

O DIREITO AO ESQUECIMENTO: UMA REALIDADE INEVITÁVEL DO (NOVO) MUNDO DIGITAL

Diana Camões¹

Resumo: O presente artigo visa analisar a evolução do direito ao esquecimento no Direito da União Europeia, assim como discorrer sobre a sua natureza e o seu impacto na tutela dos direitos fundamentais no mundo digital. Além do mais, analisamos o seu impacto no ordenamento jurídico português, através de uma visão crítica dos diferentes projetos de revisão constitucional nesta matéria.

Palavras-Chave: direito ao esquecimento; regulamento geral de proteção de dados; revisão constitucional; direitos fundamentais.

THE RIGHT TO BE FORGOTTEN: AN INEVITABLE REALITY OF THIS (NEW) DIGITAL WORLD

Abstract: This article aims to analyze the evolution of the right to be forgotten in European Union law, as well as reflect about its nature and impact in the respect of fundamental rights in the digital world. On the other hand, it analyzes its impact in the Portuguese legal field, with a critical view of the different constitutional amendment on this subject.

¹ Investigadora Júnior no Observatório da Aplicação do Direito da Concorrência da Universidade Católica Portuguesa. Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Católica (Escola do Porto), Pós-Graduada em Direito da Proteção de Dados pelo Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Mestranda em Direito Internacional e Europeu pela Faculdade de Direito da Universidade Católica (Escola do Porto).

Keywords: the right to be forgotten; general data protection regulation; constitutional amendment; fundamental rights.

Sumário: 1 Introdução; 2 A Tutela Multinível: A Privacidade no Mundo Digital; 3 O Tribunal de Justiça e o Direito ao Esquecimento; 3.1 O Caso *Google Spain c. Agencia Española de Protección de Datos* (AEPD) e *Costeja González* (C-131/12); 3.2: *o Caso Google c. CNIL* (C-507/17); 4: A Aplicação deste Direito no RGPD; 5 O Impacto na Ordem Jurídica Portuguesa; 5.1 O Direito à Autodeterminação Informativa na Constituição da República Portuguesa (CRP); 5.2 O Direito ao Esquecimento: um Direito Novo?; 5.3 A Revisão Constitucional e a Consagração do Direito ao Esquecimento; 6 Notas Conclusivas

1. INTRODUÇÃO



surgimento da Internet revolucionou o mundo. A sua notável evolução, associada a um crescimento massivo das diferentes plataformas digitais, emergiu uma nova era de constitucionalismo digital², onde se afigura difícil conciliar os diversos interesses em confronto. Adicionalmente, assistimos a uma massificação do tratamento de dados pessoais, os quais configuram o

² Ideia inicialmente germinada na doutrina estrangeira, mormente: GREGORIO, Giovanni de, *Digital Constitutionalism in Europe – Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*. Cambridge: Cambridge University Press, 2022. POLLICINO, Oreste, *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet: A Road Towards Digital Constitutionalism?* Oxford: Hart Publishing, 2021. Em Portugal, sobre a temática vide SOUSA, Simão Mendes. *Constitucionalismo Digital Uma Introdução*. Coimbra: Almedina, 2022. Estamos, assim, a viver uma nova era e a assistir a uma reconfiguração do sistema constitucional. Como postula CELESTE, Edoardo, “Digital Constitutionalism: a new systematic theorisation”. In *International Review of Law Computers & Technology*, 33(2), 2019. pp. 1-24(3), disponível em < <http://dx.doi.org/10.1080/13600869.2019.1562604> > acessado em 27.03.2023, estamos a assistir a uma mudança de paradigma, já que “digital technology affects the balancing of powers in the constitutional ecosystem.”

“novo petróleo”³, o que significa que estes “irão representar um papel análogo ao desempenhado pelo petróleo e demais combustíveis fósseis a partir da Revolução industrial.”⁴ Por conseguinte, se é com o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD)⁵ que se dá a verdadeira consciencialização para a importância da proteção dados pessoais, é inegável o papel impulsionador assumido pelo Tribunal de Justiça (TJ) nos últimos anos. Desta feita, o presente artigo visa analisar com detalhe o impacto da jurisprudência da União Europeia no direito ao esquecimento, bem como a sua projeção para o ordenamento jurídico português.

2. A TUTELA MULTINÍVEL: A PRIVACIDADE NO MUNDO DIGITAL

A evolução da tecnologia proporcionou uma mudança de paradigma, pelo que, mais do que nunca, almeja-se uma maior proteção do indivíduo nas plataformas digitais. Nas palavras de EDOARDO CELESTE, os avanços tecnológicos demonstram “*a janus-faced attitude*”⁶ na sua relação com os direitos fundamentais, já que se o uso das plataformas digitais permite o exercício de novos direitos (*digital rights*), mas ao mesmo tempo são estas plataformas as promotoras da sua violação.⁷

Se anteriormente o direito à vida privada era percecionada como uma forma de defesa face ao Estado, à interferência

³ CARVALHO, Jorge MORAIS, *Direito do Consumo*, 8.ª Edição. Coimbra: Almedina, 2023, p. 62.

⁴ CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito da Proteção de Dados à Luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020, p. 29.

⁵ Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE.

⁶ CELESTE, Edoardo, *Digital Constitutionalism The Role of Internet Bills of Rights*, Abingdon, Routledge; 2023, p. 17.

⁷ Como corretamente afirmam POLLICINO, Oreste, BASSINI, Marco, GREGORIO, Giovanni de, *Internet Law and Protection of Fundamental Rights*; Milan, Bocconi University Press; 2022, p. 218, “*the protection of personal identity is not only the individual’s problem, but, moreover, is a social issue.*”

da imprensa e da promoção do *gossip*⁸, atualmente não podemos ignorar a sua relação com o mundo digital, sendo esta uma verdadeira condição do necessário equilíbrio constitucional.⁹ Por conseguinte, como postula ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “a posição jurídica dos dados pessoais funda-se no direito ao respeito pela vida privada”¹⁰, pelo que, de um ponto de vista de proteção *multinível*¹¹, incumbe uma breve menção ao artigo 8.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), a qual proclama o direito ao respeito pela vida privada e familiar, sendo que o seu âmbito de aplicação cobre, igualmente, situações em que “a vida privada é afetada pela vigilância e recolha de dados pessoais quando efetuada sistematicamente por agentes do Estado”¹². Do ponto de vista do Conselho da Europa, afigura-se igualmente, pelo seu simbolismo e quíçá pioneirismo, de

⁸ WARRAN, Samuel, BRANDEIS, Louis, “The Right to Privacy”, in *Harvard Law Review* Volume 4, N.º 5, 1890, pp. 193-220 (196).

⁹ CELESTE, Edoardo, cit., p. 17.

¹⁰ PEREIRA, Alexandre Dias, “Direito ao respeito pela vida privada digital”. In Paulo Pinto Albuquerque (Org) *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Volume II. Lisboa, Universidade Católica Editora, 2019, pp. 1451-1472(1456).

¹¹ Ideia que traduz que a proteção dos direitos fundamentais se opera aos vários níveis, não só no plano nacional (mormente através da constituição), mas igualmente à escala regional e global. Assim, e como corretamente advoga BOTELHO, Catarina, “Novo ou Velho Direito? – O Direito ao Esquecimento e o Princípio da Proporcionalidade no Constitucionalismo Global”, in *Revista do Instituto do Conhecimento AB*, Ano V, n.º 7, 2017, pp. 50-71(57), “a europeização e internacionalização do direito constitucional tiveram como consequência que a proteção dos direitos fundamentais deixasse de ser responsabilidade exclusiva das constituições nacionais.” SOUZA, Jefferson Lima de, “O Diálogo entre o Tribunal Constitucional Português e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o seu impacto na proteção dos direitos fundamentais”, in Ana Maria Guerra Martins (Coord.) *A Proteção Multinível dos direitos fundamentais – estudos sobre diálogo judicial*. Lisboa, AAFDL, 2019, pp. 13-53(16) salienta que tal é suscetível de “encarecer e prolongar os prazos de aplicação da justiça, funcionando, na prática, como um entrave à proteção dos direitos fundamentais.” Não obstante, acompanhamos BOTELHO, Catarina, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise ou visitar as normas programáticas*; Coimbra, Almedina, 2017, p. 81, pese embora possam existir uma certa “concorrência entre diferentes ordens jurídicas”, tal “não é necessariamente negativa.”

¹² PEREIRA, Alexandre Dias, cit., p. 1460.

grande importância a Convenção n.º 108¹³, dado ter sido o primeiro instrumento internacionalmente vinculativo neste domínio.¹⁴

Adicionalmente, é inegável a importância da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), a qual constituiu um documento notável de proteção à escala da UE.¹⁵ Nela encontramos não só uma positivação do respeito pela vida privada e familiar (artigo 7.º), bem como do direito à proteção de dados pessoais (artigo 8.º, n.º 1). Ora, este último preceito (o qual já podia ser encontrado no artigo 16.º do Tratado do Funcionamento da União Europeia, doravante TFEU) realça bem o intuito do legislador europeu consagrar no plano originário a tutela do direito à proteção de dados. No âmbito da UE, o primeiro instrumento de direito derivado surge com a Diretiva 95/46/CE¹⁶, pese embora muito antes tenham sido impulsionados outros mecanismos em diversos Estados.¹⁷ Importa, no entanto, ter em atenção (não obstante a importância destes artigos) o relevo do *direito à autodeterminação informacional*, afirmado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, tendo isto sido nuclear para a “subjetivação da posição jurídica do titular de dados

¹³ Convenção n.º 108 para a proteção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de caráter pessoal,

¹⁴ Portugal assinou em 14.05.1981, tendo depositado o instrumento de ratificação a 02.09.1993, com a consequente entrada em vigor em 01.01.1994.

¹⁵ Não nos debruçaremos aqui sobre a (velha) questão da adesão da UE à CEHD. Ainda assim, e parecendo a questão estar resolvida após o Parecer 2/13 do Tribunal de Justiça, para uma análise dos vários argumentos e contra-argumentos de ambas as posições doutrinárias *vide* PAIS, Sofia, *Estudos de Direito da União Europeia*, 4.ª Edição. Coimbra, Almedina, 2018, pp. 166-168 e MESQUITA, Maria Rangel de, *Introdução ao Contencioso da União Europeia*, 4.ª Edição. Coimbra, Almedina, 2022, pp. 455-468.

¹⁶ Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

¹⁷ Saliente-se os EUA, através da *Special Subcommittee on Invasion of Privacy*, na década de 60, sendo que, como afirma A. MENEZES BARRETO CORDEIRO, 2020, p. 38, foi o primeiro grande passo dado. Mencione-se, igualmente, a legislação suécia *Datalog*, em 1973, ou o *Bundesdatenschutzgesetz*, em 1977.

personais.”¹⁸

Destarte, não deixa de ser inegável que só com o RGPD, no âmbito da UE, se deu a necessária harmonização, tendo finalmente todos os seus destinatários incorporado a importância do respeito pelas matérias relacionadas com o Direito da Proteção de Dados, tendo este, aliás, servido de inspiração para a legislação de outros Estados fora da União. Vivemos, assim, aquilo que MARIA GRAÇA MONIZ designa por um “processo de europeização da proteção de dados pessoais.”¹⁹

3. O TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

3.1 O CASO *GOOGLE SPAIN C. AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD) E COSTEJA GONZÁLEZ (C-131/12)*²⁰

O Caso *Google Spain* é, sem dúvida alguma, um dos casos mais emblemáticos em matéria de proteção de dados. Não é demais recordar que, em 2014, ainda não havia RGPD, tendo este sido resolvido à luz da Diretiva 95/46/CE. *In casu*, Costeja González apresentou uma reclamação na Autoridade Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) contra a La Vanguardia Ediciones SL e contra a *Google Spain* e *Google Inc*. Tal reclamação baseava-se no facto de, sempre que alguém inseria o seu nome no motor de busca da Google, obtinha ligações a uma das páginas do Jornal La Vanguardia, nas quais se encontravam anúncios de imóveis em hasta pública decorrente do arresto com vista à recuperação de dívidas à Segurança Social em nome do Senhor Costeja, entretanto saldadas. Pese embora a AEPD tenha

¹⁸ CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito da...cit.*, p. 257.

¹⁹ MONIZ, Maria Graça, *Manual de Introdução à Proteção de Dados Pessoais*, 1.ª Edição. Coimbra, Almedina, 2023, p. 12.

²⁰ *Google Spain c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Costeja González*, C-131/12, de 13 de maio de 2014.

recusado a reclamação contra o jornal, deferiu, ainda assim, a reclamação contra a *Google*, ordenando, entre outras coisas, o apagamento dessas referências. Tal decisão foi objeto de recurso, tendo posteriormente o Órgão Jurisdicional Nacional recorrido ao mecanismo de reenvio prejudicial para o TJ. Independentemente das outras questões prejudiciais colocadas, o nosso foco residirá, exclusivamente, na questão relativa a saber se o Senhor Costeja tinha, ou não, direito ao apagamento dos dados.

Saliente-se, em primeira linha, o antagonismo da Opinião do Advogado-Geral (AG), Niilo Jääskinen.²¹ Em primeiro lugar, advogou estarmos diante um verdadeiro conflito de direitos (de um lado, a proteção da via privada da pessoa em causa e, do outro, o direito à liberdade de expressão e informação das operadoras).²² Neste sentido, concluiu que os prestadores de serviço da internet do motor de pesquisa não deveriam ser onerados com uma obrigação de promover o direito a ser esquecido, pois tal constituiria, na sua ótica, “uma ingerência da liberdade de expressão do editor da página web, que não gozaria de proteção jurídica adequada nessa situação.”²³ Adicionalmente, considerou que, da interpretação da CDFUE ou da Diretiva 95/46/CE, não poderia ser configurado qualquer direito a ser esquecido.²⁴

Inversamente, o TJ, reconhecendo que o Senhor Costeja é titular dos direitos previstos nos artigos 7.º e 8.º da CDFUE, considerou que esses, em princípio, prevalecem não só sobre o direito económico do operador do motor de busca, como também sobre o interesse público em encontrar a referida informação.²⁵ Por outro lado, destacou que, no caso concreto, não podia ser encontrada qualquer razão especial justificativa de um interesse público preponderante (a dívida não só remontava há 16 anos, como o Senhor Costeja não era uma pessoa notoriamente

²¹ Opinião do Advogado-Geral, Niilo Jääskinen, C-131/12, 25 de junho de 2013.

²² *Ibid*, parágrafo 128.

²³ *Ibid*, parágrafo 133.

²⁴ *Ibid*, parágrafos 136-137.

²⁵ TJ, C-131/12, parágrafo 97.

conhecida), motivo que levaria a considerar que o seu direito deveria prevalecer sobre os meros interesses económicos da operadora do motor de busca (*Google*).²⁶ Não se propugna, por isso, uma eliminação totalmente do conteúdo, mas somente que o seu nome não surja associado no motor de pesquisa e nas ligações para a notícia do jornal. Independentemente de considerações tecidas a este respeito, é inegável que o acórdão *Google Spain* é um dos mais proeminentes em matéria de proteção de dados, tendo gerado uma reação massiva da doutrina.

Desde logo, ORESTE POLLICINO e GRAZIELLA ROMEO advogam que esta é uma decisão que protegeu (excessivamente) o direito ao esquecimento, ignorando a necessária tutela do direito à liberdade de expressão, pelo que na sua ótica, o TJ deveria ter seguido uma posição mais ponderada, tal como o AG fizera.²⁷ Estamos, assim, diante uma situação complexa, já que a ausência de qualquer juízo de proporcionalidade no arresto é uma confirmação que “*the balance struck by ECJ seems to be skewed toward the right to digital privacy.*”²⁸ ORESTE POLLICINO é mesmo das vozes mais críticas na doutrina, pese embora saliente um aspeto importante: a oponibilidade do direito ao esquecimento e, como tal, a defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos na internet, para ser reconhecida aos atores privados implicará uma necessária eficácia horizontal da CDFUE.²⁹ Na verdade, isto é o reflexo do papel cada vez mais ativo do TJ como protetor dos direitos fundamentais ou, como postulam FEDERICO FABRINI e EDOARDO CELESTE, “*the ECJ through its case law has championed the protection of data protection,*

²⁶ *Ibid*, parágrafos 98-99.

²⁷ POLLICINO, Oreste, ROMEO, Graziella, “Concluding remarks – Internet Law, protection of fundamental rights and the role of constitutional adjudication”, in Oreste Pollicino, Graziella Romeo (Ed) *The Internet and Constitutional Law – The Protection of fundamental rights and constitutional adjudication in Europe*, Routledge, 2020, pp. 234-250(248)

²⁸ POLLICINO, Oreste, BASSINI, Marco, GREGORIO, Giovanni de, cit., p. 228.

²⁹ POLLICINO, Oreste, cit., pp. 126-127.

wearing with confidence the role of a human rights court.”³⁰

Embora sejamos da opinião que o TJ deveria ter densificado um pouco mais o conflito de direitos em questão e, consequentemente, o princípio da proporcionalidade, achamos excessiva a consideração supracitada. Em primeiro lugar, o tribunal não deixou de assinalar que, em determinadas situações, o interesse do operador económico possa prevalecer, pelo que não excluiu – de todo – essa possibilidade.³¹ Acompanhamos, assim, CATARINA BOTELHO, quando advoga que não estamos diante uma situação em que o TJ tenha sido ativista, pois “a expressão ativista é, amiúde, utilizada com uma forte conotação pejorativa e acaba por transformar-se num conceito vazio e redondo.”³²

Mais, com isto não queremos advogar a absolutização do direito do titular dos dados, não tendo sido sequer essa a intenção do dito arresto.³³ Destarte, não nos parece sequer que os direitos à liberdade de expressão e informação sejam excessivamente restringidos *in casu*. Afinal, neste arresto, não é determinada a eliminação sem mais, mas somente deixa de haver um encaminhamento para a página a partir da pesquisa do nome do Sr. Costeja, podendo, ainda, ser possível chegar a tal resultado através de outros mecanismos.³⁴ Assim, partilhamos a opinião sufragada

³⁰ FRABINI, Federico, CELESTE, Edoardo, “The Right to Be Forgotten in the Digital Age: The Challenges of Data Protection Beyond Borders”. *In German Law Journal*, Volume 21, 2020, pp. 55-65(58).

³¹ KELLEHER, Denis, MURRAY, Karen, *EU Data Protection Law*. London, Bloomsbury, 2018, p. 211.

³² BOTELHO, Catarina, “Novo ou...” cit, p. 66.

³³ CASTRO, Catarina Sarmento e, “A Jurisprudência do Tribunal de Justiça, o Regulamento Geral sobre a proteção de dados e as novas perspetivas para o direito ao esquecimento na Europa”. *In Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente RUI Moura Ramos Volume I*. Coimbra, Almedina, 2016, pp. 1047-1071(1062) corretamente relembra que “o tribunal não deixa de reconhecer que o direito ao esquecimento não é, como não o é nenhum direito, absoluto, impondo-se a sua conciliação com outros direitos reconhecidos na ordem jurídica europeia.”

³⁴ Como KRANENBORG, Herke, “Article 17. Right to erasure (“right to be forgotten”)”. *In Christopher Kuner, Lee Bygrave, Christopher Docksey (Ed) The EU General Data protection Regulation (GDPR)*; Oxford. Oxford University Press, 2020, pp.

por FILIPA CALVÃO, já que “mesmo que se entenda haver aqui uma ligeira compressão do direito de acesso à informação, ainda assim ela estará justificada pela salvaguarda de outros direitos fundamentais e numa medida que se afigura adequada, necessária e não excessiva.”³⁵ Parece-nos, pois, que a determinação apenas se poderá efetuar em cada caso concreto, sendo que só se justificaria recusar o pedido do Sr. Costeja caso estivéssemos diante uma situação de “manifesta relevância, atualidade e interesse público dos dados pessoais da pessoa em causa.”³⁶

Deste modo, visou-se assegurar uma solução de compromisso, sendo que reconhecemos igualmente – como aponta alguma doutrina³⁷ que a expressão “direito ao esquecimento” pode ser enganadora, já que rigorosamente o TJ postulou apenas que o operador deveria suprimir os links para páginas webs resultantes da pesquisa do nome de um indivíduo, não se criando – nessa medida – um direito a que toda a informação seja pura e simplesmente eliminada da Internet.³⁸

3.2 O CASO *GOOGLE C. CNIL* (C-507/17)³⁹

Um dos casos mais desafiantes, nesta matéria, é

475-484(479) afirma não, rigorosamente, o caso não lidou com o direito a ser esquecido.

³⁵ CALVÃO, Filipa “A Proteção de Dados Pessoais na Internet: Desenvolvimentos Recentes”, in *Revista de Direito Intelectual* n.º 2, 2015, pp. 67-84(78).

³⁶ ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, “Direito ao Esquecimento”, in *Revista de Direito Civil*, Volume III, N.º 2, 2018, pp. 281-295(292).

³⁷ CALVÃO, Filipa, cit., p. 79. A autora considera que teria sido mais cauteloso enquadrar o direito em causa com base no então Artigo 14.º da Diretiva, “onde é designado por direito de oposição.”

³⁸ Assim, KUNER, Christopher, “The Court of Justice of the EU Judgment on Data Protection and Internet Search Engines”, *LSE Legal Studies Working Paper* No. 3/2015, disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2496060> consultado em 28.03.2023, p. 7. Deste modo, o pedido de apagamento não os elimina sem mais, pois “estes continuam não só na página-fonte como também na cache do operador.” (MARIA GRAÇA MONIZ. 2023, p. 185).

³⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça, *Google Spain c. CNIL*, C-507/17, de 24 de setembro de 2019.

justamente o *Google c. CNIL*, pois vem dar resposta à problemática da aplicação extraterritorial do direito ao esquecimento. Não podemos olvidar que a Internet pressupõe uma ligação global, sendo que questões delicadas podem emergir quando o responsável pelo tratamento esteja sediado nos EUA. Afinal, nestas matérias, assistimos a uma “divergência de perspetiva entre dois blocos de estados (países da UE vs Estados Unidos da América)”⁴⁰. Estes dois blocos antagónicos, pese embora se almeje uma maior conexão à escala global, emergem questões de fundo relacionadas com a perceção do conceito de privacidade, mas sobretudo nos limites à liberdade de expressão de cada um dos diferentes ordenamentos jurídicos.⁴¹

No caso *Google c. CNIL*, uma pessoa singular apresentou um pedido de supressão da lista de resultados exibida após uma pesquisa efetuada a partir do seu nome de hiperligações que conduziam a determinadas páginas *web*. A Google deu cumprimento ao pedido (tendo suprimido exclusivamente as hiperligações dos resultados que são exibidos em resposta a pedidos efetuados a partir dos nomes de domínio nos Estados-Membros), tendo, a 21 de maio de 2015, sido notificada no sentido de aplicar a supressão a todas as extensões do nome de domínio do seu motor de busca. Após recusa, a CNIL aplicou uma sanção, a qual foi objeto de recurso por parte da Google, tendo a questão chegado ao TJ através do reenvio prejudicial solicitado pelo *Conseil d’Etat*. Essencialmente, perante a querela de saber qual o seu alcance, o TJ teria três soluções para o problema, como denota

⁴⁰ CALVÃO, Filipa, cit., p. 69.

⁴¹ BOTELHO, Catarina, “Novo ou...” cit., p. 67 relembra que os EUA adotam uma “posição de quasi-absolutização da primeira emenda”, onde o direito ao esquecimento não tem qualquer correspondência no direito norte-americano (quando comparado com a UE), entendendo-se que tal constitui uma restrição à liberdade de expressão. Ainda assim, e como aponta VICENTE, Dário Moura, “Aplicação Extraterritorial do Direito ao Esquecimento na Internet?”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Volume 80, n.º 3-4, 2020, pp. 475-488(480), apenas o *California Consumer Privacy Act*, de 2018, consagrou (embora em termos mais restritos face à legislação europeia) o direito ao esquecimento.

DÁRIO MOURA VICENTE⁴²: *a tese maximalista* (a qual levaria à imposição da remoção de todos os resultados de pesquisa, independentemente do local a partir do qual são feitas), *a tese minimalista* (a qual levaria à remoção somente no país a partir do qual a pesquisa era feita, podendo haver a possibilidade de alargar a outros Estados-Membros) e *a tese intermédia* (através do “*geoblocking*”⁴³, mas apenas mediante solicitação de endereços de IP e utilizadores dentro da união europeia).

In casu, o TJ seguiu a tese intermédia, tendo advogado que não existe uma obrigação de efetuar a supressão em todas as versões do seu motor de busca.⁴⁴ Tal justificar-se-á não só por o direito à proteção de dados não ser um direito absoluto⁴⁵, como igualmente não resulta do artigo 17.º do RGPD (e dos artigos 12.º e 14.º da Diretiva 95/46) que o legislador europeu tenha pretendido alargar, à escala global, o seu âmbito de proteção além dos respetivos Estados-Membros.⁴⁶ Ainda assim, há um aspeto que merece ser salientado, pois embora não se alargue para um âmbito global, isso não impede que uma autoridade de controlo ou órgão jurisdicional nacional, efetuada a necessária ponderação no caso concreto, obrigue “o operador de um motor de busca a desassociar referências em todas as versões do motor de busca.”⁴⁷ Alerta-se, igualmente, para a importância dos utilizadores serem desencorajados a aceder a hiperligações a partir da pesquisa que tenha por base o nome de uma pessoa.⁴⁸

No entanto, esta “*extraterritorialidade mitigada*” como

⁴² VICENTE, Dário Moura, cit., p. 483.

⁴³ *Ibid*, p. 483.

⁴⁴ Caso *Google c. CNIL*, parágrafo 64-65.

⁴⁵ *Ibid*, parágrafo 60.

⁴⁶ *Ibid*, parágrafo 61.

⁴⁷ MONIZ, Maria Graça, “Anotação o Caso Google vs. CNIL”, in *Revista Forum de Proteção de dados*, n.º 06, 2019, pp. 144-149(148). Como denota DÁRIO MOURA VICENTE, 2020, p. 487 a solução maximalista não foi “por inteiro descartada pelo tribunal.”

⁴⁸ Caso *Google c. CNIL*, parágrafo 70.

lhe chama DÁRIO MOURA VICENTE⁴⁹ parece ser, de longe, a melhor solução. De facto, atendendo ao teor do Artigo 3.º, n.º 2, do RGPD, o diploma ainda assim será aplicado a responsáveis e subcontratantes que não se encontrem estabelecidos na União, exigindo-se uma de duas situações: (i) que haja a oferta de bens e serviços a esses titulares, independentemente da exigência de procederem a um pagamento e (ii) que esteja relacionada com o controlo do seu comportamento⁵⁰, conquanto este tenha lugar na União Europeia. Sendo a sua *ratio* “evitar que as pessoas singulares sejam privadas da proteção que decorre da aplicação do RGPD, quando contratem ou sejam controladas por empresas não europeias”⁵¹, seria excessivo assegurar uma obrigação global. Partilhamos, assim, o entendimento de que a solução asseverada pelo TJ é a mais ponderada e aquela que permite, em certa medida, dar uma resposta a uma situação antiga, tomando em atenção igualmente, as dicotomias existentes entre o regime norte-americano e o da UE, não caindo na tentação de criar uma estrada aberta para uma desproteção (total) das pessoas singulares na internet.

4. A APLICAÇÃO DESTE DIREITO NO RGPD

Após uma breve análise dos casos que marcaram a emergência deste direito, importa analisar o seu impacto efetivo no RGPD. Como afirma A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, “a grande novidade não foi a positivação do direito ao apagamento, mas a consagração legal do direito ao esquecimento, recorrendo à terminologia adotada.”⁵² De facto, sob a epígrafe do artigo 17.º do RGPD, consagra-se o direito ao apagamento

⁴⁹ VICENTE, Dário Moura, cit., p. 485.

⁵⁰ *Vide* Considerando 24 do RGPD.

⁵¹ CORDEIRO, A. Barreto Menezes, “Artigo 3.º”. In A. Barreto Menezes Cordeiro (Coord) *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*. Coimbra, Almedina. 2021, pp. 70-77(73).

⁵² CORDEIRO, A. Barreto Menezes, “Direito da...” cit., p. 277.

(direito ao esquecimento).

Deste modo, da leitura atenta do artigo, devemos fazer uma distinção entre o direito ao apagamento em sentido amplo⁵³ e o direito ao apagamento *stricto sensu*. Lato sensu, o direito ao apagamento – do teor do artigo 17.º do RGPD – incluirá não só o direito ao apagamento *stricto sensu*, bem como o direito ao esquecimento. Vejamos:

O titular dos dados terá o direito ao apagamento dos seus dados, conquanto se verifique uma das situações previstas nas alíneas do artigo 17.º n.º 1 do RGPD, a saber: (i) que os dados pessoais deixem de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento; (ii) que o titular retire o consentimento em que se baseie o tratamento dos dados; (iii) que se oponha ao tratamento nos termos do 21.º, n.º 1, e não subsistam interesses legítimos prevalecentes; (iv) quando os dados pessoais tenham sido tratados ilicitamente; (v) que os dados pessoais tenham de ser apagados para o cumprimento de uma das obrigações decorrentes do direito da UE ou de um Estado-Membro ou (vi) que estes tenham sido recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade de informação referida no artigo 8.º n.º 1.⁵⁴

Interessa-nos mais, para efeitos da nossa análise, o

⁵³ Como postula FIDALGO, Vítor Palmela. “Artigo 17.º” in A. Barreto Menezes Cordeiro (Coord) *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*. Coimbra, Almedina. 2021, pp. 185-196(189) estamos diante a “medida mais significativa contra o tratamento ilícito, quando comparado com outras medidas.”

⁵⁴ Sobre a interpretação das diferentes possibilidades *vide* CORDEIRO, A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da...* cit., pp. 279-280 e MONIZ, Maria Graça, *Introdução...* cit., pp. 178-181. No que concerne à problemática de saber se é, ou não, necessário a iniciativa do titular dos dados (isto é, saber se o responsável pelo tratamento terá sempre de proceder ao seu apagamento mesmo sem qualquer pedido) acompanhamos FIDALGO, Vítor Palmela, cit., pp. 192-193. De facto, como salienta o autor, tal poderá promover resultados inadequados, sobretudo se pensarmos na possibilidade de as finalidades do tratamento deixarem de existir. Como bem aponta o autor, nessa situação, se se proceder ao apagamento imediato desses dados, podemos estar a ignorar que o seu titular poderá ter um interesse em somente limitar o tratamento, o que, como denota, seria frustrado com uma obrigação de apagamento automático.

direito ao esquecimento consagrado no artigo 17.º, n.º 2, do RGPD. Tal pressupõe o preenchimento cumulativo de dois requisitos, mormente: (i) os dados pessoais terão de ser tornados públicos pelo responsável pelo tratamento⁵⁵ e (ii) deverá haver uma obrigação de apagamento por força do artigo 17.º, n.º 1. Além disso, é necessário haver um pedido expresso por parte do seu titular. Saliente-se, ainda, que este direito exige somente uma participação “aos demais responsáveis pelo tratamento efetivo”⁵⁶, devendo este tomar todas as medidas razoáveis para que tal se possa suceder. Parece-nos, igualmente, de extrema relevância a intenção do legislador ao demonstrar que não estamos diante um direito absoluto, já que este deverá ser harmonizado com outros direitos e/ou interesses legalmente protegidos. Por conseguinte, o artigo 17.º, n.º 3 prevê um conjunto de exceções relevantes, nos termos dos quais quer o direito ao apagamento *stricto sensu*, quer o direito ao esquecimento não poderão ser aplicáveis. Falaremos, em concreto, do exercício de liberdade de expressão e informação (alínea a).⁵⁷ Como tivemos a oportunidade de demonstrar, tal problemática esteve em confronto no caso *Google Spain*, situação em que o TJ teve a oportunidade de densificar que, no caso, o interesse económico do operador não poderia prevalecer sobre os interesses do Senhor Costeja. No entanto, convém ter presente que tal necessitará de uma apreciação

⁵⁵ Como afirma FIDALGO, Vítor Palmela, cit., pp. 194, este conceito deve ser interpretado de forma objetiva, sendo irrelevante a forma como tenham sido tornados públicos. A este propósito CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito da...* cit., pp. 280-281 denota, ainda, que o RGPD não terá exigido que a divulgação tenha sido realizada pela *internet*.

⁵⁶ CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito da...* cit., p. 281.

⁵⁷ Existem outras razões, a saber: sempre que seja necessário para o cumprimento de uma obrigação legal que exija o tratamento prevista pelo Direito da União ou de um Estado-Membro (alínea b)), sempre que existam motivos de interesse público no domínio da saúde pública (alínea c)), para fins de interesse público/investigação científica ou histórica ou estatística na medida em que o direito seja suscetível de tornar impossível ou prejudicar gravemente a obtenção dos objetivos desse tratamento ou para efeitos de declaração (alínea d)) ou sempre que tal seja necessário para exercício ou defesa de um direito em processo judicial (alínea e)

casuística, pois “do intérprete-aplicador espera-se que, à luz de todo o contexto factual e jurídico, pondere que direito deve em concreto prevalecer.”⁵⁸ Afinal, não ignoramos que “o equilíbrio entre a proteção de dados e a liberdade de expressão e de informação é parte intrínseca do direito ao apagamento.”⁵⁹

Por último, nos termos do artigo 85.º, n.º1, do RGPD, incumbe aos Estados-Membros conciliar por lei o confronto dos direitos supracitados. O seu propósito terá sido o de conferir “um mandato de ponderação”⁶⁰. Destarte, alguns autores (corretamente, a nosso ver) advogam que estamos perante uma “*empty clause*”, pelo que se dá aos Estados-Membros uma margem de discricionariedade muito grande nesta ponderação.⁶¹ Restará, pois, averiguar como irão as autoridades de controlo nacionais e o TJ avaliar a interpretação deste artigo.⁶²

5. O IMPACTO NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA

5.1 O DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA (CRP)

Portugal foi dos primeiros países a conter na sua *norma*

⁵⁸ CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Direito da...* cit., p. 283.

⁵⁹ MONIZ, Maria Graça, *Manual...* cit., p. 181.

⁶⁰ MARQUEZ, Francisco Paes. “Artigo 85.º (Tratamento e Liberdade de Expressão e de Informação)”. In A. Barreto Menezes Cordeiro *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*. Coimbra, Almedina, 2021, pp. 512-516.

⁶¹ POLLICINO, Oreste, BASSINI, Marco, GREGORIO, Giovanni de, cit., p. 230.

⁶² Um caso muito interessante é o *Tu, Re c. Google LLC*, C-460/20, 8 de dezembro de 2022, tendo o TJ, no âmbito desta ponderação, considerado que, havendo um pedido de supressão de referências em relação às quais existam elementos de prova pertinentes, suficientes e adequados para fundamentar o seu pedido e demonstrar que as informações que aí figuram têm um conteúdo manifestamente inexato, o operador do motor de busca estará obrigado a deferir esse pedido de supressão de referências (parágrafo 72). Assim, sempre que o operador não dê seguimento a este pedido, a pessoa em causa deverá poder submeter este assunto à autoridade de controlo ou aos tribunais, para que estes possam averiguar as necessárias diligências, ordenando, sendo caso disso, a tomada de medidas em conformidade (parágrafo 75).

normarum um artigo expresso sobre esta matéria. Nos termos do artigo 35.º da CRP consagra-se o *direito à autodeterminação informativa*.

Por um lado, PAULA RIBEIRO FARIA⁶³ advoga que estamos diante um direito cujo o objetivo é “evitar intromissões abusivas na vida privada das pessoas através da recolha e tratamento de dados pessoais informatizados”. Em sentido oposto, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA postulam que os direitos decorrentes deste artigo decorrem “de alguns direitos-mãe” em sede de direitos, liberdades e garantias⁶⁴. Por sua vez, CATARINA BOTELHO postula que a razão de ser do artigo visa “impedir a instrumentalização da pessoa a mero objeto de informações.”⁶⁵ Finalmente, ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO defende uma evolução do direito à proteção de dados, amparado no valor fundamental da autodeterminação informacional “para um novo, e mais completo, o direito à identidade informacional.”⁶⁶ Não obstante, não deixa de ser importante reforçar a necessidade de “proatividade em função do exponencial desenvolvimento tecnológico”⁶⁷, desenvolvimento esse que inevitavelmente se verificou.

Nesta sentido, o artigo 35.º da CRP apresenta uma enorme importância ao consagrar: o direito de acesso, retificação, atualização e conhecimento das finalidades dos dados informatizados (n.º 1); a reiteração de que a definição, as

⁶³ FARIA, Paula Ribeiro. “Artigo 35.º Utilização da Informática”. In Jorge Miranda e Rui Medeiros (Ed.) *Constituição Portuguesa Anotada Volume I*, 2ª edição revista e atualizada. Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, pp. 565-581.

⁶⁴ CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada – Artigos 1.º a 107.º*, 4.ª edição revista e atualizada. Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 551.

⁶⁵ BOTELHO, Catarina, “Novo ou...” cit., 2017, pp. 53-54.

⁶⁶ PINHEIRO, Alexandre Sousa, *Privacy e Proteção de Dados Pessoais: a Constituição dogmática do direito à identidade informacional*. Lisboa, AAFDL, 2015, P. 777.

⁶⁷ TEIXEIRA, Guilherme da Fonseca, “Identidade e autodeterminação informacional no novo Regulamento Geral de Proteção de Dados: a inevitável privatização dos deveres estaduais de proteção”. In *Católica Law Review*, Volume II, n.º 1, 2018, pp. 11-38(16).

condições de tratamento, conexão, transmissão, atualização e garantia de proteção incumbem a uma entidade administrativa independente (n.º 2); a proibição do acesso de terceiros a dados pessoais, salvo nas situações legalmente previstas (n.º 4)⁶⁸; a proibição de atribuição de um número nacional único aos cidadãos (n.º 5)⁶⁹; a garantia do livre acesso às redes informáticas de uso público (n.º 6)⁷⁰ e a proteção dos dados pessoais constantes de ficheiros manuais (n.º 7).

Não deixa, no entanto, de ser curioso que o legislador constituinte tenha tido o cuidado, no artigo 35.º, n.º 3, da CRP, de consagrar um elenco de dados sensíveis que não poderão ser objeto de tratamento, a não ser que haja consentimento expresso do titular ou autorização prevista por lei. Pese embora esta não tenha sido uma novidade do RGPD, a tutela da categoria dos dados pessoais especiais e sensíveis é hoje algo da maior relevância, pelo que não deixa de ser assinalável a proatividade do legislador constituinte. Todavia, não podemos ignorar a revolução tecnológica operada, pelo que a Constituição, enquanto *norma normarum*, não pode deixar de acompanhar estas mudanças realizadas. Estamos, assim, diante um artigo que, muito provavelmente, será alvo de revisão. Por essa razão, e tendo em conta o atual processo de revisão constitucional, não podemos deixar de analisar as diversas propostas dos partidos no que à consagração do direito ao esquecimento diz respeito.

⁶⁸ Trata-se, como aponta BOTELHO, Catarina, “Novo ou...” cit., p. 54, de uma norma que autoriza o legislador a restringir o direito à identidade informacional, razão pela qual – estando em causa um direito fundamental – dever-se-á ter em consideração os requisitos do artigo 18.º, n.º 2 e 3 da CRP.

⁶⁹ Algo que o Partido Socialista, na proposta de revisão constitucional apresentada, pretende modificar.

⁷⁰ Há quem na doutrina, como é o caso CASTRO, Catarina Sarmento e, “40 ANOS “Utilização da Informática” – o artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa”, in *E-Pública*, Volume 3, n.º 3, 2016, pp. 42-66(52), disponível em <https://e-publica.pt/api/v1/articles/34442-40-anos-de-utilizacao-da-informatica-o-artigo-35-da-constituicao-da-republica-portuguesa.pdf>, consultado em 1.04.2023, que advogue que o artigo 35.º, n.º 6, deve ser “considerado um direito fundamental instrumental, potenciado e amplificador de outros direitos e liberdades.”

5.2 O DIREITO AO ESQUECIMENTO: UM DIREITO NOVO?

Uma das questões igualmente discutidas na doutrina está relacionada com a natureza do direito ao esquecimento, isto é, aferir se este poderá (ou não) ser considerado um direito novo. Por um lado, FILIPA CALVÃO advoga que a teologia do direito (embora não propugnando pela denominação adotada) poderia resultar do direito de oposição do artigo 14.º da Diretiva 95/46/CE⁷¹. Por sua vez, CATARINA BOTELHO e HERKE KRANENBORD postulam que o direito ao esquecimento não é propriamente um direito novo, já que o mesmo seria resultado da conjugação de diferentes artigos da Diretiva 95/46/CE⁷². Por sua vez, DÁRIO MOURA VICENTE considera que, no âmbito da união europeia, “estamos diante um novo direito fundamental.”⁷³ Pela nossa parte, tendemos a concordar com a doutrina que reconhece que este direito, embora sem a formulação pela qual é notoriamente conhecido, já poderia resultar do conteúdo da Diretiva 95/46/CE.

Do ponto de vista constitucional, conforme tivemos a oportunidade de averiguar, a CRP não consagra formalmente no seu catálogo de Direitos, Liberdades e Garantias o direito ao esquecimento. Ainda assim, atendendo ao *princípio da cláusula aberta dos direitos fundamentais*, consagrado no artigo 16.º da CRP, tal significa que poderão existir mais direitos fundamentais do que aqueles que se encontram previstos na *norma normarum*.

Assim, e como salienta CATARINA BOTELHO, poderemos equacionar duas possibilidades: “(i) direito fundamental

⁷¹ CALVÃO, Filipa, cit., p. 79.

⁷² Como é o caso de BOTELHO, Catarina, “Novo ou...” cit., p. 63. A autora refere, a este propósito, os artigos 6.º, n.º 1 e 12.º, n.º 1 da Diretiva. Por sua vez, partilhando a mesma opinião KRANENBORD, Herke, cit., p. 477

⁷³ VICENTE, Dário Moura, cit., p. 487.

ex novo, fora do catálogo; (ii) direito fundamental implícito ou inferido de outros direitos e princípios constitucionais.”⁽⁷⁴⁾⁽⁷⁵⁾ Neste sentido, consideramos merecer acolhimento a doutrina que salienta que o direito ao esquecimento poderá decorrer de outros direitos e princípios constitucionais, podendo este decorrer “do próprio princípio da dignidade da pessoa humana”⁷⁶. Na doutrina brasileira tal tem tido igualmente acolhimento.⁷⁷ Tal direito passará a constar do catálogo, caso a revisão constitucional se concretize.

Este capítulo não pode terminar sem uma breve menção à Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital⁷⁸. Este documento esteve debaixo de fogo, devido ao famoso artigo 6.º, o qual previa a criação de estruturas de verificação de factos por órgãos de comunicação social devidamente registados. A polémica levou à sua revogação⁷⁹, mas ainda assim não deixa de ser

⁷⁴ BOTELHO, Catarina, “Novo ou...” cit., p. 63.

⁷⁵ A este propósito, ANDRADE, Carlos Vieira de *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6.ª edição. Coimbra, Almedina, 2019, pp. 77-80, defende para a aferição da sua materialidade a adoção do critério tríplice, isto é, a verificação de três requisitos cumulativos, mormente: (i) o radical subjetivo (há uma posição jurídica subjetiva considerada fundamental e atribuída a todos os indivíduos ou categorias abertas de indivíduos), (ii) a função dos preceitos terá de ser a garantia de bens jurídicos das pessoas ou de conteúdo económico considerados essenciais ou primários e (iii) a intenção específica, que justificará, na ótica do Autor, “a sua primariedade, manifestando o princípio da dignidade da pessoa humana.

⁷⁶ BOTELHO, Catarina, “Novo ou...”, cit, p. 64.

⁷⁷ Como é o caso de STUDART, Ana Paula, MARTINEZ, Luciano, “Direito ao Esquecimento como direito fundamental nas relações de trabalho”. In *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 5, n.º 1, 2019, pp. 121-165(132), disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/1/2019_01_0121_0165.pdf. Acedido em 31.03/2023. Como reiterem os autores, “tal direito é derivado de um fundamento maior: a dignidade da pessoa humana, se fortalecendo como medida de proteção da privacidade, evitando que uma informação seja eterna, e que as mesmas possam gerar danos morais e psicológicos constantes aos envolvidos.”

⁷⁸ Aprovada pela Lei n.º 27/2021, de 17 de maio.

⁷⁹ Alterada pela Lei n.º 15/2022, de 11 de agosto. Sem entrar em detalhes excessivos, até porque esse não é o propósito deste artigo, congratulamos tal solução. O famoso artigo 6.º da Carta demonstrava uma atitude quase paternalista do Estado com os seus cidadãos, pois a criação destas estruturas não seria a única forma de combater a desinformação. Dentro das medidas idóneas a almejar o mesmo fim, não é certamente a

positivo a criação da Carta por se atender à necessidade de asseverar que a Internet é um espaço de liberdade, igualdade e justiça social. Tendo em vista esse objetivo, a Carta elenca um conjunto de direitos que devem ser atribuídos ao titular, sendo de salutar o Artigo 13.º (Direito ao Esquecimento), nos termos do qual “todos têm o direito de obter do Estado apoio no exercício do direito ao apagamento de dados pessoais que lhe digam respeito” (n.º 1), prevendo-se, igualmente, que tal poderá ser exercido a título póstumo (n.º 2). Como é evidente, a sua consagração no plano da legislação ordinária é um passo relevante, reforçando a intenção do legislador em tutelar os direitos na era digital. Torna-se, assim, premente passar a mesma consideração para a *norma normarum*.⁸⁰

5.3 A REVISÃO CONSTITUCIONAL E A CONSAGRAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

A Constituição da República Portuguesa foi somente revista sete vezes⁸¹, tendo vários anos passado desde o último processo. A CRP é, antes de mais, uma constituição rígida, na medida em que para ser alterada exige-se um procedimento distinto daquele que é seguido na elaboração das leis ordinárias. Assim, e como aponta RUI MEDEIROS, “não se pode perder de vista

menos restritiva do direito fundamental em causa. Afinal, não podemos olvidar que são cada vez mais frequentes as iniciativas que, visando o combate à desinformação, procuram averiguar se determinadas publicações/afirmações são factualmente corretas. Adicionalmente, tal permitiria abrir um precedente (demasiado) perigoso para a mera privação da comunicação dos pensamentos humanos. Recentemente, o Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 66/2023, Processo n.º 814/2021, Relatora Conselheira Maria Benedita Urbano, considerou que, dada a inexistência de interesse jurídico relevante em controlar as normas revogadas (mormente o artigo 6.º, n.º 1), existe uma inutilidade superveniente de uma decisão de mérito.

⁸⁰ Para uma visão crítica sobre a Carta Portuguesa dos Direitos Humanos na Era digital, nomeadamente a sua omissão legislativa constitucional quanto às condições aplicáveis ao tratamento automatizado, vide REBELO, Diogo Morgado, *Inteligência Artificial e Scoring no Crédito ao Consumo*, Coimbra, Almedina, 2023, pp. 364-375.

⁸¹ Respetivamente em 1982, 1989, 1992, 1997, 2001, 2004 e 2005.

que o poder de revisão – enquanto poder constituinte derivado – não se confunde com os demais poderes constituídos e, em particular, com o *normal politics* que incumbe ao poder legislativo ordinário.”⁸²

Claro que este não é um procedimento fácil, devendo estar reunidos um conjunto de elementos que, muitas vezes, vão além dos critérios jurídicos. Desde logo, saliente-se que é a Assembleia da República o órgão de soberania competente (Artigo 284.º, n.º 1, da CRP), incumbindo a iniciativa da revisão aos deputados (Artigo 285.º, n.º 1, da CRP). Ainda assim, exige-se uma maioria de dois terços dos deputados em efetividade de funções (Artigo 286.º, n.º 1, da CRP) para a sua aprovação, o que estará sempre muito dependente do tipo de maiorias existentes na Assembleia da República. Neste momento, e atendendo aos eventos recentes, parece existir uma vontade política (vejamos se efetiva) de rever a *norma normarum*.⁸³ Não tenhamos ilusões, pois qualquer processo dependerá do acordo dos típicos partidos do “centrão”: Partido Socialista (PS) e Partido Social Democrata (PSD). Neste momento, encontra-se em cima da mesa um processo de revisão constitucional. Um dos artigos que mais discussão tem gerado prende-se justamente com o artigo 35.º da CRP. Incumbe-nos avaliar agora as diversas propostas apresentadas pelos partidos políticos.⁸⁴

(i) Em primeiro lugar, o Partido Chega propôs somente uma alteração ao n.º 1 do artigo. Defende-se, por isso, que passe

⁸² MEDEIROS, Rui, “Artigo 284.º Competência e Tempo de Revisão”. In Jorge Miranda e Rui Medeiros (Ed.) *Constituição Portuguesa Anotada Volume III – Artigos 202.º a 296.º*, 2.ª edição revista e atualizada. Lisboa, Universidade Católica Editora, 2020, p. 777-784(778).

⁸³ Revisão constitucional avança: PS vai a jogo com um projeto de “meio-termo”. In *Expresso*, 9 de novembro de 2022, disponível <https://expresso.pt/politica/2022-11-09-Revisao-constitucional-avanca-PS-vai-a-jogo-com-um-projeto-de-meio-termo-3d729ca1>. Consultado em 03.04.2023.

⁸⁴ O Projeto de revisão constitucional pode ser encontrado em LEITÃO, Mariana. *Apresentação Comparada dos Projetos de Revisão Constitucional – 12.º Processo de Revisão Constitucional*. Lisboa, Coleção Legislação n.º 50, 2022.

a ter a seguinte formulação: “todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua retificação e atualização, o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, *direito de exigir a dissociação de hiperligações da lista de resultados apresentada após uma pesquisa feita pelo nome do requerente, nos termos da lei.*” De certo modo, atende-se ao que é postulado no Caso *Google Spain*, na medida que também aqui se consagrou que existiria um direito a suprimir o resultado apresentado a partir do nome de uma pessoa.

Ainda assim, não nos parece ser esta a forma mais correta de consagrar este direito. Devendo a constituição assegurar a sua vertente normativa, parece-nos que uma formulação demasiado técnica (como a referida nesta proposta de alteração) fará mais sentido na legislação ordinária. A este propósito, numa das reuniões da Comissão Eventual para a Revisão Constitucional, o Deputado Único do Livre, Rui Tavares, chamou a atenção para este ponto, postulando que a CRP não deve ser demasiado fechada e que uma visão estritamente técnica poderá correr o risco de ficar rapidamente desatualizada. Tal como há 40 anos não existiam hiperligações, nada nos garante que daqui para a frente será este o termo adotado.⁸⁵ Como postula ROGÉRIO SOARES, “*cada constituição deve preservar aquela abertura que lhe garanta, sob o domínio dos princípios fundamentais que colheu na experiência histórica do povo, a possibilidade de se ir adaptando às mudanças técnicas, económicas e sociais que o processo político da comunidade venha a manifestar.*”⁸⁶

(ii) Por sua vez, o Partido Livre defende, igualmente,

⁸⁵ Intervenção do Deputado do Livre Rui Tavares (1:23:30-1:27:02). Continuação da primeira leitura da apresentação comparada dos projetos de revisão constitucional – continuação até ao artigo 56.º, 9 de março de 2023, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=yagF7-p8sAc&list=PL_2U0fn9ryP68VLL8j989rJfUnNZlpH4S&index=11>, consultado em 03.04.2023.

⁸⁶ SOARES, Rogério Ehrhardt, “O Conceito Ocidental de Constituição”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 119, n.º 3743/3744, 186 pp. 36-39 e 69-73(729).

uma modificação ao n.º 1, tendo apresentado uma ligeira alteração: “Todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua retificação, e atualização e *esquecimento*, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei.” Não ignoramos que esta é a expressão pelo qual o direito é mais conhecido. Ainda assim, e conforme tivemos a oportunidade de expor a propósito da análise jurisprudencial, tal consagração pode ser suscetível de induzir em erro, criando-se a ideia de que, pura e simplesmente, existe um direito (absoluto) a ser esquecido na internet. Assim, pensamos que seria mais prudente, ao adotar-se a denominação direito ao esquecimento, se existisse uma ressalva quanto aos outros interesses e direitos legalmente protegidos.

(iii) O Partido Social Democrata optou somente por introduzir uma ligeira alteração, prevendo-se que: “Todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua retificação, atualização, *apagamento*, bem como o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei.” Conseguimos entender a opção por esta denominação, já que esta foi a terminologia adotada pelo RGPD no artigo 17.º. Na sua intervenção, a Deputada do PSD, Márcia Passos, reforçou ter sido exatamente esta a intenção do partido, referindo a vontade de compatibilizar a CRP com o RGPD, adaptando-se às novas realidades.⁸⁷ Destarte, não podemos ignorar que existe, também no âmbito do RGPD, uma querela quanto a sentido interpretativo a dar à formulação “apagamento”. Vimos, igualmente, que este poderá ser entendido de uma fórmula ampla, no qual se incluirá o direito ao apagamento *stricto sensu* e o direito ao esquecimento. Não obstante considerarmos que fará sentido adicionar a este n.º 1 a palavra “apagamento”, consideramos que, sendo o objetivo o de seguir uma adaptação ao regime do RGPD (ou, pelo menos, asseverar uma harmonia lógica), tornar-se-á necessário fazer uma menção

⁸⁷ *Ibid*, Intervenção da Deputada Márcia Passos (1:11:42-1:17:13).

adicional ao artigo 35.º, conforme teremos a oportunidade de abordar.

(iii) Adicionalmente, tanto o Partido Socialista como o Iniciativa Liberal propõem a mesma alteração ao n.º 1: “Todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua retificação, atualização e *eliminação*, bem como o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei.” Note-se que, nos debates da Comissão, os representantes dos diversos partidos políticos com assento parlamentar reforçaram estarmos diante uma mera questão de semântica, sendo o mais importante assegurar este direito. Com todo o respeito, não podemos concordar, já que a semântica é importante, especialmente quando estamos a falar da revisão da Constituição. De todo o modo, e não se pressupondo uma eliminação total, cremos que poderá ser enganador o uso deste termo, sendo, na nossa perspetiva, mais correto usar o termo “apagamento.”

Neste sentido, e tendo o Partido Socialista apresentado a proposta com mais alterações ao artigo 35.º, cremos ser relevante para efeitos da nossa análise, a introdução do n.º 8, nos termos do qual “*A lei estabelece os termos em que pode ser assegurado o direito ao esquecimento digital, com salvaguarda da realização de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.*” Esta proposta tem o mérito de chamar à colação para o facto de não estarmos perante um direito absoluto, indo ao encontro do que é, aliás, considerado ao nível do direito da união.

Deste modo, somos da opinião que o artigo 35.º deverá refletir ambas as vertentes do direito ao apagamento (entendido aqui em sentido amplo). Desde logo, o direito ao apagamento *stricto sensu* (adotando-se, pois, a formulação proposta pelo Partido Social Democrata de direito ao apagamento) e, igualmente, o *direito ao esquecimento*, nos termos realizados pelo Partido Socialista. Cremos, por isso, ser esta a solução mais

harmonizadora do ponto de vista do RGPD e aquela que maior coerência poderá dar à revisão do artigo 35.º.

6. NOTAS CONCLUSIVAS

Em suma, consideramos da mais elementar importância todo o debate gerado em torno do famoso direito ao esquecimento. O Digital é a nova realidade e, como tal, torna-se cada vez mais imperativo salvaguardar a tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos, assim como promover a necessária transição tecnológica. A evolução impulsionada nesta matéria pelo Direito da União Europeia, em particular após o caso *Google Spain*, é notável. Embora não acompanhando as críticas tecidas pela doutrina maioritária, consideramos que, perante a diversidade de interesses em confronto, cada caso necessitará de uma avaliação casuística. Não obstante todas as questões que se possam colocar quanto à formulação adotada no artigo 17.º do RGPD (e, inclusive, se este poderá cumprir esse desígnio), é inegável o seu impacto.

Salientamos, a este propósito, o ordenamento jurídico português por ser aquele que nos é mais próximo. Além do mais, parece existir, pela primeira vez em vários anos, uma intenção verdadeira de rever a CRP. Devendo esta apresentar abertura suficiente para se moldar aos diversos tempos, vemos com bons olhos a intenção de rever o artigo 35.º para a consagração deste direito. Consideramos, ainda assim, que tal poderá pressupor uma harmonização das várias propostas em confronto, adicionando-se, na linha do que propõe o Partido Social Democrata, a referência a “apagamento”, mas igualmente aditando-se uma alínea (na esteira do Partido Socialista) que consagre o direito ao esquecimento no mundo digital, não ignorando a necessidade de compatibilização com outros interesses legalmente protegidos. Cremos ser esta a melhor para almejar uma transição suave e harmoniosa em linha com o direito da união.

Nas palavras de de JUAN LUIS SUÁREZ: “*No es posible, ni siquiera deseable, intentar renunciar a nuestra condición digital o destruir la digitalidad, porque no se puede volver. Pero sí podemos hacer que esta digitalidad sea más humana. Para ello solo tenemos que preguntarnos cual es el término de llegada.*”⁸⁸ O futuro é incerto e, independentemente dessas incertezas, sabemos que o direito ao esquecimento é uma realidade inevitável neste mundo digital. Caberá, por agora, ao legislador constituinte assegurar uma plena adaptação da *norma normarum*, transformando a sua vontade política num resultado efetivo.



BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6.^a edição. Coimbra, Almedina, 2019.
- ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. “Direito ao Esquecimento”, in *Revista de Direito Civil*, Volume III, N.º 2, 2018, pp. 281-295
- BOTELHO, Catarina
“Novo ou Velho Direito? – O Direito ao Esquecimento e o Princípio da Proporcionalidade no Constitucionalismo Global”, in *Revista do Instituto do Conhecimento AB*, Ano V, n.º 7, 2017, pp. 50-71.
Os Direitos Sociais em Tempos de Crise ou visitar as normas programáticas; Coimbra, Almedina, 2017.
- CANOTILHO, Gomes e Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa Anotada – Artigos 1.º a 107.º*, 4.^a edição revista e atualizada. Coimbra, Coimbra Editora,

⁸⁸ SUÁREZ, Juan Luis, *La Condición Digital*. Madrid, Editorial Trotta, 2023, p. 258.

2007.

CALVÃO, Filipa. “A Proteção de Dados Pessoais na Internet: Desenvolvimentos Recentes”, *in Revista de Direito Intellectual* n.º 2, 2015, pp. 67-84

CASTRO, Catarina Sarmiento e.

“A Jurisprudência do Tribunal de Justiça, o Regulamento Geral sobre a proteção de dados e as novas perspetivas para o direito ao esquecimento na Europa”. *In Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente RUI Moura Ramos Volume I*. Coimbra, Almedina, 2016, pp. 1047-1071.

“40 ANOS “Utilização da Informática” – o artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa”, *in E-Pública*, Volume 3, n.º 3, 2016, pp. 42-66(52), disponível em <https://e-publica.pt/api/v1/articles/34442-40-anos-de-utilizacao-da-informatica-o-artigo-35-da-constituicao-da-republica-portuguesa.pdf>, consultado em 1.04.2023

CARVALHO, Jorge Morais. *Direito do Consumo*, 8.ª Edição. Coimbra: Almedina, 2023.

CELESTE, Edoardo

“Digital Constitutionalism: a new systematic tehorisation”. *In International Review of Law Computers & Technology*, 33(2), 2019. pp. 1-24(3), disponível em < <http://dx.doi.org/10.1080/13600869.2019.1562604> > acedido em 27.03.2023.

Digital Constitutionalism The Role of Internet Bills of Rights, Abingdon, Routledge; 2023

CORDEIRO, A. Barreto Menezes.

Direito da Proteção de Dados à Luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020.

A. BARRETO MENEZES CORDEIRO. “Artigo 3.º”. *In* A. Barreto Menezes Cordeiro (Coord) *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*. Coimbra, Almedina. 2021, pp. 70-77

- DE GREGORIO, Giovanni. *Digital Constitutionalism in Europe – Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*. Cambridge: Cambridge University Press, 2022.
- FABRINI, FEDERICO FABRINI e Edoardo Celeste. “The Right to Be Forgotten in the Digital Age: The Challenges of Data Protection Beyond Borders”. In *German Law Journal*, Volume 21, 2020, pp. 55-65
- FIDALGO, Vitor Palmela - “Artigo 17.º” in A. Barreto Menezes Cordeiro (Coord) *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*. Coimbra, Almedina. 2021, pp. 185-196
- KELLEHER, Denis e Karen Murray. *EU Data Protection Law*. London, Bloomsbury, 2018.
- KRANENBORD, Herke. “Article 17. Right to erasure (“right to be forgotten”)”. In Christopher Kuner, Lee Bygrave, Christopher Docksey (Ed) *The EU General Data Protection Regulation (GDPR)*; Oxford. Oxford University Press, 2020, pp. 475-484(479).
- KUNER, Christopher. “The Court of Justice of the EU Judgment on Data Protection and Internet Search Engines”, *LSE Legal Studies Working Paper* No. 3/2015, disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2496060> consultado em 28.03.2023
- MARQUEZ, Francisco Paes. “Artigo 85.º (Tratamento e Liberdade de Expressão e de Informação)”. In A. Barreto Menezes Cordeiro *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*. Coimbra, Almedina, 2021, pp. 512-516.
- MEDEIROS, Rui. “Artigo 284.º Competência e Tempo de Revisão”. In Jorge Miranda e Rui Medeiros (Ed.) *Constituição Portuguesa Anotada Volume III – Artigos 202.º a 296.º*, 2.ª edição revista e atualizada. Lisboa, Universidade Católica Editora, 2020, p. 777-784(778).
- MESQUITA, Maria Rangel. *Introdução ao Contencioso da*

- União Europeia*, 4.ª Edição. Coimbra, Almedina, 2022
- MONIZ, Maria Graça. *Manual de Introdução à Proteção de Dados Pessoais*, 1.ª Edição. Coimbra, Almedina, 2023.
- “Anotação o Caso Google vs. CNIL”, in *Revista Fórum de Proteção de dados*, n.º 06, 2019, pp. 144-149.
- PAIS, Sofia. *Estudos de Direito da União Europeia*, 4.ª Edição. Coimbra, Almedina, 2018.
- PEREIRA, Alexandre Dias. “Direito ao respeito pela vida privada digital”. In Paulo Pinto Albuquerque (Org) *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Volume II. Lisboa, Universidade Católica Editora, 2019, pp. 1451-1472.
- POLLICINO, Oreste. *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet: A Road Towards Digital Constitutionalism?* Oxford: Hart Publishing, 2021.
- POLLICINO, Oreste e ROMEO, GORESTE POLLICINO e GRAZIELLA ROMEO. “Concluding remarks – Internet Law, protection of fundamental rights and the role of constitutional adjudication”, in Oreste Pollicino, Graziella Romeo (Ed) *The Internet and Constitutional Law – The Protection of fundamental rights and constitutional adjudication in Europe*, Routledge, 2020, pp. 234-250
- POLLICINO, Oreste, Bassini, Marco, de Gregorio, Giovanni – *Internet Law and Protection of Fundamental Rights*; Milan, Bocconi University Press; 2022
- REBELO, Diogo Morgado, *Inteligência Artificial e Scoring no Crédito ao Consumo*, Coimbra, Almedina, 2023, pp. 364-375.
- SOARES, Rogério Ehrhardt. “O Conceito Ocidental de Constituição”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 119, n.º 3743/3744, 186 pp. 36-39 e 69-73.
- SOUSA, Simão Mendes. *Constitucionalismo Digital- uma Introdução*. Coimbra: Almedina, 2022.

- STUDART, Ana Paula Didier e Luciano Martinez. “Direito ao Esquecimento como direito fundamental nas relações de trabalho”. In *Revista Jurídica Luso- Brasileira*, Ano 5, n.º 1, 2019, pp. 121-165, disponível em https://www.cidp.pt/revis-tas/rjlb/2019/1/2019_01_0121_0165.pdf. Acedido em 31/03/2023.
- SUÁREZ, Juan Luis. *La Condición Digital*. Madrid, Editorial Trotta, 2023.
- TEIXEIRA, Guilherme da Fonseca - “Identidade e autodeterminação informacional no novo Regulamento Geral de Proteção de Dados: a inevitável privatização dos deveres estaduais de proteção”. In *Católica Law Review*, Volume II, n.º 1, 2018, pp. 11-38
- VICENTE, Dário Moura. “Aplicação Extraterritorial do Direito ao Esquecimento na Internet?”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Volume 80, n.º 3-4, 2020, pp. 475-488.
- WARREN, Samuel e BRANDEIS, Louis - “The Right to Privacy”, in *Harvard Law Review* Volume 4, N.º 5, 1890, pp. 193-220.

JURISPRUDÊNCIA

- Tribunal de Justiça, *Google Spain c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Costeja González*, C-131/12, de 13 de maio de 2014.
- Opinião do Advogado-Geral, Niilo Jääskinen, C-131/12, 25 de junho de 2013.
- Tribunal de Justiça, *Google Spain c. CNIL*, C-507/17, de 24 de setembro de 2019.
- Tribunal de Justiça, *Tu, Re c. Google LLC*, C-460/20, 8 de dezembro de 2022.
- Acórdão Tribunal Constitucional, no acórdão Constitucional n.º 66/2023, Processo n.º 814/2021, Relatora Conselheira

Maria Benedita Urbano.

LEGISLAÇÃO

Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE.

Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

NOTÍCIAS

Revisão constitucional avança: PS vai a jogo com um projeto de “meio-termo”. In *Expresso*, 9 de novembro de 2022, disponível <https://expresso.pt/politica/2022-11-09-Revisao-constitucional-avanca-PS-vai-a-jogo-com-um-projeto-de-meio-termo-3d729ca1>. Consultado em 03.04.2023.