudência francesa, o apagamento de dados processados, *latu sensu*, de forma ilegal. Atualmente, o texto é complementado pela alínea 1, na qual se afirma que:

“A pedido da pessoa interessada, o responsável pelo tratamento de dados fica obrigado a apagar o quanto antes os dados pessoais coletados como parte da oferta serviços da empresa da informação, em que a pessoa interessada era menor de idade no momento da coleta”⁸ (FRANÇA, 2016).

Essa exigência recebeu o acréscimo de condições e limites de exercício deste direito, por força da LRD, que inseriu a seguinte redação:

“Quando transmitiu os dados em questão a um terceiro responsável pelo tratamento, ele toma medidas razoáveis, inclusive medidas técnicas, dada a tecnologia disponível e os custos de implementação, para informar a terceiros que processam esses dados de que a pessoa interessada solicitou o apagamento de qualquer link para os dados, ou qualquer cópia ou reprodução destes”⁹ (FRANÇA, 2016).

Note-se que nada foi dito quanto à legalidade original da coleta, embora pareça possível admitir que o texto consagra, de fato, um verdadeiro direito ao esquecimento ao permitir o questionamento de dados legalmente processados. Embora pareça ser limitada a menores, o que poderia ser amplamente discutido, mesmo que se entendam as questões sociais em jogo, a limitação não parece necessariamente relevante. E, embora tal direito pareça ser reservado aos dados recolhidos no âmbito da oferta de serviços de empresa da informação, o que

⁸Nota do revisor. No original: “*Sur demande de la personne concernée, le responsable du traitement est tenu d’effacer dans les meilleurs délais les données à caractère personnel qui ont été collectées dans le cadre de l’offre de services de la société de l’information lorsque la personne concernée était mineure au moment de la collecte*”.

⁹Nota do revisor. No original: “*Si une donnée a été transmise à un tiers, le responsable du traitement doit accomplir les diligences utiles afin de lui notifier les opérations qu’il a effectuées conformément au premier alinéa*”.

ainda precisa ser definido com precisão em razão da falta de clareza neste caso também, trata-se de um verdadeiro direito ao esquecimento digital.

O RGPD também parece admitir tal prerrogativa, embora de forma mais cautelosa e, sem dúvida, mais confusa, pois o título do caput do artigo 17 – “direito ao apagamento dos dados (“direito a ser esquecido”)” – atesta claramente a confusão, negação ou até mesmo a esquizofrenia vivenciada pelo legislador europeu acerca desta matéria. Embora o legislador europeu tenha procrastinado e hesitado muito quanto ao reconhecimento de tal prerrogativa, ele parecia se opor na última versão do texto aprovado pela Comissão do Parlamento Europeu. Além disso, segundo as diferentes hipóteses tradicionais, o apagamento pode ser solicitado também quando “Os dados pessoais foram tratados ilícitamente”, nos termos do art. 17, 1, “f” do RGPD. Entretanto, neste caso específico, não se trata, de forma alguma, de um verdadeiro direito ao esquecimento, mas sim de medidas visando impedir atividades ilícitas. Porém, uma interpretação diferente deste dispositivo é possível. Uma vez que se trata apenas de uma das várias hipóteses que permitem a aplicação do direito ao esquecimento, contido no artigo 17 do RGPD, não seria possível, pelo contrário, admitir que se tratam, nas outras hipóteses referidas pelo texto, de medidas que visam ao questionamento de tratamento ilegais e ilegítimos? A dúvida irá permanecer por algum tempo.

Ainda assim, à luz da exposição de motivos incluída no relatório, pode-se deduzir uma intenção de restringir o direito ao esquecimento à sua forma mais simples, em que seria apenas uma prerrogativa para permitir o questionamento das consequências de uma divulgação ampla de informações de forma ilegal (UNIÃO EUROPEIA, 2016b). O direito ao esquecimento, conforme definido pelo legislador da União Europeia na Exposição de Motivos do Regulamento, era entendido da seguinte forma: “quando os dados são transferidos a terceiros ou publicados sem base jurídica adequada, o primeiro responsável pelo tratamento tem a obrigação de informar estes terceiros e zelar pela eliminação de dados” (UNIÃO EUROPEIA, 2016b). Esta definição justifica, a *contrario sensu*, que “quando a pessoa tenha consentido a publicação de seus dados, o ‘direito ao esquecimento’ não é legítimo, nem realista”. No entanto, como já foi dito, se o direito reconhecido não se aplica a um tratamento realizado de forma legal, surgiria a questão da existência de um verdadeiro direito subjetivo ao esquecimento. Portanto, se, com base na tramitação legislativa, o legislador da União não parecia pronto para reconhecer um direito ao esquecimento digital, os magistrados do Tribunal de Justiça da União Europeia tinham, sem dúvida, menos receios. No entanto, tal conclusão, hoje, não parece possível à luz da leitura da versão final do Regulamento que acabou sendo aprovado.

Por um lado, o conceito de direito ao esquecimento digital foi reintroduzido formalmente, embora entre parênteses, mas explicitamente

presente no título do artigo 17. Por outro lado, é possível acrescentar às hipóteses tradicionais de apagamento de tratamentos ilegais (na origem ou depois de serem iniciados) dois dispositivos que consagram um verdadeiro direito ao esquecimento. O primeiro é o artigo 17, 1, “c”, que prevê que o direito ao apagamento pode ser obtido de direito quando “o titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21, n. 1, e não existem interesses legítimos prevalecentes que justifiquem o tratamento, ou o titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21, n. 2” (UNIÃO EUROPEIA, 2016a). Tal dispositivo permite um apagamento muito mais importante e independentemente dos fundamentos (legais ou ilegais) do tratamento, uma vez que cabe ao responsável pelo tratamento fornecer a prova de motivos legítimos que justificam sua recusa.

O regulamento prevê, em seguida, no artigo 17, 1, “f”, a obrigação de apagar quando “os dados pessoais foram recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação referida no artigo 8º, n. 1” (UNIÃO EUROPEIA, 2016a). A referência feita dá margem a duas interpretações. A primeira, provavelmente a menos provável, permitiria considerar que todos os dados coletados são visados como parte do serviço da empresa da informação (ou seja, a referência seria aplicada apenas à definição do modo de coleta). A segunda, sem dúvida a mais provável, permitirá considerar que a referência diz respeito ao texto todo, portanto serão apenas visados e levados em consideração os dados coletados referentes a uma criança de menos de 16 anos ou, ainda, podendo chegar até os 13 anos de idade, a critério dos legisladores dos Estados-membros da União Europeia. À luz desta leitura do texto, não precisava se ter receio sobre o reconhecimento de tal direito, cujo escopo revela-se muito restrito. Permanece a interrogação sobre a atitude a ser adotada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, que, em última análise, já foi além ao acolher um verdadeiro direito ao esquecimento para uma pessoa adulta: o Tribunal poderá manter sua jurisprudência sob a égide do novo Regulamento?

De qualquer modo, um número muito grande de questões ainda paira no ar, no que diz respeito à aplicação desse novo direito. Embora os textos (RGPD e LRD) tenham previsto, de maneira bastante semelhante, que o direito ao esquecimento não é absoluto e que, portanto, há limites expressamente previstos (principalmente o exercício da liberdade de expressão e de informação), será preciso ainda resolver a questão de quem poderá realizar o equacionamento desses conflitos. Esperemos que seja o Poder Judiciário, embora esteja claro que, na prática, na maioria das vezes, o responsável técnico pelo tratamento de dados será o primeiro árbitro em caso de recusa de apagamento, apesar do pedido do menor interessado.

Direito à portabilidade dos dados

O direito à portabilidade e recuperação dos dados é um elemento essencial do novo sistema, muito aguardado pelos usuários e temido pelos “prestadores de serviços de comunicação ao público on-line”, segundo a qualificação empregada pelo legislador francês no artigo 48 da LRD. Com efeito, essa prerrogativa parece essencial para restituir à pessoa interessada o controle sobre seus dados. A prerrogativa beneficiou-se também de uma dupla consagração, tanto pelo legislador europeu quanto pelo Poder Legislativo francês, embora seu reconhecimento tenha sido feito em termos diferentes. Na legislação francesa, em primeiro lugar, o direito consagrado definitivamente à portabilidade dos dados está aquém das expectativas e, portanto, não é totalmente satisfatório. Mas não poderia ser diferente, já que o legislador europeu também o tinha reconhecido no artigo 20 do RGPD, que é expressamente referido pela LRD¹⁰. Portanto, o legislador francês dispunha de uma margem muito pequena, de modo que o direito à portabilidade e recuperação diz respeito, em última análise, apenas aos dados de consumidores, uma vez que o texto pretende ser parte do Código do Consumidor. Mas, também, devido ao fato de os referidos dados não serem pessoais por definição. De fato, esses dados são regidos por um regime separado previsto pelo RGPD, cuja entrada em vigor ocorrerá somente na data de entrada em vigência deste, em 25 de maio de 2018. Por outro lado, para outros dados sujeitos ao direito de portabilidade e recuperação, nos termos do legislador francês, o dispositivo da LRD é diretamente aplicável. Portanto, ao longo dos próximos dois anos, os dados pessoais serão menos protegidos do que outros dados, *a priori* menos essenciais, ao menos no que concerne à proteção das pessoas interessadas no sentido extrapatrimonial da palavra. O *caput* do dispositivo do Código do Consumidor (FRANÇA, 2017b) está assim redigido, segundo o art. 48 da LRD:

“Art. 224-42-3. Sem prejuízo das disposições que protegem o segredo em matéria comercial e industrial e dos direitos da propriedade intelectual, todo fornecedor de um serviço de comunicação online ao público oferecerá ao consumidor uma função gratuita que permitirá a recuperação”¹¹ (FRANÇA, 2016).

¹⁰O artigo 48 da LRD, que prevê um artigo L. 224-42-2, o qual dispõe: “esta recuperação é exercida conforme as condições previstas no artigo 20 do regulamento (UE) n. 2016/679, (...) de 27 de abril de 2016, relativo à proteção de pessoas físicas no tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, (...), para os dados pessoais, (...)”. Nota do Revisor. No original: “Art. L. 224-42-2. Cette récupération s'exerce conformément aux conditions prévues à l'article 20 du règlement (UE) n. 2016/679 (...) du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et (...)” (FRANÇA, 2016).

¹¹Nota do revisor. No original: “Sans préjudice des dispositions protégeant le secret en matière commerciale et industrielle et des droits de propriété intellectuelle, tout

Em última instância, os dados decorrentes do direito assim reconhecido são limitados, pois se tratam, positivamente, de dados constituídos por “arquivos *online*”¹², bem como “todos os dados resultantes de uma conta de usuário e que estejam disponíveis *online*”¹³. Não obstante, há uma série de limitações que circunscrevem negativamente o âmbito do direito de recuperação. Assim, os dados que podem estar sujeitos a um direito de recuperação não poderão ser abrangidos pelas disposições que regem o sigilo em matéria comercial e industrial, bem como as que asseguram a proteção dos direitos de propriedade intelectual, como indicado no *caput*, acima transcrito. Além disso, também são excluídos do escopo de texto os dados que foram objeto de um enriquecimento significativo pelo fornecedor em questão¹⁴. A este respeito, o legislador prevê uma presunção de não enriquecimento de dados, apoiada por uma lista elaborada por um futuro Decreto. Caberá, assim, ao prestador de serviços que recusa a portabilidade gratuita de dados lutar contra esta presunção simples.

Neste contexto, o Decreto que definirá os tipos de enriquecimento presumidos insignificantes parece crucial. Mas, enquanto esse Decreto não existir, é preciso fazer a seguinte pergunta, a título de hipótese: um usuário que publica uma foto em sua conta no *Instagram* pode obter a recuperação deste dado (sabendo que, em se tratando de uma foto para a qual ele usou o filtro oferecido pelo prestador do serviço, além do fato de que esta pode ser, se for o caso, abrangida por um direito autoral, e que a existência de um enriquecimento significativo poderia ser utilizado contra ele para justificar uma recusa)? Embora possamos celebrar o fato de que o usuário possa, em princípio, se beneficiar do direito à recuperação gratuita em um formato aberto e interoperável de seus dados, é forçoso constatar que o escopo de sua proteção não é necessariamente muito amplo.

O RGPD, por sua vez, abrange essencialmente dados pessoais, na medida em que o artigo 20 consagra um dispositivo muito mais amplo do que a portabilidade à francesa, uma vez que não há distinção de acordo com a natureza dos dados considerados. No entanto, o texto prevê condições que também limitam o escopo porque abrange apenas dados que o usuário “tenha fornecido a

fournisseur d'un service de communication au public en ligne propose au consommateur une fonctionnalité gratuite permettant la récupération”.

¹²Conforme o artigo 48 da LRD, que altera o artigo L. 224-42-3, alínea 1 do Código do Consumidor (FRANÇA, 2017b). Nota do revisor. No original: “*tous les fichiers mis en ligne par le consommateur*”.

¹³Artigo L. 224-42-3, alínea 2 do Código do Consumidor, conforme redação pelo artigo 48 da LRD. Nota do revisor. No original: “*toutes les données résultant de l'utilisation du compte d'utilisateur du consommateur et consultables en ligne*”.

¹⁴O artigo L. 224-42-3, alínea 2 do Código do Consumidor, em sintonia com o artigo 48 da LRD. Nota do revisor. No original: “*(...) l'exception de celles ayant fait l'objet d'un enrichissement significatif par le fournisseur en cause*”.

um responsável pelo tratamento”. Somente esses são abrangidos pelo direito à portabilidade, o que exclui todos os dados coletados como parte da navegação on-line e que não tenham sido “fornecidos” formalmente. Além disso, esta primeira condição é acrescida de uma segunda condição referente ao fundamento de licitude do tratamento. Apenas os dados pessoais tratados com base no consentimento ou, ainda, tratados mediante um processo automatizado poderá ser levado em consideração, nos termos das alíneas “a” e “b” do n. 1 do artigo 20 do RGPD.

Mais uma vez, tais condições limitam, inevitável e drasticamente, o alcance da proteção da pessoa interessada, que, sob ressalva da interpretação que deverá ser feita desses dispositivos, poderá apenas exercer este direito à portabilidade em uma perspectiva de mudança de operadores; e que, não necessariamente, poderá garantir a proteção da sua privacidade. Isso mostra a dificuldade de manter uma visão maniqueísta das coisas, pois, a pretexto de reforçar os direitos dos indivíduos na proteção de dados, aumenta-se, de fato, a concorrência econômica. E, assim, portanto, majoram-se os interesses dos operadores econômicos do setor, sem que haja um necessário reequilíbrio em prol dos indivíduos.

Referências Bibliográficas

ALEMANHA: Tribunal Constitucional, **Bverfge 65,1: Volksählung, 1983** (Acórdão constitucional 65,1: censo, 1983), 1983. Disponível em:
<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv065001.html>. Acesso em: 07 nov. 2017.

BRUGUIÈRE, Jean-Michel. Droit à l’oubli numérique des internautes ou... responsabilité civile des moteurs de recherche du fait du référencement? **Communication commerce électronique**, n. 5, p. 15-23, 2015.

DEBET, Anne; MASSOT, Jean; METALLINOS, Nathalie; DANIS-FATÔME, Anne; LESOBRE, Olivier. **Informatique et libertés: la protection des données à caractere personnel em droit français et européen**. Paris: Lextenso Éditions, 2015.

FRANÇA, **Code civil** (Código civil). Disponível em:
https://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721, 2017a. Acesso em: 07 nov. 2017.

- FRANÇA, **Code de la consommation** (Código de consumo). Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565>, 2017b. Acesso em: 08 nov. 2017.
- FRANÇA. **Loi n. 1978-17**, 6 Janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés modifiée – Loi Informatique et Libertés (Lei n. 1978-17, relativa à informática, aos arquivos e às liberdades – Lei para Informática e Liberdades, LIL). Paris: Journal Officiel de la République Française, 7 jan. 1978, p. 227-231 (Jornal Oficial da República Francesa). Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000886460>. Acesso em: 09 nov. 2017.
- FRANÇA. **Loi n. 2004-801**, 6 Août 2004, relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel (Lei n. 2004-801, de 6 ago. 2004, relativa à proteção das pessoas físicas em caso de tratamento de dados pessoais). Paris: Journal Officiel de la République Française (Jornal Oficial da República Francesa), 2004. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JORFTEXT000000441676. Acesso em 18 dez. 2017.
- FRANÇA. **Loi n. 2016-1321**, 7 Octobre. 2016, *Loi pour une république numérique* (Lei para uma República digital, LRD). Paris: Journal Officiel de la République Française (Jornal Oficial da República Francesa), 8 out. 2016. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033202746&categorieLien=id>. Acesso em: 03 nov. 2017.
- FRANÇA: Conseil d'Etat. **Etude annuelle 2014 du Conseil d'Etat: le numérique et les droits fondamentaux** (Estudo anual 2014 do Conselho de Estado francês: o digital e os direitos fundamentais). Paris: La Documentation Française, 2014. Disponível: <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/144000541.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2017.
- FRANÇA: Cour de Cassation (Corte de Cassação), **Arrêt n. de pourvoi 97-13248** (“acórdão de apelação”), Paris: Journal Officiel de la République Française, 12 nov. 1998 (“Jornal Oficial da República Francesa”). Disponível: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007396113>. Acesso em: 11 dez. 2017.
- GROFFE, Julie. La mort numérique. **Recueil Dalloz**, n. 28, p. 1609-1614, 2015.
- MARTIAL-BRAZ, Nathalie; ROCHFELD, Judith. Les moteurs de recherche, maîtres ou esclaves du droit à l'oubli numérique? Acte II: le droit à l'oubli numérique, l'éléphant et la vie privée, **Recueil Dalloz**, n. 25. p. 1481-1484, 2014.

PÉRÈS, Cecile. Les données à caractère personnel et la mort: Observations relatives au projet de loi pour une République numérique. **Recueil Dalloz**, n. 2, p. 90-95, 2016.

UNIÃO EUROPEIA: Parlamento Europeu e Conselho. **Directiva 95/46/CE**, de 24 de outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, 1995. Bruxelas: Jornal Oficial da União Europeia, de 23 nov. 1995, p. 31. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:01995L0046-20031120&from=EN>. Acesso em 18 dez. 2017.

UNIÃO EUROPEIA: Tribunal de Justiça da União Europeia. Conclusões do advogado-geral Niilo Jääskinen, 25 de junho de 2013, 2013. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=0&part=1&mode=req&docid=138782&occ=first&dir=&cid=1006183. Acesso em 18 dez. 2017.

UNIÃO EUROPEIA: Tribunal de Justiça da União Europeia, **Processo número C-131/12**, acórdão de 13 de maio de 2014. Google Spain e Google contra a Agência Espanhola de Protecção de Dados (AEPD) e outros, 2014a. Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070pt.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2017.

UNIÃO EUROPEIA: Parlamento Europeu. **Resolução Legislativa**, de 12 de março de 2014, sobre a proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (regulamento geral de protecção de dados), 2014b. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0212+0+DOC+XML+V0//PT>. Acesso em 18 dez. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento 2016/679 UE**, de 27 abr. 2016, define, nos Estados-membros, direitos e deveres referentes à protecção de dados pessoais e revoga a Diretiva 95/46/CE. Bruxelas: Jornal Oficial da União Europeia, 2016a. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>. Acesso em: 11 out. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. **Exposição de motivos do Regulamento 2016/679**, de 27 abr. 2016. Bruxelas: Jornal Oficial da União Europeia, 2016b. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=COM:2012:0011:FIN>. Acesso em: 18 dez. 2017.

