

**COMENTÁRIO AO ACORDÃO DO TRIBUNAL
EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM, CASO DE
M.L. E W.W. CONTRA ALEMANHA, PROCESSOS NOS.
60798/10 E 65599/10, DE 28 DE JUNHO DE 2018¹**

Marcelo Porrua

Mestre em Educação e mestrando em Direitos Humanos

Universidade do Minho

Abstract: Two very important scenarios are gaining ground in different world contexts: on the one hand, the development of technological means, with the consequent expansion of electronic resources, making the guarantees against the processing and misuse of personal data almost innocuous, and on the other hand, the clear advance of conservative conceptions facing the maintenance and expansion of fundamental rights, in some member states of the European Union and also outside it. It is basically these two sociopolitical aspects that justify this commentary to the ruling of the European Court of Human Rights which is intended to reflect on the ECtHR ruling on ML and WW v Germany. To this end, it will bring the most relevant procedural facts to the understanding of the case, the complaint made to the ECHR and the decision given, the framework of the debate, based mainly on Articles 8 and 10 of the European Convention on Human Rights, ending with a brief critical analysis. and unpretentious considerations arising from the reflective moment.

Keywords: Human Rights; Privacy; European Court of Human Rights (ECHR); ML and WW v. Germany.

Resumo: Dois cenários bastante importantes ganham espaço em diferentes contextos mundiais: por um lado, o desenvolvimento dos meios tecnológicos, com a consequente expansão dos

¹ *European Court of Human Rights*. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-184438%22%5D%7D>. Acesso em 12 nov. de 2018. Tradução do autor.

recursos eletrônicos, tornando quase inócuas as garantias previstas contra o tratamento e a utilização abusiva de dados pessoais, e, por outro lado, o claro avanço de concepções conservadoras que afrontam a manutenção e ampliação dos direitos fundamentais, em alguns Estados-membro da União Europeia e também fora dela. São basicamente estes dois aspectos sociopolíticos que legitimam o presente comentário ao acórdão do Tribunal Europeu de Direitos do Homem que pretende refletir sobre a decisão do TEDH a respeito do caso ML e WW *versus* Alemanha. Para tanto, trará os fatos processuais mais relevantes ao entendimento do caso, a queixa realizada ao TEDH e a decisão proferida, o enquadramento do debate, pautado principalmente entre os artigos 8º e 10º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, encerrando com uma breve análise crítica e desprezíveis considerações advindas do momento reflexivo.

Palabras clave: Direitos Humanos; Privacidade; Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH); ML e WW *versus* Alemanha.

Resumen: Dos escenarios muy importantes están ganando terreno en diferentes contextos mundiales: por un lado, el desarrollo de medios tecnológicos, con la consiguiente expansión de recursos electrónicos, haciendo que las garantías contra el procesamiento y el uso indebido de datos personales sean casi inocuas, y por otro lado, el claro avance de las concepciones conservadoras que desafían el mantenimiento y la expansión de los derechos fundamentales, en algunos Estados miembros y más allá. Básicamente son estos dos aspectos sociopolíticos los que justifican el presente comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que pretende reflexionar sobre la sentencia del TEDH sobre LD y WW v Alemania. Con este fin, traerá los hechos procesales más relevantes a la comprensión del caso, la queja presentada ante el CEDH y la decisión tomada, el marco del debate, basado principalmente en los artículos 8 y 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que termina con un breve análisis crítico. y consideraciones sin pretensiones que surgen del momento reflexivo.

Palabras clave: Derechos Humanos; Privacidad; Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH); ML y WW contra Alemania.

I. Os fatos

Os principais fatos relacionados à ação aqui comentada serão elencados em ordem cronológica para melhor compreensão da sua dimensão processual:

1993 - ML e WW foram condenados à prisão perpétua por terem cometido um homicídio na Alemanha, no ano de 1991;

2000 - Foram apresentadas queixas constitucionais contra as decisões dos tribunais penais que não foram admitidas pelo Tribunal Constitucional Federal;

2004 - Os recorrentes apresentaram novo pedido de revisão, rejeitado em 2005;

2007 - Em liberdade condicional, MR e WW entram na justiça com a intenção de tornarem anônimos os seus dados pessoais, relacionados ao homicídio, em notícias veiculadas em diferentes mídias;

2008 - Em primeira instância, o Tribunal Regional de Hamburgo declarou a procedência dos pedidos;

2008 - Em segunda instância, o Tribunal de Recurso confirmou a decisão;

2009 - Acionada por uma das partes vencidas, a Corte Federal de Justiça aceitou o pedido contra RL e WW com base na primazia da liberdade de expressão e do interesse público sobre o direito à privacidade;

2010 - Apresentação de queixa na Corte Europeia de Direitos Humanos contra o Estado Alemão, com base no artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos².

2018 - A Corte Europeia dos Direitos do Homem mantém a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia e rejeita o pedido com base em não haver violação ao artigo 8º da referida Convenção.

II. A queixa

ML e WW recorreram ao TEDH alegando violação ao artigo 8º da CEDH que determina que “qualquer pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”, garantia que foi contrariada pelo Tribunal Federal de Justiça da Alemanha

² ARTIGO 8º Direito ao respeito pela vida privada e familiar 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

quando não proibiu, quando acionado, a disponibilização na internet, por diversos meios de comunicação, de relatórios antigos -ou sua transcrição- sobre o processo criminal contra eles.

III. A decisão do TEDH

O TEDH, considerando que o artigo 8º da CEDH não foi violado, rejeitou o pedido interposto por ML e WW, consignando os seguintes argumentos:

- I) A Corte recorda que a noção de “vida privada” é uma noção ampla, pode, portanto, englobar múltiplos aspectos da identidade de um indivíduo, como identificação e orientação sexual, nome ou elementos relacionados ao direito à imagem.
- II) A proteção de dados pessoais desempenha um papel fundamental no exercício do direito ao respeito pela vida privada e familiar consagrado no artigo 8 da Convenção;
- III) Para que o artigo 8.º seja tido em conta, o atentado à reputação pessoal deve atingir o gozo pessoal do direito ao respeito pela vida privada. Portanto, não pode ser invocada para denunciar um prejuízo à reputação que poderia resultar de forma previsível de suas próprias ações, tais como uma ofensa criminal;
- IV) Deve haver um justo equilíbrio entre o direito ao respeito à vida privada, garantido pelo artigo 8 da Convenção, e a liberdade de expressão das emissoras de rádio e editoras e a liberdade de informação do público, garantida pelo artigo 10 da Convenção.
- V) Ao Estado cabem obrigações positivas nos termos do artigo 8 da Convenção, que também deve reconhecer o papel essencial que a imprensa desempenha em uma sociedade democrática, o que inclui a comunicação de informações e idéias, seu arquivamento e disponibilidade ao público como fonte valiosa para a educação e pesquisa histórica;
- VI) Sites são ferramentas que possuem especial capacidade de armazenar e distribuir informações e comunicações on-line e conteúdo muito mais do que prejudicar o exercício e o gozo dos direitos e liberdades fundamentais, em particular o direito ao respeito pela vida privada.
- VII) Em pleno gozo de sua liberdade de expressão, os requerentes recorreram à imprensa, para a qual eles transmitiram uma série de documentos, tendo em vista manter o público informado através de diferentes canais de comunicação;

VIII) Ao recusar satisfazer o pedido das recorrentes, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias não descumpriu as obrigações positivas do Estado de proteger o direito das recorrentes ao respeito da sua vida privada, na aceção do artigo Artigo 8 da Convenção.

IV. Enquadramento

A decisão do TEDH, que tem alcançado grande relevância para os debates em torno do Direito ao Esquecimento e que está no cerne da conciliação entre o direito à vida privada e o direito à liberdade de expressão, tem evidenciado que há ainda necessidade de que ambas as prerrogativas sejam consideradas em relação ao que for mais importante ser garantido pelo Estado na situação fática, isto é, nos limites dos direitos fundamentais que são garantidos aos cidadãos, sem que haja perda para nenhum dos interessados e uma harmonização da aplicação das normas.³ Da mesma forma, devendo ser considerado o nível de proteção mais elevado, uma vez que o caso está inserido num contexto da União Europeia e mesmo as normas internas alemãs não trazendo algo específico sobre a proteção da vida privada em seu ordenamento, a norma portuguesa o traz e poderia ter sido utilizada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.⁴

Na discussão que se desprende do acordão aqui tratado, ML e WW versus Alemanha, diferentes questões podem ser feitas em relação à consolidação do Artigo 8º da Convenção Europeia dos

³ Com a publicação do novo regulamento relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, que revoga a Diretiva 95/46), abre-se espaço a um novo paradigma no tratamento comum dos vários Estados-Membros da UE. Como já foi assinalado, a clara distinção no alcance dos instrumentos jurídicos em questão -antes uma diretiva, agora um regulamento- implica necessariamente uma maior coerência (ao menos formal) na resposta que cada um dos Estados que compõem a UE podem e devem dar às matérias relacionadas com a proteção de dados. Conforme SILVEIRA, Alessandra & MARQUES, João. DO DIREITO A ESTAR SÓ AO DIREITO AO ESQUECIMENTO. Considerações sobre a proteção de dados pessoais informatizados no direito da união europeia: sentido, evolução e reforma legislativa, Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, vol. 61, n. 3, set./dez. 2016, p. 97. Disponível em <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/48085>> Acesso em 16 nov 2018.

⁴ Atente-se, como exemplo, no que vem prescrito na LPDP, mais precisamente no seu artigo 7.º, n.º 1, pelo qual se proíbem os tratamentos de dados pessoais ditos sensíveis (“categorias específicas de dados”, na terminologia da diretiva), que se prendem com a origem racial, com convicções religiosas ou filosóficas, com a saúde -entre outros. Ao contrário da diretiva, há uma categoria de dados que a lei portuguesa proíbe e à qual aquela não faz referência- que é a da “vida privada”. Este conceito, ainda hoje controverso, sustenta-se na previsão do artigo 35.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa (CRP), decalcando, praticamente *ipsis verbis*, o teor daquela disposição. Aí se limita o tratamento de dados referentes à “vida privada” do seu titular aos casos em que exista “consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis”. Ademais, no caso citado, o imperativo constitucional português, na medida em que oferece um nível mais elevado de proteção dos direitos dos cidadãos, não deverá merecer reparo por parte da jurisprudência europeia, mas o que se visa alcançar com este passo em frente é a garantia de um denominador mínimo (quando não mesmo máximo) comum em matéria de proteção de dados pessoais, e essa é uma garantia que apenas o regulamento pode viabilizar sem excessivas discrepâncias. SILVEIRA, Alessandra & MARQUES, João. p. 111.

Direitos Humanos, bem como em relação ao seu artigo 10º, nesse caso, o seu maior antagonista. A compreensão da questão, e principalmente do pronunciamento do TEDH, está justamente na concepção utilizada pelo TEDH em relação ao (i) que é vida privada e (ii) a liberdade de os requerentes utilizarem seus dados pessoais, bem como (iii) o que seria interesse público e (iv) como se delimitam os “riscos” para os meios de comunicação, dentre outras questões igualmente pertinentes.

Assim, urge entender o que o TEDH concebe como proteção ao direito de livre expressão de um grupo de instituições e pessoas alcançados pela decisão, em claro detrimento do direito à vida privada de dois cidadãos pontualmente nominados, atingidos não somente na privacidade de suas vidas, mas impondo a ambos os claros limites oriundos do acesso indiscriminado a fatos pretéritos que atingem seu presente e determinando seu futuro, imputando-lhes penas perpétuas.

V. Análise crítica

Sobre as ponderações realizadas pelo TEDH a respeito do caso ML e WW versus Alemanha, apenas alguns pontos levantados serão analisados, mais especificamente em relação ao Direito doméstico do Estado Alemão, algumas recomendações do Conselho da Ministros da Europa e o Direito da União Europeia.

Em relação à Lei Básica da Alemanha, os seus artigos 1º e 2º⁵ são bastante claros em relação à proteção da dignidade de seus cidadãos, proclamando que esse direito é intagível e deve ser incumbência de toda autoridade pública observá-lo; da mesma forma o segundo artigo quando menciona o livre desenvolvimento da personalidade de toda pessoa.

Se toda pessoa tem direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade desde que não infrinja o direito de outros ou viole a ordem constitucional ou a lei moral; ao infringir tais preceitos, a liberdade de desenvolvimento de sua personalidade fica prejudicado. Queremos entender que essa liberdade limita o desenvolvimento, mas não pode de forma alguma interrompê-lo ou obstaculizá-lo de todas as formas, mas apenas o limitar com as medidas que a lei aponta. Cessar esse desenvolvimento através de outros mecanismos que fogem ao alcance das leis, é um ato que desrespeita a própria constituição, uma vez que impõe ao cometedor de tais violações penas não

⁵ Artigo 1.1 “A dignidade do ser humano é intangível. Todas as autoridades públicas têm a obrigação de respeitá-lo e protegê-lo”. e Artigo 2.1 “Toda pessoa tem direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, desde que não infrinja os direitos de outros ou viole a ordem constitucional ou a lei moral (Sittengesetz)”.

previstas e limitações fora daquelas previstas em lei.

Assim, se o Estado permite que os cidadãos, ao cometerem algum delito, sejam punidos por mecanismos extras que não aqueles que a lei provisiona, não estaria ele mesmo desrespeitando suas normas constitucionais? Trata-se aqui de uma ação positiva do Estado combater outros tipos de penalidades. Seria aceitável que depois de impor a sua pena ao cidadão que comete um delito, o Estado legitime que outras instâncias, fora do contexto institucional, também apregoem novas e outras penas e algumas de caráter perpétuo? Por exemplo, seria justo que um cidadão, depois de passar anos em regime de privação de liberdade, ao ser libertado ainda cumprisse novas medidas penais, tão ou mais cruéis, estabelecidas por sujeitos alheios ao ordenamento e que suas imputações ainda sejam legitimadas pelo Estado quando não atua positivamente para proteger esses cidadãos? Não estaria esse cidadão punido duplamente ou mais:

Da mesma forma, quando nos deparamos com os pronunciamentos do Conselho da Europa, principalmente em relação à proteção de indivíduos no que diz respeito ao Processamento Automático de Dados Pessoais, muitas interrogações nos advêm.⁶

A dicção do artigo primeiro da Convenção traz um dado importante quando assegura o direito à privacidade no que diz respeito ao tratamento automatizado de dados pessoais de modo independente dos direitos e liberdades fundamentais; esse posicionamento deve ser entendido que mesmo os sujeitos estando em regime de privação de liberdade, ou em liberdade condicional, esse direito de proteção lhe assiste, afinal as sentenças os tolhem de alguns direitos, principalmente o de liberdade de ir e vir e outras restrições, mas nenhuma sentença os condena à extinção dos demais direitos que possam assistir a esses cidadãos. Seria razoável que para um condenado a vários anos de prisão também lhe fosse negado o acesso à saúde e a condições dignas de habitação e proteção contra o frio e outras intempéries, por exemplo? Portanto, mesmo como apenados, em situação de gozo pleno de suas penas, se assim pode ser dito, os cidadãos não estão alienados de seus demais direitos, inclusive da proteção de seus dados pessoais, uma vez que as sentenças não os podem extinguir. Esse contexto requer que devam ser positivamente preservados, protegidos e promovidos pelo Estado e da mesma forma que esses mesmos cidadãos possam buscar alternativas que garantam sua contínua defesa, enquanto for processualmente possível. Referimo-nos aqui à liberdade de buscar formas de lutar contra a opressão, mesmo que

⁶ As passagens pertinentes ao presente caso da Convenção para a Protecção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automático de Dados Pessoais, de 28 de Janeiro de 1981, têm a seguinte redacção: Artigo 1 “O objectivo desta Convenção é assegurar, no território de cada Parte, a qualquer pessoa singular, independentemente da nacionalidade ou da residência, de seus direitos e liberdades fundamentais, incluindo o direito à privacidade no que diz respeito ao tratamento automatizado de dados pessoais relativos a ele (“protecção de dados”)”.

seja da própria justiça, um direito que desde o século XVIII já era proclamada pelos jusnaturalistas, como uma forma de fugir à tirania.

A proteção dos dados não cabe apenas ser feita na esfera pública, como estabelece o artigo 3 da convenção⁷ mas também à esfera privada se a mesma for depositária desses dados. Por isso, para quem estiver de posse desses dados pessoais, a convenção orienta que o Estado atue para que os mesmos mereçam ser protegidos e não fiquem a mercê de interesses diversos que podem, no afã de diferentes práticas ideológicas, desrespeitarem o direito à proteção desses dados como um direito à vida privada. Assim, cremos que seja possível ser compreendido que tanto a produção e armazenamento desses dados, como seu acesso ou disponibilização pública devem ser regulados pelo Estado, tanto quando ele mesmo os tem, como quando eles estão sob tutela de agentes privados.

Tais dados pessoais devem sofrer proteção em diferentes extensões, tanto os que dizem respeito ao caráter único do indivíduo e sua personalidade, como outros que dizem respeito às suas bases ideológicas e culturais, como são garantidos no artigo 6 da Convenção.⁸

O artigo sexto da convenção é bem mais claro no que diz respeito aos dados de origem penal, dando-lhe foco de forma inequívoca. Assim, o legislador, prevendo que o acesso a informações da vida de alguém, no que diz respeito a situações pretéritas de origem penal, também deveriam ser asseguradas no bojo da lei, uma vez que mesmo tendo cometido delitos, algumas pessoas podem desejar não serem importunadas pela lembrança continua desses fatos. Ressalte-se que o pagamento legal ou punição pelo delito cometido deve ser dado na esfera das execuções das penas e não devem ser assistidas por penas acessórias de cunho social ou moral, ou outro qualquer, não previstas em lei, que podem durar pela eternidade, se não for regulado devidamente o acesso a algumas informações desse cunho.

Outra recomendação explícita e clara do Conselho que foi fortemente questionada pela decisão do TEDH em sua decisão, está presente no oitavo princípio⁹ das recomendações dos ministros

⁷ Artigo 3 - “As Partes comprometem-se a aplicar a presente Convenção aos ficheiros e processamento automático de dados pessoais nos setores públicos e privados.”

⁸ Artigo 6 - “Os dados pessoais que revelem a origem racial, as opiniões políticas, crenças religiosas ou outras, bem como os dados pessoais relativos à saúde e à vida sexual, não podem ser transformados automaticamente a menos que a lei lhes dê garantias adequadas. O mesmo se aplica aos dados pessoais relativos a condenações penais.”

⁹ Artigo 8 - “O fornecimento de informações sobre pessoas suspeitas, acusadas ou condenadas, bem como sobre outras partes em processos penais, deve respeitar seu direito à privacidade, de acordo com o artigo 8 da Convenção. Deve ser oferecida proteção especial àqueles que são menores ou outras pessoas vulneráveis, às vítimas, testemunhas e famílias de pessoas suspeitas, acusadas ou condenadas. Em todos os casos, deve-se dar atenção especial ao efeito prejudicial que a divulgação de informações que permitam sua identificação possa ter em relação às pessoas mencionadas neste Princípio.”

que trata sobre as recomendações de proteção à privacidade no contexto do processo penal em curso.

A recomendação do conselho de ministros é bastante clara quando preve o efeito prejudicial que a falta de proteção à vida privada, com a divulgação de dados que permitam a identificação de pessoas, por exemplo, pode trazer aos indivíduos apontados. Essa divulgação deve ser criteriosa a ponto de não expor a vida privada dessas pessoas, pois seu efeito não pode ser revertido, mesmo que futuramente os dados possam ser apagados ou mesmo desindexados. Isso decorre de que o acesso à informação e o que ela gerou em cada indivíduo que a acessou não podem ser apagados ou desindexados.

Assim, os resultados gerados pela divulgação dessas informações produz um efeito irreparável, uma vez que atingindo a consciência e a memória individual ou coletiva, não é possível serem apagadas. Ao dar essa recomendação, sabiamente o conselho de ministros antevê os efeitos danosos que tal desrespeito pode trazer ao sujeito que for alvo da disseminação de suas informações. Assim, as medidas protetivas de dados não podem vir apenas a reparar os danos feitos, mas devem coibir atitudes que banalizem essas informações sobre os cidadãos, pois nem eles mesmo sabem a extensão desses danos que poderão lhes advir.¹⁰ Uma vez alvo da disseminação de suas informações, o cidadão tem direito de acionar o Estado na defesa de seus direitos, o que impõe ao Estado, em muitos casos, um trabalho homérico, de várias instâncias judiciais para tentar minimizar esses efeitos, o que parece ter sido negligenciado nas decisões da TEDH que ateve-se apenas aos prejuízos financeiros das entidades de comunicação implicadas na ação.

O Comitê de Ministros também manifesta-se aos Estados membros sobre a proteção dos direitos

¹⁰ Dificilmente estará ao alcance do cidadão médio perceber a exata medida da dimensão e do grau de intrusão à sua privacidade que representa a informação que sobre si é recolhida e processada. Neste quadro, a possibilidade de requerer e obter, num formato legível, essa mesma informação, seja para transmiti-la a um outro responsável pelo tratamento de dados ou subcontratante, seja apenas para o exercício de um direito que deve caber a qualquer cidadão (o de conhecer e/ou reclamar a entrega, de forma legítima, dos seus próprios dados), representará um avanço no sentido da transparência sobre todas as operações de tratamento de dados e, nessa medida, um acréscimo sensível da consciencialização e responsabilização dos cidadãos pela forma como cedem os seus dados pessoais. SILVEIRA, Alessandra & MARQUES, João, p. 111.

humanos no contexto dos mecanismos de busca¹¹. Na manifestação, os ministros se expressam apontando para o perigo da falta de limite dos motores de busca em relação à sua capacidade de indexar conteúdos que não se destinam ao acesso público. Novamente as recomendações antecipam situações graves que facilmente fogem ao controle e isso vindo a acontecer, não mais podem ser rastreadas no sentido de desfazer o mal que produziram ou que ainda podem produzir.

Assim, numa atitude visionária, a recomendação dá azo a que se pondere a capacidade desses motores de busca para que não sejam realizadas operações que não possam adiante, por algum motivo, serem desfeitas. Prevenir ainda seria a melhor forma de evitar que injustiças fossem feitas, muitas delas sem possibilidades de serem desfeitas, pois uma vez que os dados são acessados, quem os impedirá de serem armazenados e novamente retransmitidos? A lei alcança o submundo da internet?

No que toca à União Europeia, a Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de Outubro de 1995¹², relativa à protecção das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, visava proteger as liberdades e os direitos fundamentais. Incluía-se nessa protecção o direito à privacidade, mas eliminava, de certa forma, os obstáculos à livre circulação desses dados¹³. Contudo, a normatização foi redefinida e passou a ser aplicável a partir de 25 de maio de 2018¹⁴.

¹¹ A Recomendação do Comitê de Ministros aos Estados membros sobre a proteção dos direitos humanos no contexto dos mecanismos de busca, adotada em 4 de abril de 2012, na 1139ª reunião, enfatiza a importância de pesquisa que contribui para facilitar o acesso ao conteúdo da Internet e tornar o mundo da web útil para o público. Considera essencial que os mecanismos de busca estejam livres para explorar e indexar informações que estejam disponíveis abertamente na Internet e que se destinem a ser massivamente disseminadas. Ele observa que a ação do mecanismo de busca pode, no entanto, afetar a liberdade de expressão e o direito de buscar, receber e transmitir informações, e também tem um impacto sobre o direito à privacidade e confidencialidade. a protecção dos dados pessoais devido à natureza invasiva dos motores de busca ou à sua capacidade de penetrar e indexar conteúdos que, embora no espaço público, não se destinavam à comunicação directa de massas (ou comunicação em grupo).

¹² Ora, a Directiva 95/46 (que regula o tratamento de dados pessoais e a sua circulação no espaço da UE até que as novas normas sejam aplicáveis em maio de 2018) veio responder a esta necessidade ao *i*) obrigar os Estados-Membros à adoção de garantias semelhantes em todo o espaço da UE no domínio da protecção de dados pessoais e *ii*) estipular procedimentos-regra quanto ao fluxo de dados pessoais para países terceiros - tendo sido uma referência mundial naquela matéria, especialmente por ter entrado em vigor num período em que os riscos associados às tecnologias da informação ainda não eram evidentes. SILVEIRA, Alessandra & MARQUES, João. p. 112.

¹³ O artigo 9º da directiva estabelece os Estados-Membros previam isenções e derrogações para o tratamento de dados pessoais com o único objectivo de jornalismo ou expressão artística ou literária.

¹⁴ Incluía-se nessa protecção o direito à privacidade, mas eliminava, de certa forma, os obstáculos à livre circulação desses dados. Todavia, o Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016 (aplicável a partir de 25 de maio de 2018) sobre a protecção das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, que revogou a Directiva 95/46/CE (Regulamento Geral de Protecção de Dados).

Assim, a Regra Geral de Proteção de Dados incrementa em seu artigo 17¹⁵ o direito ao esquecimento, obrigando o controlador dos dados a suprimir esses dados quando assim solicitado, com a máxima diligência. Portanto, o controle da disponibilização e do acesso a dados pessoais devem ser feitos pelos responsáveis pela disponibilização dos mesmos, havendo por isso, a garantia ao apagamento dessas informações, o que está no princípio do direito ao esquecimento¹⁶. Todavia, os parágrafos 1 e 2 não deixam esse direito atuar de forma absoluta, restringindo-o de alguma forma: (a) o exercício do direito à liberdade de expressão e informação; (...) (d) para fins de arquivamento de interesse público, para fins de pesquisa ou estatísticas, fins científicos ou históricos em conformidade com o artigo 89, parágrafo 1, na medida em que o direito referido no n.º 1 é susceptível de fazer com que seja impossível ou comprometer seriamente a realização dos objectivos do referido tratamento (...).”

Ainda no vize da RGPD, o artigo 85¹⁷ que versa sobre o Tratamento de dados e liberdade de expressão e informação argumenta sobre a responsabilidade dos Estados Membros a respeito da conciliação entre a proteção pretendida e o direito à expressão, rogando pela sua conciliação e apontando atitudes que incluem isenções do direito de expressão, bem como a derrogação de alguns deles, quando em jogo a direito à vida privada.

Ainda nesse mesmo tom, o acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 13 de maio de

¹⁵ Artigo 17 - Direito ao apagamento (“direito ao esquecimento”) “1. A pessoa em causa tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento sem demora, de dados pessoais que lhe dizem respeito e o controlador é obrigado a suprimir esses dados pessoais em quanto mais cedo, quando uma das seguintes razões se aplicar: (...) os dados pessoais não são mais necessários para os propósitos para os quais foram coletados ou processados; (...) Ao tornar públicos os dados pessoais e exigidos a suprimir ao abrigo do n.º 1, o responsável pelo tratamento, tendo em conta as tecnologias disponíveis e os custos de implementação, deve tomar medidas razoáveis, incluindo incluindo, controladores técnicos informando que processam os dados pessoais que os dados solicitados, apagando os responsáveis pelo processamento de qualquer link para tais dados pessoais, ou qualquer cópia ou reprodução.”

¹⁶ O agora célebre “direito ao esquecimento” passa a ter honras de novo direito - o que em muito se deve às conclusões do acórdão *Google*. Em boa verdade, o direito ao apagamento dos dados fazia já parte do catálogo dos chamados direitos

ARCO (artigos 12.º e 14.º da Diretiva 95/46), mas o direito ao esquecimento surge agora, sem dúvida por força da mediatização daquele acórdão, como parte integrante (e autonomizada) da epígrafe do artigo 17.º. De qualquer forma, são dois direitos com âmbitos de proteção distintos. Por meio do direito ao esquecimento o afetado reclama proteção contra a difusão de dados pessoais que são processados/propagados e se tornam acessíveis por intermédio de motores de busca - ou seja, um direito originariamente concebido para ser exercido *online*. Nessa medida, o direito ao esquecimento se distingue do direito ao apagamento originariamente previsto na Diretiva 95/46 para ser exercido *offline*, pois o último implica que os dados pessoais sejam conservados apenas por um certo período de tempo, exigindo-se o seu apagamento a partir de um prazo adequado às finalidades do tratamento. SILVEIRA, Alessandra & MARQUES, João. p. 111.

¹⁷ Artigo 85 - “1. Os Estados devem conciliar, por lei, o direito à protecção de dados pessoais ao abrigo do presente regulamento e do direito à liberdade de expressão e informação, incluindo tratamento para fins jornalísticos e para fins de expressão académica, artística ou literária. Como parte do tratamento realizado para fins jornalísticos ou para fins de expressão académica, artística ou literária, os Estados-Membros devem prever isenções ou derrogações (...) se forem necessárias para conciliar o direito de protecção dos dados pessoais e liberdade de expressão e informação. (...)”

2014 (Google Espanha e Google), o TJUE concluiu que o operador de um mecanismo de busca era obrigado a remover da lista de resultados, exibida como resultado de uma pesquisa feita a partir do nome de uma pessoa, links para páginas da web publicadas por terceiro e contendo as informações relativas a essa pessoa, também assumindo o nome ou informação não tenha sido previamente autorizado ou simultaneamente destas páginas web, e, se necessário, mesmo quando a própria publicação em estas páginas eram lícitas, em conformidade com que está descrito no Acordão ML e WW versus Alemenha aqui tratado.

Estranhamente, na contramão do que havia sido decidido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, desde 2014 no Caso Google Espanha, que previa a exclusão do nome de um reclamante das listas de buscas, obstaculizando a divulgação dessas informações como direito desse cidadão a ter preservada sua vida privada¹⁸, o acordão ML e WW versus Alemanha tem diferente entendimento deixando de aplicar o que lhe era em outro momento compreendido e fazendo valer o direito à livre expressão em detrimento da vida privada. Tal pronuncialmento sentencial ensejou a reclamação ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos que chancelou a decisão, confirmando-a ao refirmar que o Artigo 8 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos não havia sido violado.

Contudo, ao que nos parece, o elemento que mais contribuiu para que o TEDH se manifestasse em razão do direito à livre expressão está no fragmento abaixo, retirado do acordão em comento:

O comportamento anterior da pessoa em relação à mídia

No que se refere ao comportamento das recorrentes desde a sua condenação, o Tribunal observa, como observou o Tribunal Federal de Justiça, que as recorrentes interuseram todos os recursos judiciais “Possível e imaginável” para obter a reabertura de seu julgamento criminal. Além disso, como salientou o Governo, durante o seu último pedido de revisão em 2004, ou seja, dois anos e meio e três anos, respectivamente, antes da sua libertação, os requerentes recorreram à imprensa, para a qual eles

¹⁸ Com efeito, na medida em que a inclusão na lista, exibida como resultado de uma pesquisa feita a partir do nome de uma pessoa, uma página da web e as informações nele contidas relativas a essa pessoa facilitar significativamente a acessibilidade desta informação a qualquer utilizador da Internet que realize investigação sobre a pessoa em causa e possa desempenhar um papel decisivo para a divulgação dessa informação, pode constituir uma maior interferência no direito fundamental ao respeito pela vida privada dos cidadãos.

transmitiram uma série de documentos parcialmente relacionados ao seu pedido de revisão, enquanto o convidavam a manter o público informado. Além disso, também é interessante notar que, como afirma o Tribunal Federal de Justiça em seu julgamento de 22 de fevereiro de 2011, sobre o segundo recorrente (n.º. 45 supra), pode-se encontrar, até 2006, no sítio web do advogado penal do segundo recorrente, muitos relatórios sobre o seu cliente.

Importante frisar que não seria necessário abrigar em diferentes esferas legislativas o direito a que o cidadão seja protegido contra mecanismos que o privam de seus direitos, o Estado mesmo deve isso a cada cidadão como uma obrigação positiva. Contudo, à força da interpretação limitada da própria lei, quando se esquecem os princípios e se fundamentam apenas em dispositivos legais, todavia, estes deveriam ser sempre revistos à luz dos princípios que os geram. Assim, modestamente, penso que bastaria recorrer aos escritos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo Estado da Alemanha é signatária e verificar o que seus artigos apontam:

“Artigo 11.º 2. (...) não será infligida pena mais grave do que a que era aplicável no momento em que o acto delituoso foi cometido”. O Estado não pode aplicar pena mais grave do que aquela prevista na lei, assim como também não pode permitir que outras penas sejam aplicadas ao cidadão senão aquelas que a lei permite e que os devidos entes públicos assim o chancelem. Portanto, o direito de ser deixado em paz, com a retirada de conteúdos que estejam a penalizar qualquer cidadão, limitando sua vida pessoal e o desenvolvimento de sua personalidade, devem ser combatidos pelo Estado, se isso não for realizado, o próprio Estado estará permitindo que os cidadãos que assim postulam, sejam condenados a uma pena perpétua, vivida dia a dia e que pode limitar seu acesso ao direito de sobreviver com dignidade; como por exemplo o acesso desses dados a empregadores que oportunizarão ou não a eles um trabalho e renda condigna, conforme o juízo que fazem dos dados acessados. Isso a acontecer, não seria condenar o cidadão a uma pena mais cruel que os anos de privação de liberdade? Mesmo em “liberdade” não poderia acessar o direito a um trabalho ou ao convívio social “normal”, mesmo já tendo cumprido sua pena.

Nesse sentido, o retorno ao principio de que nenhuma pena pode ser imposta a nenhum cidadão com maior severidade que aquelas que a lei determina, nos permitem apostar que as penas sociais, originadas pelo acesso a esses dados, são mais graves, certamente.

Já o artigo 12.º que diz que ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, nem ataques à sua honra e reputação sem que seja protegido pelo Estado e suas leis, novamente deveria ser revisitada e lida à luz de quem pede para ser deixado em paz e gozar do direito, como todo cidadão, a continuar desenvolvendo sua personalidade no limite do que tem direito como homem médio. Afinal, o delito praticado foi punido e que resta ao Estado fazer além de dar ao este cidadão apenas a proteção que garante a qualquer outro cidadão? Afinal, contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei. Aqui parece que há um direito que alcança os cidadãos de diferentes formas, há uma clara seletividade na aplicação da justiça e no entendimento do direito. Para aqueles que não cometeram nenhum delito, a lei funciona como garantia de acesso aos seus direitos, mas para aqueles que o cometeram, mesmo que já os tenham pago na forma da lei, a lei por ação ou omissão, os trata como cidadãos que não merecem a mesma proteção, o que fere mortalmente o princípio guia da Declaração e das normas internas dos estados quando admitem que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos.

São iguais diante da aplicação da lei aqueles que cometeram um delito e os que não cometeram? Segundo o Corte Europeia de Direitos Humanos, não. Afinal, qual é o maior bem tutelado pelo Estado, a não ser a dignidade de cada um de seus cidadãos? Não pode o cidadão lutar pela sua vida digna? Seria justo a alguém que deseja sua liberdade e por isso recorre a diferentes meios, inclusive à mídia para poder ter esse direito revisto, não ser esquecido quando assim o deseja, isto é, não ter direito a ser deixado em paz para poder sobreviver como um cidadão qualquer?

Para concluir, revisitamos o artigo 29.º quando diz que o indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade. Se fora da comunidade não há possibilidade de desenvolvimento da personalidade, como pode um indivíduo estar na sociedade sem dela fazer parte? Sem ter autonomia, liberdade e a provisão necessária para sua sobrevivência como diz Griffin¹⁹ em seus escritos. Socialmente, a privação de liberdade não coloca o indivíduo fora da sociedade. Assim, mesmo em privação de liberdade, o indivíduo continua tendo direitos, contudo, o fenômeno da exclusão social, não definido em lei como uma pena a ser cumprida por qualquer cidadão ao infringir a lei, decorre de diferentes fatores, e um deles é o acesso a dados pessoais de indivíduos que tenham cometido algum tipo de ilícito legal e que, mesmo tendo pago sua pena, são descartados socialmente e são deixados à margem da sociedade.

¹⁹ Aspectos discutidos na obra de GRIFFIN, James. *On Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

A pena vivida por esse cidadão não tem positivação legal e nem poderia ter, contudo ela existe e é imputada pelo silêncio do Estado. Portanto, o acesso a essas informações impede, em diferentes situações, que esses indivíduos sejam parte da sociedade e possam desenvolver-se. Ao contrário, seu estigma social limita sua humanidade, não pelo fato cometido, do qual pode haver um arrependimento sincero e mudança de vida, mas pelo fato de não serem mais acolhidos no seio social como cidadãos comuns que deveriam ser. Portanto, no mesmo artigo, no item 2 que estabelece que o exercício deste direito e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática, podemos refletir sobre a questão da justiça. Seria justa a imposição dessa pena social que teria nuances de perpetuar-se nos meios informáticos podendo ser revisitadas as informações sempre que o nome do cidadãos fosse digitado?

Talvez, o direito no alto de sua solidão dogmática devesse olhar para outras áreas do saber e dividir com elas a reflexão do que significa o humano dos seres que habitam o planeta e a parte que lhes cabe na Justiça.

VI. Conclusões

Ao visitar o acórdão ML e WW contra Alemanha, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos - TEDH, compreendemos que são possíveis diferentes leituras, mas preferimos a que o próprio tribunal poderia ter feito e foi bastante tímido ao fazê-lo: a defesa dos direitos do cidadão, não apenas como portador dos direitos de cidadania em relação ao seu país, mas como um ser humano que deve ser protegido em sua liberdade, autonomia e busca por sua provisão essencial, principalmente das injustiças que o diminuem como tal.

Em diferentes momentos a própria sentença do TEDH mostrou que o Sistema Jurídico Estadual da Alemanha garante aos seus cidadãos o uso a seu favor do direito de ser esquecido uma vez que nas instâncias estaduais foi-lhes concedido esse direito; da mesma forma o fizeram as manifestações dos ministros do Conselho Europeu que com suas reflexões deixaram muito claro a evidente proteção que os Estados Membros da Comunidade Européia deveriam dispensar aos seus cidadãos, tanto na questão do direito à privacidade, como nos limites que deveriam ser impostos ao direito de informação e de expressão. Muito mais quando se referiu ao emblemático acórdão Google Espanha e as mudanças decorridas no entendimento da Regra Geral da Proteção

de Dados, principalmente no cuidado na disponibilização de informações de cidadão implicados em processos criminais. Em todas essas reflexões, o ponto de convergência esteve sempre a iluminar o cidadão, a pessoa e as garantias que deveria ter por parte do Estado Alemão e demais estados membros da União Europeia para que possa viver à luz da vivência dos Direitos Fundamentais²⁰, o que requereria que a maior proteção, o melhor direito aplicável dentro deste espaço fosse usado em prol do cidadão²¹. Como por exemplo, o que se estabelece em Portugal em relação à proteção dos dados pessoais que dizem respeito à vida privada²².

As decisões dos tribunais estaduais na Alemanha protegeram o seu cidadão, mas as cortes internacionais não o fizeram, ofertaram apenas justificativas para dar aos detentores das informações e das chaves de acesso a esses dados a total legitimidade de dispor como bem desejassem daquilo que seria talvez a última e definitiva sentença a que os cidadãos ML e WW seriam alvo.

O TEDH escolheu justificar sua decisão que privilegia os aglomerados informacionais e seus interesses dizendo que quem procura a mídia para expor-se, não deve ser esquecido. Um lamentável capítulo em que uma instituição internacional curva-se a outros interesses que não o do cidadão e que ao fazê-lo tem sua credibilidade abalada e sua integridade questionada, uma vez que, afastando-se da leitura dos princípios que devem guiar as decisões, alinham-se a interesses

²⁰ Por conseguinte, a CDFUE dá um passo adiante em relação a várias Constituições dos Estados-Membros da UE e em relação à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) no domínio da proteção de dados, na medida em que consagra um direito fundamental que protege dados que não têm de ser privados e muito menos íntimos - basta que sejam pessoais. SILVEIRA, Alessandra & MARQUES, João. p. 113.

²¹ Assim, quando uma situação jurídica é regida pelo direito da União, o padrão de jusfundamentalidade aplicável é o da UE. Mas o direito da União, por força do disposto no artigo 53.º da CDFUE, manda aplicar o nível de proteção mais elevado de entre os vários mobilizáveis para resolver a situação jusfundamental concreta. E é por isso que a proteção de dados pessoais, enquanto direito fundamental protegido também pelas Constituições dos Estados Membros e pela CEDH, releva para a correta aplicação do direito da União. SILVEIRA, Alessandra & MARQUES, João. p. 114

²² Atente-se, como exemplo, no que vem prescrito na LPDP, mais precisamente no seu artigo 7.º, n.º 1, pelo qual se proíbem os tratamentos de dados pessoais ditos sensíveis (“categorias específicas de dados”, na terminologia da diretiva), que se prendem com a origem racial, com convicções religiosas ou filosóficas, com a saúde - entre outros. Ao contrário da diretiva, há uma categoria de dados que a lei portuguesa proíbe e à qual aquela não faz referência - que é a da “vida privada”. Este conceito, ainda hoje controverso, sustenta-se na previsão do artigo 35.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa (CRP), decalcando, praticamente *ipsis verbis*, o teor daquela disposição. Aí se limita o tratamento de dados referentes à “vida privada” do seu titular aos casos em que exista “consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis”. Ademais, no caso citado, o imperativo constitucional português, na medida em que oferece um nível mais elevado de proteção dos direitos dos cidadãos, não deverá merecer reparo por parte da jurisprudência europeia, mas o que se visa alcançar com este passo em frente é a garantia de um denominador mínimo (quando não mesmo máximo) comum em matéria de proteção de dados pessoais, e essa é uma garantia que apenas o regulamento pode viabilizar sem excessivas discrepâncias. SILVEIRA, Alessandra & MARQUES, João. p. 99.

difusos de sujeitos inominados em detrimento dos direitos de cidadãos que tem nome e história e que deveriam ser protegidos para poderem continuar suas vidas sem ter que cumprir a eterna sentença de estarem expostos na mídia, mas ao contrário, poderem ser deixados em paz.