

*Conhecer não é demonstrar
nem explicar. É aceder
à visão. A. Saint-Exupéry*

2017, ANO V, N.º 7

AB INSTANTIA

REVISTA DO INSTITUTO DO CONHECIMENTO AB

DIRECTOR Ricardo Costa

CONSELHO EDITORIAL

Ana Manuela Barbosa, Miguel Teixeira de Abreu,
Paulo de Tarso Domingues, Paulo Teixeira Pinto

REGULAMENTO GERAL DE PROTECÇÃO DE DADOS

Direitos de personalidade e responsabilidade civil; Direito ao esquecimento; Privacidade; § PRIVADO Dupla descrição predial – STJ, 23.02.2016; Resolução de contrato de agência e interesse contratual positivo – Relação de Lisboa, 20.12.2017; PERSI e pagamento de dívida; § INSOLVÊNCIA Isenção de IMT e transmissão de imóveis – STA, 29.03.2017; Empresas locais; Direito de retenção e consumidor; § PROPRIEDADE INDUSTRIAL Marcas sensoriais; Confusão entre marcas; § ARBITRAGEM Estatuto de partes não signatárias; § CONCORRÊNCIA Corrupção no sector privado; § ESTUDO Mercado de valores mobiliários em Angola; § RECENSÃO Direito penal e o terrorismo.

NOVO OU VELHO DIREITO? – O DIREITO AO ESQUECIMENTO E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO CONSTITUCIONALISMO GLOBAL*

CATARINA SANTOS BOTELHO**

RESUMO

Este artigo reflete sobre a concetualização dogmática do direito ao esquecimento enquanto direito fundamental e discorre sobre a sua possível configuração como direito de nova geração, criado *ex novum* pela legislação da União Europeia, ou como direito fundamental inferido de outros direitos e princípios fundamentais constitucionalmente consagrados, tais como a autodeterminação pessoal, a reserva da vida privada, a imagem, a honra e a dignidade da pessoa humana. Concomitantemente, o artigo procura demonstrar as diferenças de ponderação entre liberdade de expressão e privacidade existentes dos dois lados do Atlântico: Estados Unidos da América e Europa Ocidental. Mais em concreto, verificámos a existência de um *crescendo* de proteção do direito ao esquecimento consoante a jurisdição que o aplica: *Supreme Court* norte-americano (minimalismo); Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (equilíbrio) e Tribunal de Justiça da União Europeia (maximalismo).

* O artigo corresponde, com significativos aditamentos, à nossa comunicação no Seminário *Privacidade e Compliance nas entidades privadas e públicas – A contagem decrescente do Regulamento Geral de Proteção de Dados*, promovido pelo *Instituto do Conhecimento Abreu Advogados*, e que teve lugar no dia 4 de maio de 2017, na Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Lisboa).

** Doutora em Direito. Professora Auxiliar da Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

Investigadora do *Católica Research Center for the Future of the Law*

SUMÁRIO:

- I – Introdução.
- II – Sociedade de risco e direito à autodeterminação informativa.
- III – O acolhimento normativo da proteção de dados;
 - 1. A positivação da proteção de dados na Constituição portuguesa e no Direito da União Europeia;
 - 2. A relação entre a Constituição, o Direito Internacional Regional e o Direito da União: verticalidade ou horizontalidade?
- IV – Direito ao esquecimento;
 - 1. Um direito fundamental de nova geração *extra constitutio-nem* ou um direito fundamental implícito?
 - 2. Do caso “Google Espanha” ao caso “Google francesa”.
 - 3. O esquecimento é diferente de cada lado do Atlântico? O princípio da proporcionalidade no constitucionalismo global.
- V – Conclusões.

PALAVRAS-CHAVE: *direito à autodeterminação informativa; direito ao esquecimento; liberdade de expressão e de informação; direito à reserva da vida privada; teste da proporcionalidade; proporcionalidade em sentido estrito.*

I – Introdução

A muito premente entrada em vigor do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (doravante Regulamento), já no dia 25 do ano de 2018, tem suscitado alguma apreensão por parte das empresas e também muitas incógnitas ao nível do próprio desenho desta legislação da União Europeia¹.

Em traços gerais, o Regulamento tem como intuito nivelar a proteção de dados pessoais na União Europeia. O nível de *proteção jusfundamental* do direito à autodeterminação informativa, que já existia ao abrigo da anterior legislação da União Europeia, foi densificado e intensificado². A título de exemplo, podemos destacar a obrigatoriedade de obtenção de um consentimento explícito do

¹ Regulamento 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.

² Referimo-nos à 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, publicada no Jornal Oficial nº L 281 de 23/11/1995 p. 0031 - 0050. Para uma análise da evolução da Diretiva 95/46/CE para o Regulamento, cfr. FILIPA CALVÃO, “O modelo de supervisão de

titular, o direito à portabilidade dos dados de um prestador de serviços para outro, a maior facilidade de acesso aos dados pessoais por parte do titular dos mesmos, a proteção acrescida de dados pessoais de crianças, e os direitos de retificação, apagamento e a ser esquecido (Capítulo III do Regulamento).

Como facilmente se aceitará, a revolução da era digital e da Internet teve aspetos positivos e aspetos negativos. De positivo, podemos destacar a democratização e a descentralização da comunicação e da cultura, abrindo novas oportunidades de expressão e de partilha de conteúdos³. De negativo, salienta-se a tentação de abuso da liberdade de expressão, a manipulação de conteúdos e a violação da reserva da vida privada e da autodeterminação informativa.

Será a era digital de partilha infinita de informação compatível com a reserva da vida privada das pessoas? Como traçar uma fronteira entre o “otimismo da liberdade de expressão” e o “lado negro da liberdade da Internet”, que parece alimentar o discurso do ódio e da discriminação⁴. Por vezes, poderemos até estar perante informação que não é necessariamente falsa ou difamatória e cuja partilha obteve até o consenso inicial do seu titular.

Visando impedir um direito de acesso irrestrito a toda e qualquer informação disponível, concetualizou-se um direito denominado “direito ao esquecimento”⁵. Como indagaremos mais à frente, será que este direito ao esquecimento abarca um direito fundamental à justiça, exatidão e autoidentificação com a nossa *persona digital*?⁶

Nesta sede, cabe perguntar: o direito ao esquecimento será um genuíno direito subjetivo fundamental? Ou deveremos antes apelidá-lo de “valor ético/social” (BLANCHETE/JOHNSON), “interesse legítimo” (MAYER-SCHÖNBERGER) ou “objetivo político” (ROUVROY)?⁷ A verdade é que nem toda a doutrina entende que a linguagem dos direitos é a mais adequada para concetualizar esta figura.

tratamentos de dados pessoais na União Europeia: da atual Diretiva ao futuro Regulamento”, *Forum de Proteção de Dados*, 1, 2015, pp. 34-46.

³ JOAN BARATA MIR e MARCO BASSINI, “Freedom of expression in the internet: main trends of the case law of the European Court of Human Rights”, *The Internet and Constitutional Law – The protection of fundamental rights and constitutional adjudication in Europe* (ed. Oreste Pollicino e Graziella Romeo), Routledge, 2016, pp. 71-93, p. 81.

⁴ ANDRÁS SAJÓ e CLARE RYAN, “Judicial reasoning and new technologies: framing, newness, fundamental rights and the internet”, *The Internet and Constitutional Law*, cit., pp. 3-25, p. 4.

⁵ INGO WOLFGANG SARLET, “Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à Internet”, *Revista Consultor Jurídico*, 2015, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>.

⁶ FILIPPO FONTANELLI, “The European Court of Justice of the European Union and the illusion of balancing in internet-related disputes”, *The Internet and Constitutional Law*, cit., pp. 94-117, p. 106.

⁷ Para uma resenha, cfr. IOANNIS IGLEZAKIS, *The Right to Be Forgotten in the Google Spain Case (case C-131/12): A Clear Victory for Data Protection or an Obstacle for the Internet?*, p. 3, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2472323.

Deverão as pessoas beneficiar de um direito a se reinventarem, a terem uma segunda oportunidade? Procuraremos responder a estas e a outras questões na reflexão que se seguirá.

II – Sociedade de Risco e direito à autodeterminação informativa

Não é necessário retroceder muito no tempo para atestar uma gritante diferença entre o mundo de há umas décadas e o mundo de hoje. Há vinte anos atrás, se quiséssemos obter alguma informação, não nos limitávamos a clicar a expressão que pretendíamos procurar num motor de pesquisa. Era necessária uma deslocação física às bibliotecas, aos arquivos, para consultar jornais, revistas e solicitar informações várias. A identidade de cada pessoa estava, em larga medida, salvaguardada e não era acessível à distância de um clique.

De um mundo algo resguardado e tímido, fomos emersos no rodopio da sociedade de informação, que convive com a exposição intemporal de dados pessoais. Este fenómeno é por demais visível em várias manifestações: globalização das transmissões de dados, comércio eletrónico, *cloud computing*, videovigilância eletrónica, chips subcutâneos, sistema de redes informáticas Schengen, redes sociais, dificuldade de controlo da cópia ou republicação de informações pessoais, entre outras. Por mais discretamente que queiramos viver, a sociedade de informação poderá cruzar alguns dados pessoais e criar um perfil de persona digital que não seja fidedigno e com o qual não nos sintamos minimamente identificados.

O mundo e o espaço digital surgem então como um armazenamento contínuo e inesgotável de dados, que VIKTOR MAYER-SCHÖNBERGER apelidou de “*perfect remembering*”⁸. Esta nova forma de voyeurismo e de memória perene não se adequa à nossa condição humana. Com efeito, a Neurologia ensina-nos que a principal função do nosso cérebro é esquecer tudo aquilo que é supérfluo e filtrar conteúdos que nos prejudicam emocionalmente⁹.

Não há dúvidas que a hodierna “sociedade de risco” – ameaçada por uma miríade de riscos, desde o risco tecnológico, genético, ambiental, até ao risco da segurança dos indivíduos – é uma sociedade mais incerta, menos estável, em que se torna extremamente difícil assegurar o bem-estar gerações presentes e futuras¹⁰. O acesso aos dados pessoais revela-se crucial para as autoridades

⁸ *Delete: The virtue of forgetting in the digital age*, Princeton University Press, 2009.

⁹ CATARINA SANTOS BOTELHO, *E-esquecimento: os europeus são de Vénus e os americanos de Marte?*, Observador, 28.05.2017: <http://observador.pt/opiniao/e-esquecimento-os-europeus-sao-de-venus-e-os-americanos-de-marte/>.

¹⁰ CATARINA SANTOS BOTELHO, “A tutela constitucional das gerações futuras: profilaxia jurídica ou saudades do futuro?”, *Justiça Entre Gerações: Perspetivas Interdisciplinares* (coord. Jorge Pereira da Silva e Gonçalo Almeida Ribeiro), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, pp. 187-220, p. 188, JOÃO CARLOS LOUREIRO,

públicas, no combate ao terrorismo e à criminalidade organizada. Por outro lado, os dados pessoais são ativos muito valorizados pelas empresas, que, a título de exemplo, conseguem assim “oferecer” conteúdos selecionados em função das nossas preferências.

O interesse público e privado nos dados pessoais justificou a necessidade de legislar, criando autoridades administrativas independentes para controlar possíveis abusos¹¹. Em Portugal, esta tarefa é assegurada pela Comissão Nacional de Proteção de Dados¹².

Todo este ambiente de hipervigilância convida à seguinte questão: quem controla quem nos controla (*who watches the watchers*)?¹³ Saber quem controla o(s) controlador(res) é uma questão de certa forma redonda e impossível de satisfazer, pois, num argumento circular, estaremos sempre à espera que o controlador seja objeto de algum controlo.

III – O acolhimento normativo da proteção de dados

1. A positivação da proteção de dados na Constituição portuguesa e no Direito da União Europeia

No que respeita à consagração da proteção de dados num *plano nacional*, têm-se verificado duas tendências legislativas nos Estados europeus: (i) consagrar expressamente o direito à proteção de dados pessoais, tal como fez Portugal, Suécia, Eslovénia, Hungria ou Polónia; (ii) inferir esse direito de um direito-mãe, v.g. o direito à autonomia privada, ao livre desenvolvimento da personalidade ou a dignidade da pessoa humana. Este é o exemplo da Itália e da Alemanha.

O direito à autodeterminação informativa, consagrado no artigo 35.º da Constituição portuguesa, visa impedir a instrumentalização da pessoa a mero *objeto*

“Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência: algumas questões juspublicísticas”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, pp. 797-891, JOHANNES CASPAR, “Generationen-Gerechtigkeit und moderner Rechtsstaat – Eine Analyse rechtlicher Beziehungen innerhalb der Zeit”, *Zukunftsverantwortung und Generationensolidarität*, Königshausen & Neumann, Würzburg, 2001, pp. 73-106, p.103, PAOLA MAZZINA, “Quali strumenti per tutelare le generazioni future?”, *Un diritto per il futuro – Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Ed. Jovene, Nápoles, 2008, pp. 361-375, e ULRICH BECK, “Vivere nella società del rischio globale”, *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 1, 2007, pp. 1-17, p. 26.

¹¹ ALEXANDRE DE SOUSA PINHEIRO, *Privacy e protecção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional*, AAFDL Editora, Lisboa, 2015, p. 733.

¹² Para mais informações sobre esta autoridade administrativa independente, consultar a página eletrónica da Comissão, em: <https://www.cnpd.pt/>.

¹³ DAVID BRIN, *The transparent society: Will technology force us to choose between privacy and freedom?*, Basic Books, 1999.

de informações¹⁴. O n.º 1 do artigo 35.º procura obstar a intromissões abusivas na esfera privada das pessoas mediante a recolha e tratamento de dados pessoais informatizados. No fundo, pretende evitar-se que vivamos “num mundo com paredes de vidro”¹⁵.

O n.º 2 e a parte final do n.º 4 do artigo 35.º autorizam o legislador a restringir este direito, concedendo excecionalmente acesso de terceiros e interconexão de dados. Obviamente, qualquer intervenção restrigente deverá respeitar os seis requisitos cumulativos exigidos pelos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º, a saber: necessidade de autorização expressa da Constituição para restringir; princípio da proporcionalidade, que se desdobra nos subprincípios da necessidade, adequação e justiça na repartição dos custos (neste domínio, poder-se-á invocar a necessidade de defesa de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos, tais como a integridade do Estado, o combate à criminalidade e ao terrorismo), reserva de lei formal, reserva de lei material, proibição de retroatividade e respeito pelo conteúdo essencial do direito¹⁶.

Já o n.º 3 do artigo 35.º consagra um elenco de “dados sensíveis”, isto é, de dados que, em virtude da sua proximidade com a dignidade da pessoa humana, não poderão ser objeto de tratamento¹⁷. São eles as “convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica”. O que é pertinente indagar é se existirão igualmente outros dados sensíveis que merecem ser salvaguardados, tais como informações sobre a vida sexual, condenações penais, suspeita de atividades ilícitas, dados relativos ao estado de saúde. Seja como for, ALEXANDRE DE SOUSA PINHEIRO ressalva a este propósito que a classificação de certos dados como sensíveis “pode ser ilusória”, porquanto um conjunto de dados não sensíveis, se “devidamente organizado e tratado”, pode até “conduzir a resultados mais intrusivos do que os primeiros”¹⁸.

No plano da União Europeia, a *Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho*, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, revelou-se obsoleta

¹⁴ J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 551, e PAULO MOTA PINTO, “A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 527-558.

¹⁵ CATARINA SARMENTO e CASTRO, *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 27.

¹⁶ Sobre os seis requisitos das leis restritivas, cfr. MANUEL AFONSO VAZ, CATARINA SANTOS BOTELHO, RAQUEL CARVALHO, INÊS FOLHADELA e ANA TERESA RIBEIRO, *Direito Constitucional – O sistema constitucional português*, Universidade Católica Editora, Porto, 2015, pp. 244-249.

¹⁷ MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA, “Anotação ao artigo 35.º”, in Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 779-801, pp. 796-798.

¹⁸ *Privacy e protecção de dados pessoais...*, cit., p. 648.

e insuficiente para acompanhar a evolução tecnológica, que potenciara novas e refinadas formas de partilha de dados pessoais¹⁹. Concomitantemente, verificou-se uma significativa diferença na forma como os vários Estados-membros acomodaram a Diretiva nas suas ordens jurídicas, tendo uns optado por uma transposição mais rigorosa e outros por uma transposição mais cosmética.

O Regulamento Geral de Proteção de Dados, diretamente aplicável nas ordens jurídicas nacionais, almeja nivelar a proteção dos dados na União Europeia e obrigou os Estados-membros a significativos esforços de adaptação das suas legislações internas e das suas instituições. Como atrás mencionámos, o Regulamento trouxe um expressivo reforço de proteção jusfundamental, ao introduzir novos direitos e densificar outros direitos já existentes.

Em termos muitos perfunctórios, podemos verificar que o Regulamento é de leitura difícil e bastante técnica. Por outro lado, o Regulamento deixa uma ampla margem de apreciação aos Estados-membros, em especial relativamente à harmonização entre a livre circulação de informação e a autodeterminação informativa (*vide* o n.º 4 do artigo 9.º e o artigo 88.º).

2. A relação entre a Constituição, o Direito Internacional Regional e o Direito da União: verticalidade ou horizontalidade?

O movimento constitucional, iniciado em finais do século XVIII, marcou um passo decisivo na consolidação da Constituição, em especial nas funções de conformação (unidade jurídica) e de integração (unidade política)²⁰. Uma vez erigido o edifício constitucional com raízes arraigadas na força normativa da constituição, ao longo do século XX, eis que surge “uma *tempestade constitucional*, com os ventos fortes da globalização e dos processos de integração supranacional, que ameaçam o edifício constitucional contemporâneo”²¹. Uma tal “crise das funções históricas da Constituição” é por demais visível na existência de “espaços constitucionais” para além do Estado²². O espaço constitucional deixou de ser

¹⁹ De 24 de Outubro de 1995.

²⁰ MANUEL AFONSO VAZ, *Teoria da Constituição – O que é a Constituição, hoje?*, Universidade Católica Editora, Porto, 2.ª ed., 2015, pp. 45-47, e ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, “O conceito ocidental de Constituição”, *RLJ*, 199 (3743 e 3744), 1986, pp. 36-39, e pp. 69-73, pp. 70-71.

²¹ CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise – Ou Revisitar as Normas Programáticas*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 80.

²² FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, “El final de una época dorada. Una reflexión sobre la crisis económica y el declive del Derecho Constitucional nacional”, *Estudios em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. II, Coimbra Editora, 2012, pp. 99-121, p. 105.

impermeável e hostil a outras fontes jurídicas, passando a integrar espaços de “interconstitucionalidade”²³.

Ao invés, o Direito Constitucional nacional deixa de ser perspetivado apenas como o texto, a cultura e a realidade constitucionais de um determinado Estado, mas alarga-se ao ideário constitucional europeu e internacional, vertido em vários tratados e acordos internacionais. Com este ensejo, podemos então destacar: (i) as constituições nacionais e a legislação ordinária que proteja direitos fundamentais; (ii) num plano internacional geral, os múltiplos tratados e convenções sobre direitos humanos (Declaração Universal sobre os Direitos do Homem, A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, entre tantos outros); (iii) num plano internacional regional, a normação do Conselho da Europa (Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Carta Social Europeia e o Código Europeu da Segurança Social); (iv) por fim, no contexto dos Estados-Membros da União Europeia, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE)²⁴.

Não nos esqueçamos que a CDFUE reúne uma listagem de direitos e liberdades que resultavam já plasmados em vários tratados e convenções internacionais e nas tradições constitucionais dos Estados parte²⁵. Como bem observou VITAL MOREIRA, “não existe nenhum «apartheid» constitucional” entre o constitucio-

²³ FRANCISCO LUCAS PIRES, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, Almedina, 1997, p. 18, e PAULO CASTRO RANGEL, “Tranconstitucionalismo versus interconstitucionalidade – Uma leitura crítica do pensamento «transconstitucional» de Marcelo Neves”, *Tribunal Constitucional – 35.º Aniversário da Constituição de 1976*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 151-174, p. 157.

²⁴ Cfr. CATARINA SANTOS BOTELHO, “O Tribunal de Estrasburgo, o Tribunal de Justiça da União Europeia e os Tribunais Constitucionais nacionais: perigo de um ‘Triângulo das Bermudas’? – A Complexa Interação Multinível Entre as Instâncias Jurisdicionais de Protecção dos Direitos Fundamentais”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Alberto Xavier*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 395-424, p. 397, e SOFIA OLIVEIRA PAIS, “O Tratado de Lisboa e a renovação das instituições da União Europeia”, *Cadernos O Direito*, 5, 2010, pp. 319-350.

²⁵ ANDRE-THOBAS HUPKA, *Der Konventsentwurf für einen Vertrag über eine Verfassung für Europa – Eine britische Sicht*, Schriften zum Europäischen Recht, 127, Duncker & Humblot, 2010, p. 23, CATARINA SANTOS BOTELHO, “A recepção da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia na ordem jurídico-constitucional portuguesa: uma dinâmica *pro unione* ou *pro constitutione*?”, *Liber Amicorum em homenagem ao Professor Doutor João Mota de Campos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 315-359, pp. 321-326, CHRISTIAN TOMUSCHAT, “Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 36, 1978, pp. 7-64, p. 50, GIOVANNI BIAGGINI, “Die Idee der Verfassung – Neuausrichtung im Zeitalter der Globalisierung?”, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 119, 2000, pp. 445-476, p. 454, nt. 25, PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, “Um ‘Supremo Tribunal’ para a União? Reflexões sobre o lugar do TJCE na arquitectura judiciária europeia”, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, vol. III, *cit.*, pp. 99-156, pp. 147-150, PETER HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 7.^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2011, p. 209, e THOMAS COTTIER e MAYA HERTIG, “The Prospects of 21st Century Constitutionalism”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Koninklijke Brill N. V., 2003, pp. 261-328, pp. 269-270, e ULRICH HALTERN, “Internationales Verfassungsrechts?”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 128, 2003, pp. 511-557.

nalismo europeu e as constituições europeias”, justamente porque a CDFUE “não passa, em grande parte, de um precipitado das declarações de direitos constitucionais nacionais”²⁶. Por isso, nas palavras de FRANCISCO LUCAS PIRES, importa atender ao processo de “ininterrupta osmose” entre a Constituição comunitária e nacional²⁷.

A europeização e internacionalização do Direito Constitucional tiveram como principal consequência que a proteção dos direitos fundamentais deixasse de ser responsabilidade exclusiva das constituições nacionais²⁸. Com efeito, neste momento e no contexto europeu, existem múltiplos níveis de proteção jusfundamental, não obstante terem diferentes níveis de intensidade, em especial tendo em conta que nem todos possuem efetivos mecanismos de tutela. Fala-se então em “porosidade”, em “migração” das ideias constitucionais entre os Estados, incentivando o diálogo interjurisdicional²⁹.

Nas últimas décadas, a doutrina juspublicista tem procurado encontrar soluções para minimizar os conflitos de aplicação multinível dos direitos fundamentais³⁰. Os conflitos podem surgir quer relativamente à determinação do *ordenamento jurídico aplicável* – direito nacional (ordinário, constitucional), europeu

²⁶ “Constitucionalismo supranacional: a União Europeia depois do Tratado de Lisboa”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. II, *cit.*, pp. 503-539, p. 536.

²⁷ “A experiência comunitária do sistema de governo da Constituição Portuguesa”, *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pp. 831-850, p. 840.

²⁸ PETER HÄBERLE, *Verfassungsvergleichung in europa-und weltbürgerlicher Absicht – Späte Schriften*, Duncker & Humblot, Berlim, 2009, p. 41, e RUI MEDEIROS, *A Constituição Portuguesa num contexto global*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp. 360-365.

²⁹ ANA MARIA GUERRA MARTINS, “Tribunais Constitucionais, Tribunais Europeus e Direitos Fundamentais – Do monólogo cauteloso ao diálogo construtivo”, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 599-635, NEIL WALKER, “The migration of constitutional ideas and the migration of the constitutional idea: the case of the EU”, *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 316-343, p. 317, NELE MATZ-LÜCK, “Europäische Rechtsakte und nationaler Grundrechtsschutz”, *Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem – Konkurrenzen und Interferenzen*, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e. V., 2012, Springer, Heidelberg, pp. 161-201, pp. 188-192, RAINER GEESMANN, *Soziale Grundrechte im deutschen und französischen Verfassungsrecht und der Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu den Wirkdimensionen sozialer Grundrechte*, Europäische Hochschulschriften, vol. 4207, Peter Lang – Europäischer Verlag der Wissenschaften, 2005, pp. 118-120, p. 273, e YVES MADIOT, *Droits de l’homme*, 2.^a ed., Masson, Paris, 1991, p. 97.

³⁰ JAN BERGMANN, “Das Bundesverfassungsgericht in Europa”, *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2004, pp. 620-627, p. 624, JÖRG LUTHER, “Jueces europeos y jueces nacionales: la Constitución del diálogo”, *Revista de derecho constitucional europeo*, 3, 2005, pp. 159-181, p. 163, LECH GARLICKI, “Cooperation of courts: The role of supranational jurisdictions in Europe”, *International Journal of Constitutional Law*, 6, 2008, pp. 509-530, p. 512, MATTHIAS REIMANN, “The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century”, *American Journal of Comparative Law*, 50 (4), 2002, pp. 671-700, NELE MATZ-LÜCK, “Die Umsetzung von Richtlinien und nationaler Grundrechtsschutz”, *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 38 (8-9), 2011, pp. 207-211, p. 211, OLIVIER DORD, “Systèmes juridiques nationaux et cours européennes: de l’affrontement à la complémentarité?”, *Revue Française d’Études Constitutionnelles et Politiques*, 96, 2001,

ou internacional – e à respetiva hierarquia, quer no que respeita à *interpretação jurisprudencial* do direito aplicável: saber a importância do Direito Comparado e da citação de fontes nacionais, europeias e internacionais pelas jurisdições que aplicam a norma.

Quais serão as possibilidades de resolução cooperante de conflitos de sobreposição? Numa tentativa de resposta, HEIKO SAUER identificou vários tipos de interferência: “coexistências”, “convergências” e “colisões”³¹. Para o Autor, a verdadeira concorrência entre ordenamentos jurídicos ocorrerá quando se estiver perante genuínas *colisões*, que suporiam impossibilitam a tal confluência entre ordens jurídicas, devido ao tratamento díspar que apresentam para os direitos em causa.

Numa hipótese de *coexistência* entre disposições nacionais e internacionais (por exemplo, da legislação nacional com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem), o Tribunal de Estrasburgo tem aplicado a conhecida doutrina da margem nacional de apreciação, que, no fundo, acaba por remeter a decisão sobre uma determinada matéria – na qual não existe um consenso europeu – ao Estado-Parte do Conselho da Europa³².

Se estivermos perante uma situação de *convergência* entre ordens jurídicas conflitantes, tais como entre o Direito da União Europeia e o Direito nacional, os segmentos de proteção não coincidentes poderão ser aproximados através do mecanismo do reenvio prejudicial plasmado no artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

No contexto português, a relação entre a *Constituição e o Direito Internacional* resulta explicitada nos n.ºs 1 e 2 do artigo 8.º do texto constitucional. Nestes termos, a generalidade das normas de Direito Internacional (geral e regional) terão uma posição na hierarquia das fontes de Direito abaixo da Constituição³³. Estão, portanto, num patamar infraconstitucional. Não obstante, há tratados e normas de Direito Internacional que, até um certo ponto, têm uma posição hierárquica

pp. 5-18, p. 6, e RENATE JAEGER, “Menschenrechtsschutz im Herzen Europas”, *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2005, pp. 193-204.

³¹ “Bausteine eines Grundrechtskollisionsrechts für das europäische Mehrebenensystem”, *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 38, 2011, pp. 195-199, p. 195.

³² Desenvolvidamente, CATARINA SANTOS BOTELHO, “*Quo vadis* ‘doutrina da margem nacional de apreciação’? O amparo internacional dos direitos do homem face à universalização da justiça constitucional”, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, vol. I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, pp. 331-372, EVA BREMS, “The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 56, 1996, pp. 230-314, e JAN KRATOCHVÍL, “The inflation of the margin of appreciation by the European Court of Human Rights”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 29 (3), 2011, pp. 324-357.

³³ FILIPA URBANO CALVÃO, MANUEL FONTAINE CAMPOS e CATARINA SANTOS BOTELHO, *Introdução ao Direito Público*, 4.ª ed., Almedina, 2017, pp. 127-131.

superior à da Constituição, que será o caso dos tratados constitutivos da União Europeia (se aderirmos à visão do constitucionalismo europeu como integrando uma “constituição” material, não escrita), as normas imperativas de Direito Internacional (normas de *ius cogens*), e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, para a qual a nossa Constituição remete expressamente no n.º 2 do artigo 16.º.

Relativamente à relação entre a *Constituição e o Direito da União Europeia*, o n.º 4 do artigo 8.º não conseguiu ser verdadeiramente esclarecedor, como se terá desejado na Revisão Constitucional de 2004. Com efeito, no n.º 4 do artigo 8.º, a Constituição portuguesa acolheu o *princípio do primado* das normas da União Europeia *sobre todas as normas nacionais* – ordinárias ou constitucionais – contrárias, desde que respeitados os “princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático”³⁴. É na dicotomia entre o início e o final do n.º 4 do artigo 8.º que surgem algumas perplexidades doutrinárias. Poderá parecer, com esta redação, que o legislador tira com uma mão o que havia dado com a outra.

Sem prejuízo de melhor interpretação e como já tivemos oportunidade de escrever, *não advogamos uma absolutização* do princípio do primado da União Europeia, nem a sua perspetivação de forma unilateral e redutora³⁵. A este propósito, importa esclarecer que: (i) a Constituição portuguesa veicula uma tentativa de harmonização do primado com a proteção da identidade nacional, porquanto resultam salvaguardados (isto é, excecionados do princípio do primado) os “princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático”; (ii) se, em algumas situações o Tribunal de Justiça da União Europeia afirmou veementemente

³⁴ Para uma análise da jurisprudência do TJUE sobre o primado, em especial, os casos *Internationale Handelsgesellschaft*, n.º 11/70, de 17.12.1970, par. 3, e caso *Winner Wetten*, C-409/06, de 08.09.2010, par. 61, cfr., de entre uma bibliografia muito extensa, DENIS ALLAND, “À la recherche de la primauté du Droit communautaire”, *Droits*, 45, 2007, PUF, Paris, pp. 109-125, MARIA LUÍSA DUARTE, “O Tratado de Lisboa e o teste da «identidade constitucional» dos Estados-membros – Uma leitura prospectiva da decisão do Tribunal Constitucional alemão de 30 de junho de 2009”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 687-706, pp. 687-697, MATTIAS KUMM, “Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe? Three Conceptions of the Relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice”, *Common Market Law Review*, 36, 1999, pp. 351-386, e PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, “O caso *Kadi* e a fórmula «Solange»: das relações entre o Direito da União Europeia e a ordem jurídica internacional em matéria de direitos fundamentais”, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. V, cit., pp. 407-432.

³⁵ Cfr. a ampla listagem bibliográfica citada em CATARINA SANTOS BOTELHO, “A recepção da Carta...”, cit., p. 340. Para uma excelente análise da relação entre os tribunais constitucionais e o Tribunal de Justiça da União Europeia, cfr. MATEJ ACCETTO, “Constitutional Courts and EU Law”, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, cit., pp. 767-800, PAOLO MENGOZZI, “A european partnership of courts. Judicial dialogue between the EU Court of Justice and national constitutional courts”, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, cit., pp. 827-845, e RUI MEDEIROS, *A Constituição Portuguesa num contexto global*, cit., pp. 374-412.

o primado³⁶, noutros arestos³⁷ soube também demonstrar alguma *plasticidade* no entendimento do primado, optando por atribuir prioridade aplicativa à norma nacional, na hipótese de esta garantir um nível mais elevado de proteção³⁸; (iii) a linguagem estática do primado e da verticalidade tem sido substituída por uma lógica de cooperação *assente na horizontalidade* – sugeriram-se, com este desiderato, os interessantes conceitos de “cooperação multinível”, “modelo de articulação” e de “aprendizagem mútua”³⁹.

Bastante elucidativa deste ambiente favorável ao diálogo e avesso a um medir forças acerca de qual seria o ordenamento jurídico no topo da hierarquia (logo, o mais importante!), foi a expressão metafórica “direito *contrapontual*”, batizada por MIGUEL POIARES MADURO, aludindo ao contraponto como método musical de harmonizar melodias diversas – Direito da União Europeia e Direito nacional – que não se encontram numa relação hierárquica entre si⁴⁰.

³⁶ Cfr., *v.g.*, o caso C-144/04, *Mangold* (2005), o caso C-399/09, *Landtová* (2009), e o caso C-173/09, *Elchinov* (2010).

³⁷ Cfr., a título de exemplo, o caso C-27/00 e C-122/00, *Omega* (2002), o caso C-112/00, *Schmidberger* (2003), o caso C-402/05P e C-415/05P, *Kadi and Al Barakaat* (2008), ou o caso C-62/14, *Gauweiler* (2015).

³⁸ CATARINA SANTOS BOTELHO, “A recepção da Carta...”, *cit.*, p. 340, e HUGUES DUMONT, “La traduction, ciment du «Pacte Constitutionnel Européen» – Une relecture du débat sur la primauté du droit européen par rapport aux Constitutions nationales (avec une postface sur l’arrêt Lisbonne de la Cour constitutionnelle allemande)”, *Revue Belge de Droit Constitutionnel*, 1, 2010, pp. 15-54, pp. 22-23.

³⁹ ANNE-MARIE SLAUGHTER, “A Typology of Transjudicial Communication”, *University of Richmond Law Review*, 29, 1994, pp. 99-137, pp. 124-125, CATARINA SANTOS BOTELHO, “O Tribunal de Estrasburgo...”, *cit.*, pp. 422-424, FRANK SCHIMMELFENNIG, “Competition and community: constitutional courts, rhetorical action, and the institutionalization of human rights in the European Union”, *Journal of European Public Policy*, 13, 2006, pp. 1247-1264, p. 1252, GERALD L. NEUMAN, “Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance”, *Stanford Law Review*, 55 (5), 2003, pp. 1863-1900, pp. 1863-1864, GERO ZIEGENHORN, *Der Einfluss der EMRK im Recht der EU-Grundrechtecharta – Genuin chartarechtlicher Grundrechtsschutz gemäß Art. 52 Abs. 3 GRCh*, Schriften zum Europäischen Recht, 143, Duncker & Humblot, Berlim, 2009, pp. 221-226, MIREILLE DELMAS-MARTY, *Towards a Truly Common Law: Europe as a Laboratory for Legal Pluralism*, Cambridge University Press, 2002, NEIL WALKER, “The Idea of Constitutional Pluralism”, *cit.*, p. 317, MIGUEL POIARES MADURO, “The Double Life of the Charter of Fundamental Rights”, *Economic and Social Rights Under the EU Charter of Fundamental Rights*, Hart Publishing, 2003, pp. 269-299, p. 296, PAULO CASTRO RANGEL, *O Estado do Estado – Ensaio de Política Constitucional sobre Justiça e Democracia*, Dom Quixote, Alfragide, 2009, p. 165, RUI MEDEIROS, “Interconstitucionalismo defensivo...”, *cit.*, p. 657, RUI MOURA RAMOS, “O Tribunal Constitucional português e as normas de outros ordenamentos jurídicos”, *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 781-826, pp. 812-813, e VICKI C. JACKSON, “Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement”, *Harvard Law Review*, 119, 2005, pp. 109-128.

⁴⁰ *A Constituição Plural – Constitucionalismo e União Europeia*, Principia Editora, Cascais, 2006, pp. 50-51. Aderindo a esta posição, JAN KOMÁREK, “European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: In Search of Limits of «Contrapuntal Principles»”, *Common Market Law Review*, 44, 2007, pp. 30-39. Salientando o papel do TJUE como ator na harmonização europeia de direitos fundamentais, cfr. BRUN-OTTO BRYDE, “The ECJ’s fundamental rights jurisprudence – a milestone in transnational constitutionalism”, *The Past and the Future of EU Law – The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty* (ed. Miguel Poiares Maduro e Loïc Azulai), Hart Publishing, Oxford, 2010, pp. 119-129, pp. 126-128.

Salvo algumas exceções, os tribunais constitucionais nacionais têm demonstrado um significativo respeito perante os julgamentos do Tribunal de Justiça da União Europeia, cuja prestigiada jurisprudência é acatada e tida em grande consideração⁴¹. Em domínios em que a margem de apreciação dos Estados é menor, o Tribunal tem sido mais exigente na imposição do primado – veja-se, por exemplo, o caso *Melloni*⁴² ou o caso *Taricco I*⁴³. Quando existe uma maior margem de apreciação dos Estados, então o Tribunal admite raciocinar na lógica do mais elevado nível de proteção. Foi o que sucedeu com o caso *Taricco II*⁴⁴, em que o Tribunal, não seguindo a opinião do Advogado-Geral YVES BOT⁴⁵, mostrou alguma deferência perante a jurisdição constitucional italiana⁴⁶.

IV – Direito ao esquecimento

1. Um direito fundamental de nova geração *extra constitutionem* ou um direito implícito?

Responder à pergunta de saber se o direito ao esquecimento é um direito fundamental de nova geração (de quarta ou quinta geração) pressupõe uma tomada prévia de posição relativamente à questão da admissibilidade ou não admissibilidade de um entendimento geracional dos direitos fundamentais.

⁴¹ MAURO CAPPELLETTI e DAVID GOLAY, “The Judicial Branch in the Federal and Transnational Union: Its Impact on Integration”, *Integration Through Law*, 2, De Gruyter, 1986, pp. 261-351.

⁴² Processo C-399/11, de 26 de fevereiro de 2013.

⁴³ Processo C105/14, de 8 de setembro de 2015. No parágrafo 52, o Tribunal lembrou que “as disposições do artigo 325.º, n.ºs 1 e 2, TFUE têm assim o efeito de, por força do princípio do primado do direito da União, nas suas relações com o direito interno dos Estados-Membros, tornar inaplicável de pleno direito, pelo próprio facto da sua entrada em vigor, qualquer disposição contrária da legislação nacional existente”.

⁴⁴ Processo C42/17, de 5 de dezembro de 2017.

⁴⁵ Apresentadas a 17 de julho de 2017. Para uma leitura crítica, cfr. MARCO BASSINI e ORESTE POLLICINO, *Defusing the Taricco Bomb through Fostering Constitutional Tolerance: All Roads lead to Rome*, 5 de dezembro de 2017, Verfassungsblog: http://verfassungsblog.de/defusing-the-taricco-bomb-through-fostering-constitutional-tolerance-all-roads-lead-to-rome/#primary_menu_sandwich.

⁴⁶ Decidiu o Tribunal que “tendo em conta as considerações que precedem, há que responder à primeira e segunda questões que o artigo 325.º, n.ºs 1 e 2, TFUE deve ser interpretado no sentido de que, no âmbito de um processo penal por infrações relativas ao IVA, impõe ao juiz nacional que se abstenha de aplicar disposições internas do direito substantivo nacional em matéria de prescrição que obstem à aplicação de sanções penais efetivas e dissuasoras num número considerável de casos de fraude grave lesiva dos interesses financeiros da União ou que prevejam prazos de prescrição mais curtos para os casos de fraude grave lesiva dos referidos interesses do que para os casos de fraude lesiva dos interesses financeiros do Estado-Membro em causa, a menos que essa não aplicação implique uma violação do princípio da legalidade dos crimes e das penas, em razão da falta de precisão da lei aplicável ou devido à aplicação retroativa de uma legislação que impõe condições de incriminação mais severas do que as vigentes no momento em que a infração foi cometida”.

Na doutrina portuguesa, GOMES CANOTILHO e JORGE MIRANDA criticam a visão geracional, por entenderem que a categorização dos direitos fundamentais em “gerações” é artificial e incute a ideia de que a geração posterior obnubila a anterior⁴⁷. Portanto, para os Autores, esta classificação seria enganosa, pois assenta numa separação estanque entre direitos e sugere que os direitos da segunda, terceira e posteriores gerações são *inferiores* quando comparados com os direitos da primeira geração⁴⁸.

Como já escrevemos, discordamos deste entendimento. Em *defesa* de um entendimento geracional, sustentamos que “não nos parece que a designação escolhida seja infeliz, se entendermos que as designadas «gerações» de direitos fundamentais fazem parte de um processo histórico de evolução do Estado constitucional, e não têm necessariamente de ser perspectivadas como uma substituição da geração anterior pela posterior. Na verdade, as novas «gerações» de direitos fundamentais, apenas vêm enriquecer, complementar, acrescentar algo às «gerações» anteriores, ou inclusive, extrair algo que já estava implícito nelas”⁴⁹.

Por conseguinte, existe um *continuum* entre as várias gerações, a todos os níveis, pelo que se nos afigura como não problemática esta nomenclatura⁵⁰. As relações conflituantes e de permanente tensão são endógenas aos direitos fundamentais, porquanto os conflitos existem *dentro* das próprias gerações e não apenas entre

⁴⁷ Respetivamente, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., pp. 386-388, e *Escritos Vários Sobre Direitos Fundamentais*, Principia Editora, Estoril, 2006, pp. 315-326, pp. 317-318.

⁴⁸ Assim, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, “O direito ao ensino – Contributo para uma dogmática unitária dos direitos fundamentais”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, vol. III, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 395-470, pp. 399-401, ANTÔNIO A. CAÑADO TRINDADE, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica do Chile, Santiago, 2001, p. 132, CLAIRE MARZO, “Controverses doctrinales quant à la protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l’homme”, *Cahiers de Droit Européen*, 1-2, 2010, pp. 95-119, p. 103, FRÉDÉRIC SUDRE, *Droit international et européen des droits de l’homme*, PUF, Paris, 8.ª ed., 2006, p. 101, LUCIE LAMARCHE, *Perspectives occidentales du droit international des droits économiques de la personne*, Bruylant, Bruxelas, 1995, p. 35, MIRJA A. TRILSCH, *Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte im innerstaatlichen Recht*, Springer, Heidelberg, 2012, p. 8, PATRICE MEYER-BISCH, “D’une succession de générations à un système des droits humains”, *Les droits de l’homme à l’aube du XXI^{ème} siècle – Karel Vasak Liber Amicorum*, Bruylant, Bruxelas, 1999, pp. 335-354, RODRIGO GARCÍA SCHWARZ, *Derechos Sociales: Imprescindibilidad y Garantías*, Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 47-48, 55-56, SUSAN GLAZEBROOK, “Keeping it Clean and Green : The Case for Constitutional Environmental Protection Rights”, *Reconstituting the Constitution*, Springer, Heidelberg, 2011, pp. 425-458, p. p. 439.

⁴⁹ *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais – Avanços e Recuos na Dinâmica Garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e Internacional*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 22, nt. 2. Com a mesma posição, cfr. MARÍA DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS, “Exigibilidad de los derechos sociales y democracia”, *Los Derechos Sociales en el Siglo XXI*, cit., pp. 149-171, pp. 153-154, e VASCO PEREIRA DA SILVA, *A cultura a que tenho direito – Direitos Fundamentais e cultura*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 28-33.

⁵⁰ CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os direitos sociais em tempos de crise*, cit., p. 89.

elas. Em reforço, entendemos que a perspectiva geracional, se não tiver mais nenhum mérito, assume uma relevante função *propedêutica* e de simplificação.

O Direito primário da União Europeia tutela a proteção de dados, em especial o n.º 1 do artigo 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e o n.º 1 do artigo 16.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Contrariamente ao que poderia parecer, o direito ao esquecimento não é uma novidade do Regulamento ou um direito criado *ex novum*, pois este já se podia implicitamente retirar de uma leitura conjunta dos artigos 6.º (1) e 12.º (1) da Diretiva 95/46/EC.

Em termos constitucionais, o direito ao esquecimento não resulta diretamente protegido na Constituição portuguesa⁵¹. Na ausência de uma disposição constitucional expressa, são duas as mais plausíveis opções de configuração normativa que se oferecem: (i) *direito fundamental ex novo*, fora do catálogo; (ii) *direito fundamental implícito ou inferido* de outros direitos e princípios constitucionais.

Na primeira hipótese de configuração, tendo em conta que o catálogo de direitos fundamentais não é exaustivo e não inviabiliza a existência de direitos fundamentais *extra constitutionem*, tais direitos poderão resultar consagrados em legislação ordinária ou internacional. É o artigo 16.º da Constituição que veicula o princípio da “cláusula aberta de direitos fundamentais” ou da “não tipicidade” ou da “não identificação”⁵².

A nossa Constituição acolhe, portanto, “uma dimensão transnacional dos direitos fundamentais”⁵³. Significa isto que tanto os direitos *intraconstitucionais* (direitos fundamentais formalmente constitucionais fora do catálogo dos artigos 24.º a 79.º), como os direitos *extraconstitucionais* (consagrados na legislação ordinária, ou inclusivamente na legislação internacional ou comunitária), que possuam um carácter materialmente jusfundamental, serão, em regra, considerados direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, nos termos do artigo 17.º da Constituição⁵⁴.

No Brasil, INGO WOLFGANG SARLET escreveu que o “chamado ‘direito ao esquecimento’ tem assumido lugar de destaque no debate atual e na constelação dos assim chamados ‘novos Direitos’, especialmente no contexto da igualmente assim chamada Sociedade da Informação. Não obstante “certos rótulos que ‘pegam’ e

⁵¹ Entendendo que “a atual indefinição regulatória do ciberespaço não legitima estados de exceção constitucional, não previstos, ou um «*Direito Constitucional do Inimigo*»”, RAQUEL A. BRÍZIDA CASTRO, “Constituição e ciberespaço: argumentos para um «direito constitucional do inimigo»?”, *Cyberlaw*, 1, 2016, pp. 3-42.

⁵² JORGE MIRANDA, “Anotação ao artigo 16.º”, in Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, *cit.*, pp. 289-301, e J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, pp. 364-369.

⁵³ RUI MEDEIROS, “A Carta dos Direitos Fundamentais...”, *cit.*, p. 242.

⁵⁴ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, pp. 73-93, e MANUEL AFONSO VAZ, CATARINA SANTOS BOTELHO, RAQUEL CARVALHO, INÊS FOLHADELA e ANA TERESA RIBEIRO, *op. cit.*, pp. 212-215.

se transformam num modismo ou mesmo se incorporam ao vocabulário de modo permanente”, o Autor salvaguarda que “o direito ao esquecimento, a despeito do rótulo atual, não é propriamente uma novidade e muito menos pode ser qualificado como sendo tipicamente um novo direito humano e/ou fundamental”⁵⁵.

Por tais razões, concordamos com o Autor quando sustenta que o direito ao esquecimento poder-se-á configurar como um *direito fundamental implícito* ou um direito fundamental inferido⁵⁶. Trata-se de uma “proteção por efeito ricochete” (*protection par ricochet*) como designa a doutrina francesa⁵⁷. Mais concretamente, o direito fundamental ao esquecimento deriva dos direitos à autoterminação pessoal, à proteção da vida privada, à honra, imagem e nome⁵⁸. De foma mais ampla e como sucede com grande parte dos direitos fundamentais, este direito desagua do próprio princípio da dignidade da pessoa humana: é a designada função *normogenética* do princípio da dignidade da pessoa humana⁵⁹.

2. Do caso “Google Espanhola” ao caso “Google francesa”

No célebre caso “*Google Espanhola* contra Agência Espanhola de Proteção de Dados”, o Senhor Gosteja foi identificado num anúncio de leilão de imóveis penhorados por dívidas à Segurança Social⁶⁰. Ora, vários anos depois de ter saldado a dívida, sempre que o Senhor Costeja inseria o seu nome no motor de pesquisa Google.es, aparecia imediatamente a referência à penhora do seu imóvel. Uma vez que a Google.es não aceitou o seu pedido de apagamento desta informação, a questão seguiu as vias judiciais pertinentes e foi pedido um reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia (Tribunal).

Neste aresto, o Tribunal tomou posição relativamente a duas questões essenciais: (i) saber se a Google se qualificava como controlador de dados pessoais, nos termos da Diretiva 95/46; (ii) e decidir se o Senhor Costeja tinha direito ao apagamento de dados.

⁵⁵ *Op. cit.*

⁵⁶ No mesmo sentido, VIVIANE REDING, *The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age*, 2012, disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-26_en.htm.

⁵⁷ FRÉDÉRIC SUDRE, “La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l’homme : un exercice de «jurisprudence fiction»?”, *Revue Trimestrielle des Droits de L’Homme*, 54, 2003, pp. 755-779, p. 760.

⁵⁸ INGO WOLFGANG SARLET, *loc. cit.*

⁵⁹ CATARINA SANTOS BOTELHO, “A dignidade da pessoa humana – Direito subjetivo ou princípio axial?”, *Revista da Universidade Portucalense*, 21, 2017, pp. 256-282, p. 273.

⁶⁰ Caso C-131/12, de 2014.

O Tribunal começou por entender que a Google fazia tratamento de dados e não mero armazenamento. Apesar de a Google ter defendido que a sua atividade era meramente de indexação cega de todas as palavras carregadas online, ou seja, um processo automatizado sem intervenção editorial, o Tribunal considerou que ao indexar dados online, a Google desenvolveu uma atividade comercial deliberada e geradora de responsabilidade⁶¹.

Por outro lado, o Tribunal concluiu que o motor de pesquisa Google exerce um controlo no processamento de dados pessoais e, por consequência, quando confrontado com um pedido de apagamento de resultados de pesquisa (links) e, na hipótese de uma recusa, poderão as entidades reguladoras competentes ordenar a sua remoção⁶². Mais concretamente, o Tribunal admitiu a possibilidade de requerimentos a solicitarem a remoção de resultados de pesquisa na Internet, na hipótese de essa informação ser “imprecisa, inadequada ou irrelevante”.

Neste ponto, o TJUE entendeu que o tempo retira força ao argumento do interesse público na dita informação⁶³. Esta será, não obstante, uma avaliação casuística. Saber quando a informação é irrelevante dependerá essencialmente do tempo que passou desde que as referências originais foram publicitadas.

Ao tomar esta decisão, o Tribunal não ordenou a remoção da fonte original, mas tão-somente que, se alguém procurasse – sem mais – no Google o nome “Costeja”, não aparecesse imediatamente associado o “link” da penhora⁶⁴. No fundo, o Senhor Costeja não tinha um problema com a publicação inicial da notícia num jornal impresso, mas sim com a sua “pegada/identidade no Google”, que não o favorecia e recordava algo que sucedera há vários anos atrás e que tinha ficado resolvido. Com efeito, para o Senhor Costeja, a gravidade da situação estava também nessa informação ser disponibilizada logo nas *primeiras páginas* do resultado de pesquisa no Google e influenciar negativamente a perceção que o público tem da sua identidade digital⁶⁵.

Daí que FILIPPO FONTANELLI, com bastante sentido de humor, ironize que a máxima do “efeito Streisand” – que remonta ao caso em que a famosa cantora Barbra Streisand obtivera ganho de causa numa ação judicial acerca de fotografias tiradas sem o seu consentimento da sua mansão em Malibu, e que acabaram por ser divulgadas e publicitadas em todo o mundo – deveria ser rebatizada por “efeito Costeja”⁶⁶. De forma algo perversa, todo este processo judicial acabou por atrair atenção para a informação que se pretendia “escondida”. Quem não

⁶¹ Parágrafos 32 a 34.

⁶² Parágrafo 99.

⁶³ FILIPPO FONTANELLI, *op. cit.*, p. 104.

⁶⁴ CATARINA SANTOS BOTELHO, *E-esquecimento, loc. cit.*

⁶⁵ FILIPPO FONTANELLI, *op. cit.*, p. 106.

⁶⁶ *Op. cit., loc. cit.*

queria publicidade relativamente a um determinado assunto, acabou por a ter numa dimensão inimaginável.

Ao invés do que tem defendido alguma doutrina, não nos parece que o Tribunal tenha sido *ativista* ao invocar o direito ao esquecimento e dar razão ao Senhor Costeja⁶⁷. Como escrevemos noutra obra, a expressão “ativista” é, amiúde, utilizada com uma forte conotação pejorativa e acaba por transformar-se num conceito vazio e redondo⁶⁸. Em boa verdade, o Tribunal limitou-se a aplicar a Diretiva 95/46/EC, que implicitamente veiculava o direito ao esquecimento .

O que se poderá discutir, como o fez alguma doutrina, é se o Tribunal aplicou o *teste de proporcionalidade* de forma correta, em especial no que respeita à proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, à justiça na repartição dos custos⁶⁹. ORESTE POLLICINO e GRAZIELLA ROMEO entenderam que o Tribunal protegeu excessivamente o direito ao esquecimento, em detrimento de outros direitos fundamentais, tal como a liberdade de empresa ou a liberdade de expressão (artigo 11.º da Carta), que nem foi sequer mencionada no aresto⁷⁰.

De salientar é ainda que o TJUE se afastou da Opinião do Advogado-Geral JÄÄSKINGEN ao Caso C-131/12, que considerou que a imposição de um sistema de pedidos individuais de eliminação de conteúdos viola a liberdade de expressão dos proprietários de *websites* e desemboca numa forma de censura privada⁷¹.

Mais recentemente, têm sido vários os requerimentos problemáticos que a Google tem recebido, solicitando o apagamento de informação. Destacamos alguns: o pedido de um médico relativamente aos comentários negativos dos seus pacientes; um condenado por posse de material pedófilo, que pediu a eliminação dos “links” relativos à sua condenação judicial; ou um político que solicita a eliminação de referências negativas passadas⁷².

Parece importante destacar que o Caso Google Espanha influenciou outras jurisdições, como, por exemplo, a decisão do Tribunal Supremo da Colúmbia Britânica (uma província do Canadá), caso *Equustek Solutions Inc. v. Jack*⁷³.

⁶⁷ No mesmo sentido, IOANNIS IGLEZAKIS, *op. cit.*, p. 4.

⁶⁸ CATARINA SANTOS BOTELHO, “Aspirational constitutionalism, social rights prolixity and judicial activism: trilogy or trinity?”, *Comparative Constitutional Law and Administrative Law Quarterly*, 3 (4), 2017, pp. 62-87, p. 78.

⁶⁹ FILIPPO FONTANELLI, *op. cit.*, p. 107.

⁷⁰ “Concluding remarks: internet law, protection of fundamental rights and the role of constitutional adjudication”, *The Internet and Constitutional Law, cit.*, pp. 234-250, p. 248. ORESTE POLLICINO, em “La tutela de la *privacy digital*: el diálogo entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las jurisdicciones naciones”, *Revista de Estudios Políticos*, 173, 2016, pp. 195-244, p. 210, sustentou mesmo que o TJUE fez uma interpretação “manipulativa” e “axiológicamente orientada” do Direito da União Europeia aplicável ao caso.

⁷¹ Opinião datada de 25 de junho de 2013.

⁷² IOANNIS IGLEZAKIS, *op. cit.*, p. 5.

⁷³ De 13 de junho de 2014.

Neste aresto, o Tribunal decidiu que tinha jurisdição universal sobre a Google, ordenando a remoção de links não apenas da Google canadiana (Google.ca), mas do *servidor-mãe*, apagando todos os resultados a nível mundial⁷⁴.

A propósito, neste momento, continua pendente no Tribunal de Justiça da União Europeia um reenvio prejudicial do Conselho de Estado francês acerca da legitimidade de a Autoridade de Proteção de Dados francesa impor à Google o apagamento mundial de “links” dos seus motores de pesquisa⁷⁵. O que neste caso se pretende é uma *desindexação ao nível global* e não somente ao nível da localização geográfica europeia (neste caso da Google.fr). Como seria de esperar, a decisão deste reenvio é aguardada com bastante expectativa⁷⁶.

3. O esquecimento é diferente de cada lado do Atlântico?

O princípio da proporcionalidade no constitucionalismo global

Independentemente do alcance a atribuir ao “direito ao esquecimento”, enquanto afloramento do direito à autodeterminação informativa, importa ressaltar que este *não é um direito absoluto*. É necessário equilibrar os dois extremos da balança: a liberdade de expressão e de informação *versus* o direito à reserva da vida privada e à autodeterminação informacional. Como em todos os casos de ponderação de direitos e valores, não se consegue definir abstratamente a maneira como estes direitos serão acomodados e compaginados, pelo que se exigirá sempre uma *análise casuística*, que pondere responsabilmente as circunstâncias do caso concreto⁷⁷.

A questão que tem sido colocada é a de saber se deveremos ter o controlo da nossa pegada eletrónica e como se deverá efetuar o teste da proporcionalidade⁷⁸. Nos Estados Unidos da América, alguma doutrina tem interpretado o “direito” ao esquecimento como uma forma de censura, que configura “a maior ameaça à liberdade de expressão na Internet desta década”, violando a Primeira Emenda à Constituição norte-americana e a própria ideia de democracia liberal⁷⁹. Não obstante, importa ressaltar que ultimamente, nos Estados Unidos da América,

⁷⁴ Para uma crítica, cfr. KRYSZYNA KOWALIK-BANCZYK e ORESTE POLLICINO, “Migration of European Judicial Ideas Concerning Jurisdiction Over Google on Withdrawal of Information”, *German Law Journal*, 17 (3), 2016, pp. 315-337.

⁷⁵ Processo C-507/17.

⁷⁶ CATARINA SANTOS BOTELHO, *E-esquecimento*, cit.

⁷⁷ CATARINA SANTOS BOTELHO, *E-esquecimento*, cit.

⁷⁸ ALEC STONE SWEET and JUD MATHEWS, “Proportionality balancing and global constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 47, 2008, pp. 73-165.

⁷⁹ JEFFREY ROSEN, “The right to be forgotten”, *Stanford Law Review Online*, disponível em: <https://www.stanfordlawreview.org/online/privacy-paradox-the-right-to-be-forgotten/>.

tem despontado alguma doutrina que defende uma perspectiva mais favorável à regulação, neste domínio da liberdade de expressão online⁸⁰.

Em 1997, no caso *Reno v. American Civil Liberties Union*, o Tribunal Supremo norte-americano havia já invalidado normas anti-pornografia, entendendo que “uma regulação governamental (*Communications Decency Act*) do conteúdo da expressão interferiria com a livre partilha de ideias. O interesse em encorajar a liberdade de expressão numa sociedade democrática sobrepõe-se a qualquer teórico (mas não comprovado) benefício da censura”⁸¹.

Em 2000, no *leading case* *Yahoo! Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme Et L’Antisemitisme*, a *Yahoo!*, um servidor de internet sediado nos Estados Unidos, recebeu um mandado judicial de bloqueio de um site de venda memorabilia nazi, por violar o Código Penal Francês. A *Yahoo!* invocou que o tribunal francês não tinha jurisdição neste caso e que a decisão violava a Primeira Emenda à Constituição norte-americana. Acabou, porém, por ser um tribunal de recurso norte-americano a decidir, em 2006, que a França tinha jurisdição sobre esta questão⁸².

Em contrapartida e diferentemente de um cenário de *quasi*-absolutização da Primeira Emenda, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) tem afluído a liberdade de expressão, que é veiculada pelo artigo 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, numa perspectiva não absoluta, mais ponderada e aberta a limitações⁸³.

Podemos, por conseguinte, dizer que a jurisprudência de Estrasburgo fica a *meio caminho* entre o *minimalismo* da jurisprudência norte-americana na proteção do direito à autodeterminação informativa e o *maximalismo* da jurisprudência do Tribunal do Luxemburgo. No limite, todas estas perspectivas se resumem a diferentes formulações do princípio da proporcionalidade, como decerto argumentaria DAVID M. BEATTY⁸⁴.

No caso *Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel v. Ucrânia*, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem foi confrontado com um caso de difamação contra um jornal e o seu editor, que publicara um relatório sobre corrupção policial utilizando como fonte um documento a que tinha tido acesso pela Internet⁸⁵.

⁸⁰ ANDRÁS SAJÓ e CLARE RYAN, *op. cit.*, p. 17, e MOLLY K. LAND, “The US perspective on the constitutional protection of the internet: jurisdiction, privacy and equality online”, *The Internet and Constitutional Law, cit.*, pp. 48-70, pp. 50-54.

⁸¹ 521 U.S. 844 (1997).

⁸² JOAN BARATA MIR e MARCO BASSINI, *op. cit.*, pp. 76-77.

⁸³ ERIC BARENDT, *Freedom of Speech*, Oxford University Press, 2007, p. 48, e JOAN BARATA MIR e MARCO BASSINI, *op. cit.*, p. 76.

⁸⁴ *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

⁸⁵ Caso n.º 33014/05, de 2011.

O Tribunal entendeu que o risco colocado pela partilha de informação na Internet é mais elevado do que a partilha da informação pela imprensa, pelo que as regras relativas à reprodução de versões impressas e da Internet poderão ser diferentes, justificando-se restrições legais ao jornalismo de investigação baseado na Internet.

Já no caso *KU v. Finlândia*, a factualidade dizia respeito à divulgação de dados pessoais de menores por anónimo que havia colocado um anúncio a dizer que procurava uma relação de cariz sexual⁸⁶. O Tribunal de Estrasburgo considerou que a liberdade de expressão não era um direito absoluto e que teria de ser compaginada com outros “imperativos legítimos”, tais como a prevenção da criminalidade. No entanto, sustentou que esta tarefa de conciliação de direitos e valores em colisão deveria ser levada a cabo pelos Estados-Parte do Conselho da Europa. Socorreu-se o Tribunal, como tem vindo a acontecer com frequência em situações em que não existe um alargado consenso europeu, na doutrina da margem nacional de apreciação.

Em 2013, no caso *Węgrzynowski and Smolczewski v Poland*, o TEDH decidiu que “não compete às autoridades judiciais reescrever a história, ordenando a remoção do domínio público de todos os vestígios de publicações que foram no passado encontradas (...) para responder a ataques injustificados à reputação individual”⁸⁷. Portanto, a interpretação que o Tribunal fez foi a de que prevalecerá a liberdade de expressão, sendo que as limitações a este direito se deverão interpretar de forma restritiva⁸⁸.

As diferentes mundividências entre os dois lados do Atlântico – Europa *versus* Estados Unidos da América – têm suscitado alguns comentários jocosos e levaram mesmo a ironizar que “os europeus são de Vénus e os americanos de Marte”⁸⁹. Com maior densidade e procurando justificações axiológicas para tal diferença endógena, há quem contraponha o constitucionalismo europeu – constitucionalismo de *dignidade* – ao constitucionalismo americano – constitucionalismo de *liberdade*⁹⁰. Entendemos, porém, ser algo redutor falar em “dignidade” e “liberdade” como conceitos antagónicos, porquanto nenhum existe verdadeiramente sem o outro⁹¹. Em pleno início do século XXI, entendemos que continua a ser relevante o apelo

⁸⁶ Caso n.º 2872/02, de 2008.

⁸⁷ Caso n.º 33846/07, de 16/07/2013.

⁸⁸ ORESTE POLLICINO, “La tutela de la *privacy digital*...”, *cit.*, p. 214.

⁸⁹ R. KAGAN, *Of Paradise and Power: America and Europe in the New World Order*, *apud* JO ERIC KHUSHAL MURKENS, “Comparative Constitutional Law in the Courts: Reflections on the Originalists’ Objections”, *Verfassung und Recht in Übersee*, 41 (1), 2008, pp. 32-50, p. 36.

⁹⁰ DONALD P. KOMMERS, “Comparative Constitutional Law...”, *cit.*, p. 64.

⁹¹ CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os direitos sociais em tempos de crise*, *cit.*, p. 113.

filosófico à liberdade digna e à dignidade livre⁹². Eis como, longe de existir um oceano a separar tais conceitos, estes resultam mutuamente imbricados⁹³.

V – Conclusões

Como garantir a privacidade num espaço digital “que nunca esquece”?⁹⁴ Num mundo efémero e em rodopio, justificar-se-á um armazenamento perpétuo de dados? Julgamos pertinente retirar duas conclusões. Em primeiro lugar, a proteção de dados não pode significar um reescrever da história da humanidade ou uma escolha *à la carte* daquilo que interessa a cada um posterizar. A liberdade de expressão e de informação não pode conviver com formas, mais ou menos dissimuladas de censura⁹⁵. Tal seria, por exemplo, a situação se se pretendesse uma Internet programada para se autoexpirar, ou seja, programada para tudo esquecer, passado um determinado tempo⁹⁶.

É importante que não se esqueçam duras lições históricas que nos devem encorajar a não repetir erros, nem a ser tolerantes com regimes potencialmente violadores de direitos fundamentais. Todavia, na maioria dos casos de desindexação dos motores de busca, do que se trata não é propriamente de um apagar definitivo de factos passados, mas sim de restringir o acesso a informação que já perdeu utilidade em termos sociais⁹⁷. No caso “Google Espanhola”, vimos como o Tribunal de Justiça da União Europeia levou a sério – para alguma doutrina, demasiadamente a sério – a emergência de um “direito à privacidade digital”⁹⁸.

Em segundo lugar, é de extrema relevância uma aposta na consciencialização dos titulares de dados da amplitude sem fronteiras temporais do espaço digital. Se, até certo ponto, podemos até admitir que, quem quer as vantagens do universo de informação, tenha que acarretar os inconvenientes (*ubi commoda ibi incommoda*), também é inegável que o progresso tecnológico não pode fazer tábua rasa da livre autodeterminação do ser humano e da reserva da sua vida privada⁹⁹.

⁹² RUI MEDEIROS, “Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia* (coord. Jorge Miranda), vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 657-683, em especial, pp. 659-660.

⁹³ CATARINA SANTOS BOTELHO, *E-esquecimento*, loc. cit.

⁹⁴ JEFFREY ROSEN, “Free Speech, Privacy, and the Web that Never Forgets”, *J. on Telecomm & High Tech L.*, 9, 2011, pp. 345-356.

⁹⁵ IOANNIS IGLEZAKIS, *op. cit.*, p. 4.

⁹⁶ PETER FLEISCHER, *Foggy Thinking About the Right to Oblivion*, disponível em: <http://peterfleischer.blogspot.pt/2011/03/foggy-thinking-about-right-to-oblivion.html>.

⁹⁷ CATARINA SANTOS BOTELHO, *E-esquecimento*, loc. cit.

⁹⁸ ORESTE POLLICINO e GRAZIELLA ROMEO, *op. cit.*, p. 247.

⁹⁹ CATARINA SANTOS BOTELHO, *E-esquecimento*, loc. cit.

Como satiriza ORESTE POLLICINO, adaptando um lema salesiano, a máxima não pode ser “*da mihi data, cetera tolle*” (dai-me os dados, ficai com o resto)¹⁰⁰.

O Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados foi um passo significativo no nivelamento da proteção de dados na União Europeia e na garantia de uma maior segurança jurídica aos cidadãos europeus. Como procurámos demonstrar, o grande perigo dos nossos tempos é o cruzamento de dados acumulados, que pode criar um perfil pessoal não fidedigno e potenciar uma avaliação unidimensional e exógena do ser humano meramente em função da sua pegada digital¹⁰¹.

Na nossa opinião, a legislação europeia (e as legislações nacionais) em matéria de proteção de dados, ao quererem proteger – e bem – a privacidade e autonomia informacional dos titulares de dados e impedir o *despotismo do algoritmo*, podem cercear a liberdade de expressão¹⁰². Perante a incógnita de saber se determinada informação poderá ser eliminada no futuro ao abrigo do direito ao esquecimento ou direitos similares, os motores de pesquisa podem ser tentados a adotar uma *estratégia preemptiva de autocensura*, não partilhando informação potencialmente sensível ou acedendo automaticamente a todos os pedidos de eliminação de conteúdos.

A única certeza que podemos ter quanto a esta temática é a de que a tecnologia irá avançar e refinar cada vez mais. Esta asserção é importante para que tenhamos bem claro o perene dilema de como adaptar o “velho” Direito às necessidades de “novos” e emergentes desafios digitais¹⁰³. Para emprestar uma expressão muito conhecida de ROGÉRIO EHRHARDT SOARES: “do modo como [o Direito] conheça os seus limites, *assim se salvará ou se danará*. Pode adquirir toda a força normativa de que necessita para ordenar realmente as tensões sociais, ou pode aparecer como uma imposição espúria, que se cumpre só até onde funciona a força de constrangimento” (sublinhado nosso)¹⁰⁴.

¹⁰⁰ “La tutela de la *privacy digital*...”, *loc. cit.*, p. 229.

¹⁰¹ CATARINA SANTOS BOTELHO, *E-esquecimento*, *loc. cit.*

¹⁰² ORESTE POLLICINO e GRAZIELLA ROMEO, *op. cit.*, p. 249. Veja-se, a este propósito, as discussões doutrinárias acesas, na Alemanha, a propósito da Lei de Proteção de Dados (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz*), que alguns alegam que está a fulminar a liberdade de expressão. Cfr., a propósito, o seguinte artigo de informação “*Will Germany’s new law kill free speech online?*”, disponível em: <http://www.bbc.com/news/blogs-trending-41042266>, e o recente livro *Die Fälle der Gesellschaft – Eine neue Praxis soziologischer Jurisprudenz* (org. Bertram Lomfeld), Mohr Siebeck, Tübingen, 2017.

¹⁰³ ANDRÁS SAJÓ e CLARE RYAN, *op. cit.*, p. 4.

¹⁰⁴ *Op. cit.*, p. 72.