

APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NA INTERNET?(*)

Por Dário Moura Vicente(**)

SUMÁRIO:

1. O problema. 2. Os interesses em jogo. 3. O caso *Costeja*. 4. A situação noutras jurisdições. 5. Os problemas suscitados pela diversidade de regimes nacionais. 6. O caso *Google c. CNIL*. 7. Uma extraterritorialidade mitigada. 8. Balanço.

1. O problema

O «direito ao esquecimento» é frequentemente apontado como exemplo de uma nova geração de direitos fundamentais, próprios da denominada sociedade da informação⁽¹⁾.

Consagrou-o expressamente o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), aplicável na União Europeia desde 25 de maio de 2018⁽²⁾. Dispõe, com efeito, o art. 17.º desse Regulamento, sob a epígrafe «Direito ao apagamento dos dados (“direito a ser esquecido”))», que o titular de

(*) O presente texto constitui a versão portuguesa, com atualizações, da comunicação apresentada pelo autor no XXX Congresso do Instituto Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional, realizado em Sevilha de 18 a 22 de junho de 2018.

(**) Advogado. Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

(1) Ver, por exemplo, JUAN CARLOS MARTÍNEZ-VILLALBA, «La cuarta ola de derechos humanos: los derechos digitales», *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 2014, p. 15, ss.

(2) 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 (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados), publicado no *Jornal Oficial da União Europeia*, n.º L 119, de 4 de maio de 2016, p. 1, ss.

dados pessoais tem o direito de obter do responsável pelo respetivo tratamento o seu apagamento, sem demora injustificada, designadamente, quando:

- a) Os seus dados pessoais tenham deixado de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento;
- b) O titular tiver retirado o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados;
- c) O titular se opuser ao tratamento e não existirem interesses legítimos prevalecentes que justifiquem o tratamento; ou
- d) Os dados pessoais tiverem sido tratados ilicitamente⁽³⁾.

Na realidade, este direito é bem anterior ao advento da sociedade da informação: o Tribunal Constitucional Federal alemão já o havia consagrado no caso *Lehbach*, em 1973, a respeito da radiodifusão de um programa televisivo que evocava a condenação criminal de certa pessoa, a qual foi proibida com fundamento no direito ao *livre desenvolvimento da personalidade* consagrado no art. 2.º (1) da Lei Fundamental alemã⁽⁴⁾.

O surgimento da Internet, do comércio eletrónico e das redes sociais, e a divulgação universal e instantânea de dados pessoais dos respetivos utentes por elas possibilitada, conferiram no entanto muito maior projeção e acuidade ao tema.

2. Os interesses em jogo

Debatem-se nesta matéria, como é bom de ver, interesses antagónicos. Por um lado, o interesse de cada pessoa na sua *autodeterminação informativa*, i.e, em poder controlar o conhecimento por terceiros de informação relativa à sua vida privada, o qual reclama, em certas circunstâncias, o reconhecimento ao titular de dados pessoais divulgados *online* do direito de exigir o seu apagamento. Por outro, a *liberdade de expressão e o direito à informação*, que este direito inevitavelmente restringe. Finalmente, os *interesses económicos das empresas* que tenham de proceder ao

⁽³⁾ Sobre esta disposição, veja-se por último, com mais referências bibliográficas, ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Direito da Proteção de Dados: à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Coimbra, 2020, p. 274, ss.

⁽⁴⁾ *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Vol. 35, p. 202, ss.

apagamento de grandes volumes de informação disponível *online*, os quais depõem no sentido da restrição desse direito sempre que os respetivos custos se mostrem desproporcionados relativamente às finalidades através dele prosseguidos.

Dada a inequívoca importância de que estes interesses se revestem num Estado de Direito democrático assente no princípio da dignidade da pessoa humana, mas que igualmente consagre a livre iniciativa económica privada, não pode o regime jurídico do direito ao esquecimento deixar de assentar numa conciliação dos mesmos⁽⁵⁾.

3. O caso *Costeja*

O aludido conflito de interesses foi posto em evidência no caso *Costeja*, decidido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) em 2014⁽⁶⁾.

Um cidadão espanhol, Mário Costeja, apresentara na Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD), em 2010, uma reclamação contra o editor do jornal *La Vanguardia*, a Google Spain e a Google Inc. Pretendia que fosse suprimida das páginas do jornal informação publicada em 1998 relativa à venda judicial de imóveis seus para recuperação de dívidas que tinha para com a Segurança Social; e que a Google impedisse o aparecimento dos seus dados pessoais nas pesquisas feitas através dos respetivos motores de busca. Invocava, para tanto, que o processo judicial estava resolvido há vários anos e que a referência ao mesmo carecia atualmente de pertinência.

A AEPD indeferiu a pretensão quanto ao jornal, por a publicação da informação estar legalmente justificada, dado que tinha sido efetuada por ordem do Ministério do Trabalho e Assuntos Sociais; mas deferiu-a quanto à Google, que considerou sujeita à legislação europeia sobre proteção de dados e ao direito à proteção destes. A Google recorreu para a Audiência Nacional e esta reenviou o assunto para o TJUE, pedindo a interpretação da Diretiva 95/46 (que antecedeu o RGPD) à luz dos factos da causa.

⁽⁵⁾ A este respeito, vejam-se, na doutrina portuguesa, PAULO MOTA PINTO, «A proteção da vida privada e a Constituição», in *eiusdem*, *Direitos de Personalidade de Direitos Fundamentais. Estudos*, Coimbra, 2018, p. 593, ss.; e RUI ATAÍDE, «Direito ao esquecimento», *Revista de Direito Civil*, 2018, p. 280, ss.

⁽⁶⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 13 de maio de 2014, processo C-131/12, *Google Spain SL e Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*, ECLI:EU:C:2014:317.

Na sua decisão, o TJUE considerou, no essencial, que:

- a) A atividade de um motor de busca que consiste em encontrar informações publicadas ou inseridas na Internet por terceiros, indexá-las automaticamente, armazená-las temporariamente e, por último, pô-las à disposição dos internautas por determinada ordem de preferência deve ser qualificada como «tratamento de dados pessoais» para os efeitos da referida Diretiva;
- b) Para respeitar os direitos dos titulares de dados pessoais, o operador de um motor de busca é obrigado, por força da Diretiva, a suprimir da lista de resultados, exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do nome de uma pessoa, as ligações a outras páginas *web* publicadas por terceiros e que contenham informações sobre essa pessoa, mesmo quando a sua publicação nas referidas páginas seja, em si mesma, lícita;
- c) Esses direitos prevalecem, em princípio, não só sobre o interesse económico do operador do motor de busca, mas também sobre o interesse desse público em aceder à informação;
- d) Numa situação como a que estava em causa, tendo em conta o carácter sensível, para a vida privada do interessado, das informações em causa e o facto de a sua publicação inicial remontar há 16 anos, essa pessoa tinha comprovadamente direito a que essas informações deixassem de ser associadas ao seu nome através das listas de resultados obtidas no *Google Search* ao efetuar-se uma pesquisa a partir do seu nome⁽⁷⁾.

4. A situação noutras jurisdições

É bem diversa desta a situação que encontramos noutras jurisdições, *maxime* os Estados Unidos da América⁽⁸⁾.

(7) Ver, sobre o acórdão e os seus antecedentes, FELISA MARÍA CORVO LÓPEZ, «El “derecho al olvido”: de la STJCE de 13 de mayo del 2014 al Reglamento General de Protección de Datos [Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016]», *Revista de Direito Intelectual*, 2017, Vol. I, p. 175, ss.

(8) Ver HUGH J. MCCARTHY, «*All the World's a Stage: The European right to be forgotten revisited from a US Perspective*», *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2016, p. 360, ss.; DÁRIO MOURA VICENTE e SOFIA DE VASCONCELOS CASIMIRO, «A proteção de dados pessoais na Internet à luz do Direito Comparado», *Revista de Direito Intelectual*, 2018, Vol. II, p. 45, ss.

A I Emenda à Constituição americana proscreeve expressamente que o Congresso adote qualquer lei que limite a liberdade de expressão⁽⁹⁾. Não surpreende, por isso, a inexistência nos Estados Unidos de um «direito ao esquecimento»: as listagens de *links* apresentadas pela Google são, com efeito, protegidas pela liberdade de expressão, consoante tem sido reiteradamente afirmado por tribunais federais, *v.g.*, nos casos *Search King, Inc. v. Google Techology, Inc.*⁽¹⁰⁾, *Langdon v. Google*⁽¹¹⁾ e *Zhang et al. v. Baidu.com Inc.*⁽¹²⁾.

Uma proposta legislativa apresentada em 2017 ao Senado do Estado de Nova Iorque pelo Senador Tony Avella, no sentido da consagração do direito ao esquecimento⁽¹³⁾, suscitou, por isso, sérias reservas quanto à sua constitucionalidade⁽¹⁴⁾.

⁽⁹⁾ Dispõe essa Emenda: «Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances».

⁽¹⁰⁾ Sentença do United States District Court for Western Oklahoma, de 27 de maio de 2003, disponível em <<http://www.internetlibrary.com/pdf/Search-King-Google-WD-Okla.pdf>>: «[A] Page Rank is an opinion — an opinion of the significance of a particular web site as it corresponds to a search query. Other search engines express different opinions, as each search engine’s method of determining relative significance is unique [...]. A statement of relative significance, as represented by the Page Rank, is inherently subjective in nature. Accordingly the Court concludes that Google’s Page Ranks are entitled to First Amendment protection».

⁽¹¹⁾ Sentença do United States District Court for Delaware, de 20 de fevereiro de 2007, disponível em <<http://www.internetlibrary.com/pdf/langdon.pdf>>: «Google points to the relief sought by Plaintiff [which sought to compel] Google, Yahoo and Microsoft [to] place Plaintiff’s ads for his websites in prominent places on their search engine results and [have] Defendants honestly rank plaintiff’s web sites. Google argues that such relief would compel it to speak in a manner deemed appropriate by Plaintiff and would prevent Google from speaking in ways that Plaintiff dislikes. It contends such relief contravenes the First Amendment. [...] Defendants are correct in their position that the injunctive relief sought by Plaintiff contravenes Defendants’ First Amendment rights».

⁽¹²⁾ Sentença do District Court for the Southern District of New York, de 27 de março de 2014, disponível em <<http://blogs.reuters.com/alison-frankel/files/2014/03/zhangvbaidu-opinion.pdf>>: «[The plaintiffs] seek to hold Baidu liable for, and thus punish Baidu for, a conscious decision to design its search-engine algorithms to favor certain expression on core political subjects over other expression on those same political subjects. To allow such a suit to proceed would plainly violate [...] the fundamental rule of protection under the First Amendment, that a speaker has the autonomy to choose the content of his own message».

⁽¹³⁾ *An Act to Amend the Civil Rights Law and the Civil Practice Law and Rules, in Relation to Creating the Right to be Forgotten*, disponível em <<http://legislation.nysenate.gov/pdf/bills/2017/S4561>>.

⁽¹⁴⁾ Neste sentido, veja-se EUGENE VOLOKH, «N.Y. bill would require people to remove ‘inaccurate,’ ‘irrelevant,’ ‘inadequate’ or ‘excessive’ statements about others», *The Washington Post*, 15 de março de 2017: «the bill simply aims to censor what people say, under a broad, vague test based on what the government thinks the public should or shouldn’t be discussing. It is clearly unconstitutional under current First Amendment law».

O direito ao esquecimento foi entretanto acolhido no *California Consumer Privacy Act 2018*; mas em termos substancialmente mais restritos do que na legislação europeia⁽¹⁵⁾.

Desse direito já se disse, na literatura norte-americana que o seu propósito não seria senão o de «impedir, sob pena da ruína financeira, o exercício da liberdade de expressão, sempre que um ente público assim o entenda»⁽¹⁶⁾.

Uma orientação muito mais atenuada foi recentemente adotada a este respeito noutra jurisdição de *Common Law*. Referimo-nos ao caso *NT 1 & NT2 v. Google LLC*, julgado em 2018 pela *Queen's Bench Division* do *High Court* inglês⁽¹⁷⁾. Este dizia respeito a dois empresários ingleses que haviam sido condenados por ilícitos criminais e que pretendiam da Google o apagamento de certos resultados das pesquisas efetuadas através do seu motor de busca, que veiculavam o acesso a sítios da Internet dos quais constavam relatos da imprensa relativos a esses ilícitos. O tribunal desatendeu a pretensão do primeiro demandante, considerando que «a retirada (*delisting*) impediria significativamente, ainda que não o bloqueasse por completo, o acesso do público a informação relativa a um empresário indigno de confiança que representa algum risco para o público»; mas julgou procedente a do segundo, com fundamento em que «a informação relativa ao crime e à sua punição tornou-se desatualizada, é irrelevante e não existe interesse legítimo suficiente que justifique a continuação de sua disponibilidade para os utilizadores do Google Search». O tribunal rejeitou em todo o caso a imposição à Google de qualquer dever de indemnizar o segundo demandante pelos danos que este alegadamente sofrera, por entender que a demandada havia atuado com «cuidado razoável» (*reasonable care*).

(15) Haja vista ao § 1798.105 (a) dessa lei, segundo o qual: «A consumer shall have the right to request that a business delete any personal information about the consumer which the business has collected from the consumer».

(16) EUGENE VOLOKH, *est. e loc. cit.*: «There is no “right to be forgotten” in the abstract; no law can ensure that, and no law can be limited to that. Instead, the “right” this aims to protect is the power to suppress speech — the power to force people (on pain of financial ruin) to stop talking about other people, when some government body decides that they should stop». Veja-se ainda, do mesmo autor, «Freedom of Speech, Information Privacy, and the Troubling Implications of a Right to Stop People from Speaking About You», *Stanford Law Review*, 2000, p. 1049, ss.

(17) [2018] EWHC 799 (QB).

5. Os problemas suscitados pela diversidade de regimes nacionais

Pode assim dizer-se que os Direitos da União Europeia e dos Estados Unidos da América consagram soluções fundamentalmente diversas para o problema em análise; e que esta divergência é, em última análise, ideológica, pois radica não apenas num diferente entendimento do significado do conceito de privacidade⁽¹⁸⁾, mas sobretudo na diversa medida do reconhecimento da liberdade de expressão em cada um dos sistemas jurídicos em causa⁽¹⁹⁾.

Ora, são frequentes as situações em que a disponibilização da informação em causa «atravessa» as fronteiras dos dois blocos económicos. Assim sucede, por exemplo, com os *links* feitos para sítios da Internet alojados em computadores localizados em diferentes países e com endereços geográficos de diferentes países.

Quando o responsável pelo tratamento de dados se encontra estabelecido nos Estados Unidos, ou noutro país que adote nesta matéria soluções análogas às deste, suscita-se assim a questão do âmbito de aplicação territorial das disposições do Direito da União Europeia sobre o direito ao esquecimento⁽²⁰⁾.

6. O caso *Google c. CNIL*

Foi precisamente este o problema que se colocou no caso *Google c. CNIL*, sobre o qual se pronunciou o Tribunal de Justiça da União Europeia no acórdão proferido em 24 de setembro de 2019⁽²¹⁾. Aí se declara que o

⁽¹⁸⁾ Posto em evidência, na doutrina portuguesa, por ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO, *Privacy e protecção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional*, Lisboa, 2015.

⁽¹⁹⁾ Ver, a este respeito, THEODORE F. CLAYPOOLE, «Can we Really Forget?», *The National Law Review*, Vol. X (2020), n.º 296 (disponível em <<https://www.natlawreview.com>>).

⁽²⁰⁾ Sobre o qual podem ver-se, com referência à Diretiva 95/46/CE, que precedeu o RGPD, PEDRO DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho Privado de Internet*, 5.ª ed., Madrid, 2015, p. 359, ss.; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, «The Internet — Privacy and Rights Relating to Personality», *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye de Droit International*, Tomo 378 (2015), p. 267, ss. (p. 448, ss.).

⁽²¹⁾ Processo C-507/17, *Google c. CNIL*, ECLI:EU:C:2019:772. Ver, sobre esse aresto, MARY SAMONTE, «Google v. CNIL: The Territorial Scope of the Right to be Forgotten Under EU Law», *European Papers*, 2019, p. 839, ss.; JURE GLOBOCNIK, «The Right to be Forgotten is Taking Shape: CJEU Judgments in GC and Others (C-136-17) and Google v CNIL (C-507/17)», *GRUR International*, 2020,

art. 17.º, n.º 1, do Regulamento 2016/679 deve ser interpretado no sentido de que:

«quando aceita um pedido de supressão de referências ao abrigo destas disposições, o operador de um motor de busca não tem de efetuar essa supressão de referências em todas as versões do seu motor, devendo fazê-lo nas versões deste que correspondem a todos os Estados-Membros, e isto, se necessário, em conjugação com medidas que, embora satisfaçam as exigências legais, permitam efetivamente impedir ou, pelo menos, desencorajar seriamente os internautas que efetuam uma pesquisa a partir do nome da pessoa em causa dentro de um dos Estados-Membros de, através da lista de resultados exibida após essa pesquisa, aceder às hiperligações que são objeto desse pedido».

Na espécie, a Google, Inc., impugnara perante o Conselho de Estado francês uma decisão da *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL) que lhe impusera a remoção de dados de certa pessoa singular no conjunto dos nomes de domínio do seu motor de busca, de tal forma que os *links* questionados não surgissem, qualquer que fosse o lugar a partir da qual a busca fosse feita, inclusive fora do espaço territorial da União Europeia. A Google recusara a observância dessa imposição, tendo-se limitado a suprimir as hiperligações em causa dos resultados exibidos em resposta a pedidos efetuados a partir dos nomes de domínio que correspondiam a declinações do seu motor de busca nos Estados-Membros da União.

O caso motivou um reenvio prejudicial pelo Conselho de Estado francês para o Tribunal de Justiça da União Europeia, formulado nos seguintes termos⁽²²⁾:

«Operador de um motor de busca que pede a anulação da decisão pela qual a formação restrita da CNIL o condenou a uma sanção tornada pública de 100.000 euros por não ter cumprido a interpelação que lhe foi dirigida para conceder os pedidos de supressão de referências de pessoas singulares, apagando da lista de resultados apresentados todas as ligações que conduzem às páginas web contestadas em todas as extensões de nome de domínio do seu motor de busca. Dado que a determinação do âmbito territorial das obrigações de supressão de referências impostas ao operador de um motor de busca levanta sérias dificuldades na interpretação do direito à supressão de referências reconhecido pelo Tribunal de Justiça no seu acórdão *Google Spain*, devem ser submetidas ao Tribunal questões prejudiciais.»

p. 380, ss.; PEDRO DE MIGUEL ASENSIO, «Protección de datos personales y supresión de enlaces en buscadores», *La Ley Unión Europea*, n.º 80, abril de 2020, p. 1, ss.; e MONIKA ZALNIERUTE, «Google LLC v. Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL)», em curso de publicação no *American Journal of International Law*, 2020 (disponível em <<https://ssrn.com>>).

⁽²²⁾ Cf. a decisão das 9.ª e 10.ª Câmaras reunidas do Conselho de Estado, de 19 de julho de 2017, disponível em <<https://www.legifrance.gouv.fr>> (a tradução do trecho citado é da nossa responsabilidade).

Eram concebíveis, fundamentalmente, três soluções para o problema assim posto:

- a) A *maximalista*, consistente em impor a remoção dos resultados das pesquisas em todos os nomes de domínio da Google, independentemente do lugar a partir do qual as mesmas sejam feitas (solução preconizada pela CNIL);
- b) A *minimalista*, que implicaria a remoção dos resultados da pesquisa apenas no domínio que serve o país a partir do qual a busca é feita, alargando-a porventura ao universo dos Estados-Membros da União Europeia, mas não, por exemplo, dos domínios terminados em «.com» (sistema inicialmente adotado pela Google); e
- c) A *intermédia*, traduzida em remover, através do denominado *geo-blocking*, os resultados de pesquisa em qualquer dos domínios da Google, mas apenas em resposta a solicitações feitas a partir de endereços IP ligados a utilizadores situados dentro da União Europeia (sistema entretanto adotado pela Google).

A definição da solução preferível tinha, naturalmente, de atender aos interesses em jogo no direito ao esquecimento. Ora, na União Europeia avulta nesta matéria, essencialmente, a preservação da privacidade do titular dos dados em causa: em princípio, esta prima, como o reconheceu o TJUE no caso *Costeja*, sobre a liberdade de expressão e os interesses económicos dos prestadores de serviços da sociedade da informação. E esse interesse só seria satisfeito, em rigor, pela solução maximalista: dada a ubiquidade da Internet, apenas a *aplicação extraterritorial* do direito ao esquecimento permite acautelar plenamente a privacidade do sujeito em causa⁽²³⁾.

A letra do art. 3.º, n.º 2, do RGPD consentia esta leitura, na medida em que nele se estabelece, em conformidade com o critério dito do «direcionamento de atividades» (*targeting*), que o Regulamento se aplica ao tratamento de dados pessoais de titulares residentes no território da União, mesmo que efetuado por um responsável pelo tratamento ou subcontratante não estabelecido na União, quando as atividades de tratamento estejam relacionadas com a oferta de bens ou serviços a esses titulares de

(23) Ver, sobre o ponto, THOMAS HOEREN, *Internetrecht. Ein Grundriss*, 3.ª ed., Berlim/Boston, 2017, p. 475, ss., exprimindo dúvidas relativamente à adequação do princípio da territorialidade ao processamento dos denominados *big data*; e, na literatura portuguesa, MARIA DA GRAÇA ALMEIDA DE EÇA DO CANTO MONIZ ADÃO DA FONSECA, *A extraterritorialidade do regime geral de proteção de dados pessoais da União Europeia: manifestações e limites*, Lisboa, 2018 (tese de doutoramento), p. 149, ss.

dados na União ou o controlo do seu comportamento, desde que este tenha lugar na União⁽²⁴⁾.

Não foi, porém, exatamente aquele o entendimento perfilhado pelo Tribunal de Justiça, o qual observou a este respeito que «em numerosos Estados terceiros o direito à supressão de referências não existe ou é objeto de uma abordagem diferente»⁽²⁵⁾; e que «o direito à proteção dos dados pessoais não é um direito absoluto, devendo ser considerado em relação à sua função na sociedade e ser equilibrado com outros direitos fundamentais, em conformidade com o princípio da proporcionalidade», sendo que «o equilíbrio entre o direito ao respeito pela vida privada e à proteção dos dados pessoais, por um lado, e a liberdade de informação dos internautas, por outro, pode variar de forma considerável no mundo»⁽²⁶⁾.

Ora, acrescentou o Tribunal, «embora o legislador da União tenha, no art. 17.º, n.º 3, alínea *a*), do Regulamento 2016/679, procedido a uma ponderação entre este direito e esta liberdade no que respeita à União [v., neste sentido, Acórdão, hoje proferido, *GC e o*. (Supressão de referências a dados sensíveis), C-136/17, n.º 59], há que constatar que, em contrapartida, não procedeu, na fase atual das coisas, a semelhante ponderação no que respeita ao âmbito de uma supressão de referências fora da União»⁽²⁷⁾.

Por outro lado, não resultaria do art. 17.º do Regulamento 2016/679, segundo o Tribunal, que, para garantir o elevado nível de proteção dos dados pessoais em toda a União prosseguido pelo Regulamento, o legislador da União haja optado por conferir ao direito consagrado nessa disposição um âmbito que exceda o território dos Estados-Membros e que haja pretendido impor a um operador que, como a Google, é abrangido pelo âmbito de aplicação do regulamento uma obrigação de supressão de referências que também abranja as versões nacionais do seu motor de busca que não correspondem aos Estados-Membros⁽²⁸⁾.

⁽²⁴⁾ Vejam-se, sobre esta disposição, CHRISTIAN KOHLER, «Conflict of Laws Issues in the 2016 Data Protection Regulation of the European Union», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, p. 633, ss.; PEDRO DE MIGUEL ASENSIO, «Competencia y Derecho aplicable en el Reglamento General sobre Protección de datos de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho internacional*, 2017, Tomo 1, p. 75, ss.; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, «Law Applicable to Personal Data Protection on the Internet: Some Private International Law Issues», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2018, p. 163, ss.; e European Data Protection Board, *Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3)*, 2020 (disponível em <<https://edpb.europa.eu>>).

⁽²⁵⁾ Considerando 59.

⁽²⁶⁾ Considerando 60.

⁽²⁷⁾ Considerando 61.

⁽²⁸⁾ Considerando 62.

Daqui decorreria, segundo o Tribunal, que «atualmente, não existe, para o operador de um motor de busca que aceita um pedido de supressão de referências formulado pela pessoa em causa, se for caso disso, depois de uma autoridade de controlo ou uma autoridade judiciária de um Estado-Membro lhe ter notificado uma injunção, uma obrigação que decorre do Direito da União de proceder a essa supressão de referências em todas as versões do seu motor»⁽²⁹⁾; razão pela qual «o operador de um motor de busca não pode ser obrigado, ao abrigo do art. 12.º, alínea *b*), e do art. 14.º, primeiro parágrafo, alínea *a*), da Diretiva 95/46, bem como do art. 17.º, n.º 1, do Regulamento 2016/679, a efetuar uma supressão de referências em todas as versões do seu motor»⁽³⁰⁾.

7. Uma extraterritorialidade mitigada

O Tribunal de Justiça optou assim, no caso *Google c. CNIL*, por uma orientação prudente quanto a esta matéria, a qual assenta no reconhecimento da diversidade das valorações nacionais acerca do equilíbrio desejável entre a proteção da privacidade e dos dados pessoais, por um lado, e a liberdade de informação, por outro, que a comparação jurídica coloca em evidência.

Essa diversidade de valorações, e o risco a que se sujeitariam as decisões dos tribunais europeus de serem recusada além-fronteiras a respetiva eficácia com fundamento, nomeadamente, na exceção de ordem pública internacional⁽³¹⁾, terão, em suma, levado o Tribunal a acolher nesta matéria uma *extraterritorialidade mitigada*, correspondente à orientação intermédia acima referida, que exclui em princípio do campo de aplicação

⁽²⁹⁾ Considerando 64.

⁽³⁰⁾ Considerando 65.

⁽³¹⁾ Como sucedeu no caso *Yahoo!*, por força da decisão proferida em 7 de novembro de 2001 pelo *United States District Court for the Northern District of California*, de San Jose, que declarou a sentença proferida pelo *Tribunal de Grande Instance* de Paris em 20 de novembro de 2000, que ordenara à ré *Yahoo! Inc.*, titular de um sítio Internet em que se comercializavam objetos nazistas, que impedisse o acesso aos seus leilões a partir de França e a condenara a pagar a quantia de 100.000 Francos por cada dia de atraso no cumprimento dessa determinação, insuscetível de produzir efeitos nos Estados Unidos, por o que nela se determinava ser contrário à Primeira Emenda à Constituição norte-americana, que protegeria a exibição e venda de objetos que exprimam pontos de vista associados a qualquer orientação política, incluindo o nazismo. Cf. *Yahoo! Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme Et L'Antisemitisme, et al.*, 169 F. Supp. 2d 1181. Ver ainda, sobre o tema, o nosso *Direito Internacional Privado. Problemática internacional da sociedade da informação*, Coimbra, 2005, p. 338, ss.

espacial das regras do RGPD relativas ao direito ao esquecimento os *links* apresentados por versões nacionais de um motor de busca que não correspondam aos Estados-Membros da União.

Terá porventura também pesado na decisão do Tribunal a preocupação expressa pelo Advogado-Geral Maciej Szpunar, nas suas conclusões sobre o mesmo caso, quanto aos perigos inerentes à solução consistente em a União Europeia impedir pessoas situadas em países terceiros de acederem à informação disponibilizada online. Na verdade, como notou o referido magistrado:

«Se uma autoridade na União pudesse ordenar uma supressão de referências à escala mundial, estaria a enviar-se um sinal desastroso aos países terceiros, os quais poderiam também ordenar uma supressão de referências ao abrigo das suas próprias leis. Imaginemos que, por qualquer razão, países terceiros interpretam alguns dos seus direitos num sentido que impede as pessoas situadas num Estado-Membro da União de aceder a uma informação procurada. Existiria um risco real de nivelamento por baixo, em detrimento da liberdade de expressão, à escala europeia e mundial»⁽³²⁾.

A verdade, porém, é que, por força da orientação acolhida pelo Tribunal de Justiça, os resultados das buscas feitas na Internet por internautas situados, por exemplo, nos Estados Unidos, com base no nome de uma pessoa, poderão ser mais abrangentes do que na União Europeia. Por outras palavras, o «esquecimento» postulado pelo RGPD relativamente aos resultados apresentados pelos motores de busca na Internet é, de acordo com essa orientação, *territorialmente seletivo* e opera mais ou menos amplamente, consoante a origem das pesquisas através deles efetuadas.

Talvez por isso, não deixou o Tribunal de admitir no referido aresto duas importantes reservas à referida mitigação da extraterritorialidade do RGPD.

Por um lado, incumbe ao operador do motor de busca tomar, se necessário, «medidas que visem impedir ou, pelo menos, desencorajar seriamente os internautas nos Estados-Membros de acederem às hiperligações em causa a partir da realização de uma pesquisa efetuada que tenha por base o nome dessa pessoa»⁽³³⁾.

Por outro, «embora [...] o direito da União não imponha, atualmente, que a supressão de referências que seja aceite incida sobre todas as versões do motor de busca em causa, o direito da União também não a proíbe»; pelo

⁽³²⁾ Cf. o § 61 das conclusões. Sobre esse texto, *vide* PEDRO DE MIGUEL ASENSIO, «Ámbito espacial del derecho al olvido: las conclusiones en el asunto C-507/17 Google», *La Ley*, n.º 67, fevereiro de 2019, p. 1, ss.

⁽³³⁾ Considerando 70.

que, no entender do Tribunal, «uma autoridade de controlo ou uma autoridade judiciária de um Estado-Membro continua a ser competente para efetuar, à luz dos padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais [...] uma ponderação entre, por um lado, o direito da pessoa em causa ao respeito pela sua vida privada e à proteção dos seus dados pessoais e, por outro, o direito à liberdade de informação, e, no final dessa ponderação, para, se for caso disso, emitir uma injunção de que será destinatário o operador desse motor de busca e nos termos da qual deverá proceder à supressão de referências em todas as versões do referido motor»⁽³⁴⁾.

A solução maximalista acima referida não foi, assim, por inteiro descartada pelo Tribunal⁽³⁵⁾.

8. Balanço

O direito ao esquecimento é, na União Europeia, um novo direito fundamental; mas representa também uma fortíssima limitação a certos direitos de liberdade, que integram a denominada primeira geração de direitos fundamentais, em particular a liberdade de expressão.

O contraste com o Direito dos Estados Unidos da América põe em evidência, nesta matéria, o conflito entre as diferentes conceções nacionais sobre a relevância relativa das sucessivas gerações de direitos fundamentais.

Longe de se encontrar subtraído ao Direito estadual⁽³⁶⁾, o denominado ciberespaço repercute, assim, as divergências entre os Direitos nacionais.

⁽³⁴⁾ Considerando 72.

⁽³⁵⁾ Tal como o não foi no acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de outubro de 2019, processo C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2019:821, pelo que respeita às medidas inibitórias previstas no art. 18.º, n.º 1, da Diretiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno («Diretiva sobre comércio eletrónico»), destinadas a pôr termo a alegadas infrações e a evitar outros prejuízos às partes interessada. Aí se declara, com efeito, que «a Diretiva 2000/31 não se opõe a que as referidas medidas inibitórias produzam efeitos à escala mundial» (considerando 50).

⁽³⁶⁾ Como alguns pretenderam: cf. DAVID JOHNSON/DAVID POST, «Law and Borders — The Rise of Law in Cyberspace», *Stanford Law Review*, 1996, p. 1367, ss.; ARON MEFFORD, «Lex Informatica: Foundations of Law on the Internet», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1997, p. 211, ss.; JANE GINSBURG, «The Private International Law of Copyright in an Era of Technological Change», *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye de Droit International*, Tomo 273 (1998), p. 239, ss. (p. 376, ss.); e MATTHEW BURNSTEIN, «A Global Network in a Compartmentalised Legal Environment», in Katharina Boele-Woelki/Catherine Kessedjian (organizadoras), *Internet. Which Court Decides? Which Law Applies?*, Haia/Londres/Boston, 1998, p. 23, ss. (p. 28).

Ora, o Direito da União Europeia sobre a proteção de dados pessoais aponta no sentido da aplicação das soluções por ele consagradas nesta matéria mesmo ao tratamento desses dados efetuado fora do território da União — *hoc sensu*, extraterritorialmente —, desde que tais dados sejam respeitantes a pessoas que se encontrem nele e o respetivo tratamento esteja relacionado com a oferta de bens ou serviços a essas pessoas ou com o controlo do seu comportamento⁽³⁷⁾.

Com efeito, só esta forma de extraterritorialidade, e a aplicação das sanções previstas na legislação europeia sobre proteção de dados em caso de incumprimento das respetivas regras, assegurarão algum grau de efetividade a estas.

Contudo, tal extraterritorialidade não se traduz necessariamente, como decorre da jurisprudência recente do Tribunal de Justiça da União Europeia, numa *aplicação universal* do regime europeu de proteção de dados, o qual deve ser compaginado com a inelutável diversidade de valorações nacionais sobre a matéria em apreço.

⁽³⁷⁾ Nesta linha de orientação se pronunciou o Instituto Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional, na *Resolución sobre derecho al olvido* adotada no seu XXX Congresso (disponível em <<http://ihladi.net>>), segundo a qual: «El “derecho al olvido” constituye un derecho fundamental de la persona humana en la sociedad de la información, que debe ser reconocido incluso cuando el responsable o encargado del tratamiento de datos no esté establecido en el Estado del foro, siempre que las actividades de tratamiento en cuestión estén relacionadas con la oferta de bienes y servicios en dicho Estado o con el control de la actividad del titular de los datos en ese Estado».