

DIREITO À PROPRIEDADE INTELECTUAL VS. DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA PROFERIDA NO PROCESSO N.º C-264/19 (CONSTANTIN FILM VERLEIH GMBH VS. YOUTUBE LLC E GOOGLE INC.)

RIGHT TO INTELLECTUAL PROPERTY VS. RIGHT TO THE PROTECTION OF PERSONAL DATA: CRITICAL ANALYSIS OF THE DECISION OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION RENDERED IN CASE C-264/19 (CONSTANTIN FILM VERLEIH GMBH VS. YOUTUBE LLC AND GOOGLE INC.)

Raquel Vieira Paniz¹

RESUMO

Este artigo tem por escopo analisar criticamente a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no Processo n.º C-264/19, que tem por objeto pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal Superior Federal da Alemanha, no âmbito de litígio encetado entre a sociedade Constantin Film Verleih GmbH e as sociedades YouTube LLC e Google Inc., acerca da interpretação a ser conferida ao teor do artigo 8.º, n.º 2, alínea a, da Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, que versa sobre o fornecimento de dado pessoais para a proteção do direito fundamental à propriedade intelectual. A pesquisa teórica que deu origem a este ensaio, elaborada mediante o emprego de raciocínio indutivo, abordagem descritiva e levantamento bibliográfico, insere-se na vertente jurídico-dogmática, de sorte que, trabalhando com elementos internos ao ordenamento jurídico comunitário vigente na União Europeia, busca demonstrar, a partir da análise crítica de um caso concreto, o impacto das novas tecnologias sobre o direito fundamental à proteção de dados pessoais, preconizado pelo artigo 8.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. À luz dessa perspectiva, o trabalho procede, de início, ao relato do caso e da decisão em comento, para, na sequência, analisar tanto o juízo de ponderação efetuado, quanto o reconhecimento do direito à autodeterminação informativa enquanto manifestação do direito fundamental à proteção de dados pessoais na sociedade em rede contemporânea.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Propriedade intelectual. Proteção de dados pessoais. Autodeterminação informativa.

¹ Mestranda em Direito, na área de concentração Teoria Geral da Jurisdição e Processo, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bolsista integral CAPES/PROEX. Advogada. Endereço eletrônico: raquelpaniz@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9388535531240000>.

ABSTRACT

The scope of this article is to critically analyze the decision rendered by the Court of Justice of the European Union in Case C-264/19, which has as its object the request for a preliminary ruling presented by the Federal Superior Court of Germany, in the context of litigation initiated between Constantin Film Verleih GmbH and YouTube LLC and Google Inc., on the interpretation to be given to the content of Article 8 (2) (a) of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and the Council of 29 April 2004, which deals with the provision of personal data for the protection of the fundamental right to intellectual property. The theoretical research that gave rise to this essay, elaborated through the use of inductive reasoning, descriptive approach and bibliographical survey, is part of the legal-dogmatic aspect, so that, working with elements internal to the community legal system in force in the European Union, seeks to demonstrate, from the critical analysis of a specific case, the impact of new technologies on the fundamental right to the protection of personal data, advocated by article 8 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. In light of this perspective, the work proceeds, at first, to the report of the case and the decision under discussion, to then analyze both the judgment made, as well as the recognition of the right to informational self-determination as a manifestation of the fundamental right to protection of personal data in the contemporary network society.

Keywords: Fundamental rights. Intellectual property. Protection of personal data. Informational self-determination.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Do resumo do caso. 3. Dos valores em jogo à ponderação efetuada. 4. Do direito à autodeterminação informativa enquanto manifestação do direito fundamental à proteção de dado pessoais. 5. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O processo de substituição dos meios tradicionais de comunicação de massa pelas redes digitalizadas de comunicação multimodal, que teve início em meados dos anos 70, reverberou de forma profunda em nossa cultura, enquanto processo social de criação e manipulação de símbolos². Ora, se partimos da premissa de que é impossível separar o humano de seu ambiente material, assim como dos signos e das imagens por meio dos quais ele atribui sentido à vida e ao mundo³, podemos inferir que a virtualização, ao se tornar dimensão indissociável da realidade humana, fez emergir a chamada cultura da virtualidade real – ou cibercultura, no conceito

² CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. Tradução de Roneide Venancio Majer. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1. p. 69.

³ *Ibidem*, p. II.

desenvolvido por Pierre Lévy⁴ –, pela qual os múltiplos modos de comunicação são integrados em uma única rede digitalizada horizontal.

Com efeito, esse novo sistema de comunicação que gera virtualidade real é tão abrangente, tão diversificado, tão maleável, que absorve a experiência humana total e irrestritamente, em cada etapa e em cada aspecto da vivência⁵ – e aqui se inclui, corolário lógico, a própria projeção da personalidade da pessoa humana. Dando um passo além, é salutar observar que, à medida que o avanço da Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) propulsionou o uso indiscriminado de bancos de dados informatizados, a vinculação da proteção dos dados pessoais aos direitos fundamentais entrou na ordem do dia dos tribunais ao redor do mundo, em uma tendência crescente e notoriamente presente no dias de hoje⁶.

Diante desse pano de fundo, a pesquisa teórica que deu origem a este ensaio, elaborada mediante o emprego de raciocínio indutivo, abordagem descritiva e levantamento bibliográfico, trabalhou com elementos internos ao ordenamento jurídico comunitário vigente na União Europeia para analisar criticamente a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no Processo n.º C-264/19, que tem por objeto pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal Superior Federal da Alemanha (*Bundesgerichtshof*) no âmbito de litígio encetado entre a sociedade Constantin Film Verleih GmbH, com sede na Alemanha, e as sociedades YouTube LLC e Google Inc., com sede nos Estados Unidos (sendo a última sociedade-mãe da primeira), acerca da interpretação a ser conferida ao teor do artigo 8.º, n.º 2, alínea a, da Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, que versa sobre o fornecimento de dado pessoais para a proteção do direito fundamental à propriedade intelectual⁷.

Com esse escopo, então, o artigo parte de um breve relato da controvérsia travada entre a sociedade Constantin Film Verleih GmbH e as sociedades YouTube LLC e Google Inc., assim como da respectiva decisão proferida pelo TJUE acerca da questão prejudicial apresentada pelo Tribunal Superior Federal da Alemanha (*Bundesgerichtshof*), para, na sequência, debruçar-se sobre a análise crítica do caso

⁴ Cf. LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999.

⁵ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venancio Majer. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1. p. 459.

⁶ Nesse sentido, DONEDA, Danilo. “A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental”, *Espaço Jurídico*, v. 12, n. 2, jul./dez. 2011, Joaçaba, p. 91-108.

⁷ Tribunal de Justiça da União Europeia: *Caso Constantin Film Verleih GmbH vs. YouTube LLC e Google Inc.* Processo n.º C-264/19, acórdão de 09 de julho de 2020.

em testilha, com especial atenção para (i.) a ponderação efetuada, pelo TJUE, entre os dois direitos fundamentais que concretamente entraram em colisão, quais sejam o direito fundamental à propriedade intelectual e o direito fundamental à proteção de dados pessoais; e (ii.) o reconhecimento, pelo TJUE, do direito à autodeterminação informativa como manifestação do direito fundamental à proteção de dados pessoais na sociedade em rede contemporânea.

2 DO RESUMO DO CASO

A controvérsia em tela teve início em meados do ano de 2013, quando as obras cinematográficas *Parker* e *Scary Movie 5*, sobre as quais a sociedade de distribuição de filmes Constantin Film Verleih GmbH dispõe, na Alemanha, de direitos exclusivos de exploração, foram carregadas por outrem – em total inobservância ao respectivo direito à propriedade intelectual, portanto – no sítio eletrônico www.youtube.com, plataforma explorada pela sociedade YouTube LLC que permite aos usuários publicar, visualizar e partilhar vídeos.

Diante desse cenário, a sociedade Constantin Film Verleih GmbH requereu, judicialmente, que fosse determinado às sociedades YouTube LLC e Google Inc. o fornecimento de informações concernentes aos usuários que procederam ao carregamento ilícito das aludidas obras cinematográficas na plataforma. Em resposta ao pedido, as demandadas forneceram à sociedade de distribuição de filmes apenas os nomes fictícios dos violadores do direito à propriedade intelectual em questão, razão pela qual a demandante pugnou pela prestação de informações complementares relativas a esses usuários, a saber, (i.) os endereços de correio eletrônico; (ii.) os números de telefone móvel; (iii.) os endereços IP utilizados para o acesso à plataforma e para o posterior carregamento das obras cinematográficas; e (iv.) o momento exato do acesso à plataforma e do carregamento das obras cinematográficas, incluindo os minutos, os segundos e o fuso horário.

Ao sentenciar o feito, em 03 de maio de 2016, o Tribunal Regional de Frankfurt am Main (*Landgericht Frankfurt am Main*) julgou improcedente o pedido expendido pela demandante. Em contrapartida, no julgamento do recurso interposto pela sociedade Constantin Film Verleih GmbH, em 22 de agosto de 2018, o Tribunal Regional Superior de Frankfurt am Main (*Oberlandesgericht Frankfurt am Main*) julgou

parcialmente procedente o pedido suprarreferido, condenando as sociedades YouTube LLC e Google Inc. ao fornecimento dos endereços de correio eletrônico dos usuários violadores do direito à propriedade intelectual da sociedade de distribuição de filmes.

Na sequência, a demandante e as demandadas recorreram ao Tribunal Superior Federal da Alemanha (*Bundesgerichtshof*), sendo que as últimas pugnaram pela total improcedência do pedido expandido pela sociedade de distribuição de filmes, e a primeira, pela condenação das sociedades YouTube LLC e Google Inc. ao fornecimento dos números de telefone móvel e dos endereços IP dos usuários que procederam ao carregamento ilícito das obras cinematográficas na plataforma.

O Tribunal Superior Federal da Alemanha (*Bundesgerichtshof*), então, apresentou pedido de decisão prejudicial ao TJUE, sob a justificativa de que a solução da controvérsia que deu azo aos recursos interpostos pela demandante e pelas demandadas dependia da interpretação a ser conferida ao teor do artigo 8.º, n.º 2, alínea a, da Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004⁸ – e, concretamente, da extensão a ser atribuída ao conceito de “endereços”, na aceção do referido dispositivo legal, de forma a abranger, ou não, as informações complementares requeridas pela Constantin Film Verleih GmbH no caso em apreço.

Finalmente, o TJUE, em 09 de julho de 2020, acordou conferir interpretação restritiva ao artigo 8.º, n.º 2, alínea a, da Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, estabelecendo que o conceito de “endereços” não deveria abranger, relativamente ao usuário que age em violação a direito de propriedade intelectual, o endereço de correio eletrônico, o número de telefone e o

⁸ Artigo 8.º – Direito de informação

1. Os Estados-Membros devem assegurar que, no contexto dos procedimentos relativos à violação de um direito de propriedade intelectual, e em resposta a um pedido justificado e razoável do queixoso, as autoridades judiciais competentes possam ordenar que as informações sobre a origem e as redes de distribuição dos bens ou serviços que violam um direito de propriedade intelectual sejam fornecidas pelo infrator e/ou por qualquer outra pessoa que:

- a) Tenha sido encontrada na posse de bens litigiosos à escala comercial;
- b) Tenha sido encontrada a utilizar serviços litigiosos à escala comercial;
- c) Tenha sido encontrada a prestar, à escala comercial, serviços utilizados em atividades litigiosas;

ou

d) Tenha sido indicada pela pessoa referida nas alíneas a), b) ou c) como tendo participado na produção, fabrico ou distribuição desses bens ou na prestação desses serviços.

2. As informações referidas no n.º 1 incluem, se necessário:

- a) Os nomes e endereços dos produtores, fabricantes, distribuidores, fornecedores e outros possuidores anteriores dos bens ou serviços, bem como dos grossistas e dos retalhistas destinatários;

endereço IP utilizado para o carregamento ilícito e para o último acesso à respectiva plataforma. Importa referir, o TJUE fundamentou a sua decisão sustentando, em síntese, que: (i.) o sentido habitual do termo “endereços”, na linguagem comum, refere-se apenas ao endereço postal, isto é, ao lugar de domicílio ou de residência, e o teor dos trabalhos preparatórios que conduziram à adoção da Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, assim como o contexto em que o termo em comento foi utilizado, não conduzem à interpretação diversa; e (ii.) o artigo 8.º da Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, deve ser aplicado sob o manto princípio da proporcionalidade, de modo a compatibilizar o direito à informação sobre bens ou serviços que violam direito de propriedade intelectual com o direito à proteção dos dados pessoais dos usuários.

3 DOS VALORES EM JOGO E DA PONDERAÇÃO EFETUADA

De início, cabe registrar que a decisão proferida pelo TJUE no caso em tela operou, ao fim e ao cabo, juízo de ponderação, uma vez que a interpretação conferida ao artigo 8.º da Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, veio a sanar a colisão verificada entre dois direitos fundamentais preconizados pelos artigos 8.º e 17º, n.º 2, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, a saber: o direito fundamental à propriedade intelectual da sociedade Constantin Film Verleih GmbH, de um lado, e o direito fundamental à proteção de dados pessoais dos usuários da plataforma explorada pela sociedade YouTube LLC, de outro.

Em verdade, conforme bem pontuado pelo TJUE em sua fundamentação, o próprio artigo 8.º da Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, já previu essa colisão de direitos fundamentais em sua redação, tendo esquadrinhado, pois, os limites a serem observados na hipótese de restrição ao direito fundamental à proteção de dados pessoais justificada por violação ao direito fundamental à propriedade intelectual. Afirma-se isso porque o referido dispositivo legal dispõe, de forma expressa, que, no contexto dos procedimentos relativos à violação de direito à propriedade intelectual, e em resposta a um pedido justificado e razoável, as autoridades judiciais competentes podem ordenar o fornecimento de informações sobre a origem e as redes de distribuição dos bens ou serviços utilizados

para intermediar a violação, incluindo, apenas se necessário, os nomes e os endereços dos respectivos produtores, fabricantes, distribuidores, fornecedores ou outros possuidores anteriores.

O que se percebe, portanto, é que, mesmo em se tratando de limitação ao direito fundamental à proteção de dados pessoais justificada pela proteção do direito fundamental à propriedade intelectual, tanto o TJUE, quanto própria Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, aplicam aquilo que a doutrina germânica denominou de limites dos limites (*Schranken-Schranken*), isto é, restrições à atividade limitadora no âmbito dos direitos fundamentais, justamente com o objetivo de coibir eventual abuso que pudesse levar ao seu esvaziamento ou até mesmo à sua supressão⁹.

Aqui, é importante destacar que, embora sejam variáveis, de acordo com as peculiaridades de cada ordem constitucional, os tipos de limites às restrições de direitos fundamentais, e diversificados os sentidos e os alcances a eles outorgados, constata-se certo consenso quanto ao fato de que, em princípio, uma restrição a direito fundamental somente será tida como justificada se não se descurar da proteção ao núcleo essencial desse direito, assim como do atendimento às exigências do princípio da proporcionalidade¹⁰ e daquilo que se tem convencido designar de proibição de retrocesso¹¹ ¹². Aliás, dentre esses critérios, o princípio da proporcionalidade, acertadamente aplicado na decisão do caso em comento, atua, no plano da proibição

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 150.

¹⁰ Cumpre registrar que, para Humberto Bergmann Ávila, a proporcionalidade não se trata de princípio, mas sim de “postulado normativo aplicativo decorrente da estrutura principal das normas e da atributividade do Direito, e dependente do conflito de bens jurídicos materiais e do poder estruturador da relação meio-fim, cuja função é estabelecer uma medida entre bens jurídicos concretamente correlacionados” (ÁVILA, Humberto Bergmann. “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”, Revista de Direito Administrativo, n. 215, jan./mar. 1999, Rio de Janeiro, p. 175).

¹¹ Na lição de Luís Roberto Barroso, pelo princípio da proibição de retrocesso “entende-se que uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. (...) O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir da sua regulamentação. Assim, por exemplo, se o legislador infraconstitucional deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior” (BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 158-159).

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 414.

de excesso, como um dos principais limites às limitações de direitos fundamentais, regulando a intervenção do Estado e garantindo ao máximo a liberdade dos cidadãos.

Nessa ordem de ideias, tem-se que o TJUE, guiado pelo princípio da proporcionalidade, ponderou, no caso concreto, que o fornecimento não só do endereço postal dos usuários da plataforma explorada pela sociedade YouTube LLC, mas também do endereço de correio eletrônico, do número de telefone e do endereço IP utilizado para a violação do direito à propriedade intelectual da sociedade de distribuição de filmes, teria o condão de ferir sobremaneira o direito fundamental à proteção de dados pessoais desses usuários, ultrapassando, assim, os limites dos limites aos direitos fundamentais.

Não se olvida, evidentemente, que, consoante posição corrente e amplamente recepcionada pela doutrina, o princípio da proporcionalidade, enquanto critério de controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, desdobra-se em três subcritérios, quais sejam a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito – cuja aplicação, vale ressaltar, deve se dar precisamente nessa ordem, tendo em vista a relação de subsidiariedade que os subcritérios da proporcionalidade estabelecem entre si¹³.

Ocorre que, em que pese a disponibilização das informações requeridas judicialmente pela sociedade Constantin Film Verleih GmbH, enquanto medida restritiva do direito fundamental à proteção de dados, talvez se revelasse capaz de alcançar – ou, ao menos, de fomentar¹⁴ – a promoção do direito à propriedade

¹³ “A análise da *adequação* precede a da *necessidade*, que, por sua vez, precede a da *proporcionalidade em sentido estrito*. A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade *nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras*. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. (...) Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito” (SILVA, Virgílio Afonso da. “O proporcional e o razoável”, Revista dos Tribunais, n. 798, 2002, São Paulo, p. 34-35).

¹⁴ Virgílio Afonso da Silva assinala que, no Brasil, um difundido conceito de adequação, baseado em decisão do Tribunal Constitucional alemão, sugere que um meio deve ser considerado adequado se for apto a alcançar o resultado pretendido. Ocorre que, segundo o autor, tal conceito não seria preciso, sob o fundamento de que a sentença em alemão seria melhor compreendida se traduzisse o verbo *fördern*, usado na decisão, por fomentar, e não por alcançar. Nesse diapasão, adequado não seria somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente alcançado (*Ibidem*, p. 36).

intelectual lesado *in casu*, em atendimento ao subcritério da adequação, é inequívoco que a medida restritiva em questão não consistiria na opção menos gravosa¹⁵, tendo em vista que a sua aplicação restringiria excessivamente o direito fundamental em sopesamento, de sorte que os subcritérios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito¹⁶ restariam integralmente desatendidos.

Outrossim, insta se faz salientar que a própria Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, em seu artigo 52.º, n.º 1, estabelece que qualquer restrição ao exercício de direitos fundamentais não só deve respeitar o conteúdo essencial desses direitos, como também corresponder efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros, em observância ao princípio da proporcionalidade. Nessa mesma linha, também o considerando n.º 2 da Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, preconiza que a proteção ao direito fundamental à propriedade intelectual não deve colocar obstáculos à liberdade de expressão, à livre circulação da informação e ao direito fundamental à proteção de dados pessoais, inclusive no âmbito da rede mundial de computadores.

Assim, ante todo o exposto, verifica-se que o TJUE, ao identificar os valores em jogo no caso em testilha, fez cumprir o disposto no artigo 52.º, n.º1, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, e no considerando n.º 2 da Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, interpretando o artigo 8.º, n.º 2, alínea a, deste último ato normativo, de forma a encontrar o justo equilíbrio entre os direitos fundamentais que entraram em colisão: de um lado, o direito fundamental à propriedade intelectual da sociedade Constantin Film Verleih GmbH, e, de outro, o direito fundamental à proteção de dados pessoais dos usuários da plataforma explorada pela sociedade YouTube LLC.

¹⁵ Conforme destaca Ingo Wolfgang Sarlet, a opção pela medida restritiva menos gravosa envolve duas etapas de investigação, quais sejam (i.) o exame da igualdade de adequação dos meios, a fim de verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; e (ii.) o exame do meio menos restritivo, com o escopo de averiguar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais afetados (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 417).

¹⁶ Na lição de Robert Alexy, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas, enquanto que as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 118).

4 DO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA ENQUANTO MANIFESTAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Da análise da decisão proferida pelo TJUE no Processo n.º C-264/19, também salta aos olhos o fato de o direito fundamental à proteção de dados, preconizado pelo artigo 8.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, ter se materializado sob a forma do já reconhecido direito à autodeterminação informativa, próprio da sociedade em rede contemporânea. A propósito, é importante recordar que, no caso em comento, a violação ao direito fundamental à propriedade intelectual da sociedade Constantin Film Verleih GmbH foi intermediada pela TIC, tendo em vista que as obras cinematográficas sobre as quais a sociedade de distribuição de filmes dispõe de direitos exclusivos de exploração na Alemanha foram carregadas ilicitamente em sítio eletrônico, que conecta dezenas de milhares de pessoas ao redor do mundo e que contribui, manifestamente, para o incessante estreitamento da linha que divide o real do virtual.

Não é demais salientar que, com o advento da sociedade em rede, os dados pessoais transmudaram-se em verdadeiros meios de representação da pessoa humana, ocasionando, notadamente a partir da década de 1970, o espraiamento de leis¹⁷ e de tratados internacionais¹⁸ específicos para a proteção de dados enquanto projeção da personalidade¹⁹. Na jurisprudência, o maior reflexo desse movimento ocorreu em 1983, quando o Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) reconheceu, na multicitada decisão proferida no julgamento da Lei do Censo (*Volkszählungsgesetz*), a existência de um direito subjetivo fundamental à autodeterminação informativa, que atribuiria aos jurisdicionados o poder de decisão acerca do levantamento, do processamento e da

¹⁷ No âmbito europeu, foram editadas a Lei de Proteção de Dados do Estado alemão de Hesse (1970), a Lei de Dados da Suécia (1973), o Estatuto de Proteção de Dados do Estado alemão de Rheinland-Pfalz (1974) e a Lei Federal de Proteção de Dados da Alemanha (1977). Nos Estados Unidos, foram editados o *Fair Credit Reporting Act* (1970) e o *Privacy Act* (1974).

¹⁸ No período em tela, foram estabelecidas a Convenção 108 do Conselho da Europa (1981), as Diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) para a Proteção da Privacidade e dos Fluxos Transfronteiriços de Dados Pessoais (1980) e a Diretiva Europeia 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (1995).

¹⁹ DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 140-141.

transmissão dos seus dados pessoais²⁰, em respeito à dignidade da pessoa humana e ao desenvolvimento da sua personalidade.

Percebe-se, portanto, que o direito à autodeterminação informativa consagra o protagonismo da pessoa humana diante das mais diversas operações de tratamento dos seus dados pessoais, de modo a promover a segurança jurídica na sociedade em rede contemporânea. Mais do que isso: conforme bem aponta Luiz Fernando Martins Castro²¹, o direito à autodeterminação informativa confere à pessoa humana o direito de *“decidir até onde vai a sombra que deseja que paire sobre as informações que lhe respeitam, construindo-se como uma liberdade, como um poder de determinar o uso dos seus dados pessoais”*.

Voltando nossos olhos para o caso em testilha, então, mostra-se salutar observar que o TJUE, muito pelo fato de estar amparado por uma Carta de Direitos Fundamentais que reconhece, de forma expressa, o direito à proteção de dados pessoais como direito fundamental, facilmente identificou o direito à autodeterminação informativa dos usuários da plataforma explorada pela sociedade YouTube LLC, impondo, assim, o respeito ao poder de decisão de que esses usuários dispõem acerca da transmissão dos seus dados pessoais.

Ainda sobre esse ponto, é inevitável fazer um paralelo com a diferente realidade vivenciada no cenário jurídico brasileiro, em que o direito fundamental à proteção de dados pessoais sequer encontra previsão expressa na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988). Ademais, de se notar que a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) brasileira, que tem como um de seus fundamentos a autodeterminação informativa, só veio a entrar em vigor recentemente, em 18 de setembro de 2020.

²⁰ Consoante explica Laura Schertel Ferreira Mendes, a Corte Constitucional alemã entendeu que “o processamento automático dos dados ameaçaria o poder do indivíduo em decidir por si mesmo se e como ele desejaria tornar públicos dados pessoais no sentido de que o processamento de dados possibilitaria a elaboração de um ‘quadro completo da personalidade’ por meio de ‘sistemas integrados sem que o interessado possa controlar o suficiente sua correção e aplicação’. Assim, aumentaria a influência do Estado sobre o comportamento do indivíduo, que não mais seria capaz de tomar decisões livres em virtude ‘da pressão psíquica da participação pública’. Uma sociedade, ‘na qual os cidadãos não mais são capazes de saber quem sabe o que sobre eles, quando e em que situação’, seria contrária ao direito à autodeterminação informativa, o que prejudicaria tanto a personalidade quanto o bem comum de uma sociedade democrática” (MENDES, Laura Schertel Ferreira. “Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda”, Direitos Fundamentais & Justiça, n. 39, jul./dez. 2018, Belo Horizonte, p. 188).

²¹ CASTRO, Luiz Fernando Martins. “Proteção de dados pessoais: panorama internacional e brasileiro”, Revista CEJ, n. 19, out. /dez. 2002, Brasília, p. 42-43.

O que se quer destacar, entretanto, é que, a despeito desse incipiente respaldo legal, o Supremo Tribunal Federal do Brasil (STF) proferiu decisão paradigmática em 07 de maio de 2020²², na qual destacou, na mesma trilha da decisão proferida pelo TJUE no Processo n.º C-264/19, a centralidade exercida pelo tema da proteção de dados na atual manutenção da democracia²³. Mais: o STF, na oportunidade, reconheceu, pioneiramente no âmbito da jurisprudência pátria, o direito à autodeterminação informativa como manifestação do direito à proteção de dados pessoais na sociedade em rede contemporânea.

Importa referir, a controvérsia que ensejou a prolação da referida decisão veio a lume com a publicação da Medida Provisória n.º 954, de 17 de abril de 2020, que previa o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) e de Serviço Móvel Pessoal (SMP) com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), para fins de suporte à produção estatística oficial durante a Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) decorrente da pandemia de COVID-19.

Convencidos acerca da inconstitucionalidade material do inteiro teor de tal ato normativo primário, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), o Partido Socialista Brasileiro (PSB), o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e o Partido Comunista do Brasil (PCdoB) ajuizaram, então, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393, apontando, dentre outras inconformidades, a ofensa ao direito à autodeterminação informativa.

No julgamento das referidas ADIs, o Plenário do STF, por maioria, suspendeu a eficácia da Medida Provisória nº 954/2020, de 17 de abril de 2020, firmando, assim, o elogiável entendimento de que a tutela do direito fundamental à privacidade não mais se adstringe à demarcação de um espaço privado, abarcando, também, a obediência aos princípios norteadores das atividades de tratamento de dados pessoais²⁴, razão pela qual eventual medida restritiva ao seu conteúdo e alcance deve

²² Superior Tribunal Federal do Brasil: Referendo na Medida Cautelar que suspendeu a eficácia da Medida Provisória nº 954/2020. ADIs 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393, acórdão de 07 de maio de 2020.

²³ MENDES, Laura Schertel Ferreira; FONSECA, Gabriel Campos Soares da Fonseca. “STF reconhece o direito fundamental à proteção de dados: comentários sobre o referendo da Medida Cautelar nas ADIs 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393”, Revista de Direito do Consumidor, v. 130, jul./ago. 2020, São Paulo, p. 473.

²⁴ É nesse sentido, aliás, que Laura Schertel Ferreira Mendes sustenta que, “para além da coincidência do léxico com os modernos instrumentos internacionais de tutela da privacidade, certo

estar amparada em justificativa constitucional proporcional aos riscos de comprometimento do direito à autodeterminação informativa, que veicule, de forma clara, específica e precisa, a finalidade, a adequação, a necessidade e os limites do tratamento de dados pessoais, bem como preveja mecanismos técnicos e administrativos de segurança e de prevenção contra danos.

Nessa ordem de ideias, o que se depreende é que a consolidação da sociedade em rede, caracterizada pelo processamento massivo de informações intermediado pela TIC, trouxe consigo uma crescente necessidade de se funcionalizar o direito fundamental à proteção de dados pessoais, sendo esta considerada a única forma de se proteger a dignidade da pessoa humana e, ao fim e ao cabo, a própria democracia nos dias atuais. Tal fenômeno, aliás, pode ser ilustrado a partir tanto da decisão proferida pelo TJUE no Processo n.º C-264/19, quanto da decisão proferida pelo STF nas ADIs 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393, uma vez que, em ambas, o juízo de ponderação efetuado identificou, na autodeterminação informativa, um direito “pesado” o suficiente para fazer frente ao outro direito em sopesamento.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar, criticamente, a decisão proferida pelo TJUE no Processo n.º C-264/19, que tem por objeto pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal Superior Federal da Alemanha (*Bundesgerichtshof*), no âmbito de litígio encetado entre a sociedade Constantin Film Verleih GmbH, e as sociedades YouTube LLC e Google Inc., sobre a interpretação a ser conferida ao teor do artigo 8.º, n.º 2, alínea a, da Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, que versa sobre o fornecimento de dado pessoais para a proteção ao direito fundamental à propriedade intelectual.

Conforme se tentou demonstrar, o TJUE efetuou, no caso em tela, juízo de ponderação, de forma a encontrar o justo equilíbrio entre os dois direitos fundamentais que entraram em colisão: de um lado, o direito fundamental à propriedade intelectual,

é que a proteção da dignidade humana e a inviolabilidade da intimidade e da vida privada numa sociedade da informação somente pode ser atingida hoje por meio da proteção contra os riscos do processamento de dados pessoais” (MENDES, Laura Schertel Ferreira. “Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda”, *Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 39, jul./dez. 2018, Belo Horizonte, p. 202).

e, de outro, o direito fundamental à proteção de dados pessoais. Nesse exercício, operado sob o manto do princípio da proporcionalidade, o TJUE pôde concluir que o fornecimento não só do endereço postal dos usuários da plataforma explorada pela sociedade YouTube LLC, mas também do endereço de correio eletrônico, do número de telefone e do endereço IP utilizado para a violação de direito à propriedade intelectual da sociedade Constantin Film Verleih GmbH, teria o condão de ferir sobremaneira o direito fundamental à proteção de dados pessoais, ultrapassando, assim, os limites dos limites aos direitos fundamentais (*Schranken-Schranken*).

Outrossim, o TJUE teve o mérito de reconhecer o direito à autodeterminação informativa enquanto manifestação do direito fundamental à proteção de dados pessoais na sociedade em rede contemporânea, mormente ao se considerar que a violação ao direito fundamental à propriedade intelectual objeto da controvérsia foi intermediada pela TIC. Para além disso, ao se cotejar a decisão proferida pelo TJUE no Processo n.º C-264/19 com a decisão proferida pelo STF nas ADIs 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393, é possível visualizar a tendência manifestada pelos diversos ordenamentos jurídicos no sentido de funcionalizar o direito fundamental à proteção de dados pessoais sob a forma do direito à autodeterminação informativa, como forma de se proteger a dignidade da pessoa humana e, em última análise, a própria democracia contemporânea.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ÁVILA, Humberto Bergmann. “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”, Revista de Direito Administrativo, n. 215, jan./mar. 1999, Rio de Janeiro, p. 151-179.

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. Tradução de Roneide Venancio Majer. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1.

CASTRO, Luiz Fernando Martins. “Proteção de dados pessoais: panorama internacional e brasileiro”, Revista CEJ, n. 19, out. /dez. 2002, Brasília, p. 40-45.

DONEDA, Danilo. “A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental”, Espaço Jurídico, v. 12, n. 2, jul./dez. 2011, Joaçaba, p. 91-108.

_____. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LÉVY, Pierre. Cibercultura. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. “Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda”, Direitos Fundamentais & Justiça, n. 39, jul./dez. 2018, Belo Horizonte, p. 185-216.

_____; FONSECA, Gabriel Campos Soares da Fonseca. “STF reconhece o direito fundamental à proteção de dados: comentários sobre o referendo da Medida Cautelar nas ADIs 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393”, Revista de Direito do Consumidor, v. 130, jul./ago. 2020, São Paulo, p. 471-478.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

_____. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. “O proporcional e o razoável”, Revista dos Tribunais, n. 798, 2002, São Paulo, p. 23-50.

Superior Tribunal Federal do Brasil: Referendo na Medida Cautelar que suspendeu a eficácia da Medida Provisória nº 954/2020. ADIs 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393, acórdão de 07 de maio de 2020.

Tribunal de Justiça da União Europeia: Caso Constantin Film Verleih GmbH vs. YouTube LLC e Google Inc. Processo n.º C-264/19, acórdão de 09 de julho de 2020.