

CYBERLAW

by CIJIC



CYBERLAW

by **CIJIC**

EDIÇÃO N.º V – MARÇO DE 2018

**REVISTA CIENTÍFICA SOBRE CYBERLAW DO CENTRO DE
INVESTIGAÇÃO JURÍDICA DO CIBERESPAÇO – CIJIC – DA
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA**

CYBERLAW
by CIJIC

CYBERLAW

by CIJIC

EDITOR: NUNO TEIXEIRA CASTRO

SUPORTE EDITORIAL: EUGÉNIO ALVES DA SILVA

PRESIDENTE DO CIJIC: EDUARDO VERA-CRUZ PINTO

COMISSÃO CIENTÍFICA:

- ALFONSO GALAN MUÑOZ

- ANGELO VIGLIANISI FERRARO

- ANTÓNIO R. MOREIRA

- DANIEL FREIRE E ALMEIDA

- ELLEN WESSELINGH

- FRANCISCO MUÑOZ CONDE

- MANUEL DAVID MASSENO

- MARCO ANTÓNIO MARQUES DA SILVA

- MARCOS WACHOWICZ

- ÓSCAR R. PUCCINELLI

- RAQUEL A. BRÍZIDA CASTRO

CIJIC: CENTRO DE INVESTIGAÇÃO JURÍDICA DO CIBERESPAÇO

ISSN 2183-729



NOTAS DO EDITOR:

Antes de mais, salientarei uma novidade interna na organização do CIJIC. Desde final de Fevereiro de 2018, depois da assembleia geral, o Centro, passou a estar organizado, sob a Presidência do Professor Doutor Eduardo Vera-Cruz Pinto, coadjuvado por duas Vices, respetivamente, as Professoras Doutoradas, Paula Vaz Freire e Raquel Alexandra Brízida Castro, e pelos vogais, Eugénio Alves da Silva e Nuno Teixeira Castro. Mais novidades surgirão em breve.

Feito o ponto de ordem inicial, e abertas as hostilidades, nesta nova edição, sem descurar a proximidade da entrada em vigor, em pleno, do *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)*, doravante, no acrónimo, RGPD, optamos por trazer a debate algumas tendências de futuro. Obviamente, quase todas com implicações, pungentes, quer ante o instrumento legislativo europeu em foco, quer, e acima de tudo, ante as formas mais tradicionais de relacionamento interpessoal e em sociedade.

Antecipando a tónica, o nosso futuro, já hoje muito intrincado com o digital, dependerá, no seu essencial, da contínua promoção de princípios e valores humanos que, ao longo dos tempos, nos foram acompanhando na evolução enquanto espécie racional. A compreensão, teoricamente mais facilitada até pelo dilúvio informacional

do presente, do conceito, *jus cogens*, de dignidade humana, deveria possibilitar a criação de uma consciência, atrever-nos-íamos a estribar de colectiva, global, do valor individual de cada vida humana em si considerada. Deveria. Porém, pouco disto tem vindo a suceder. As informações e notícias diárias têm vindo a sustentar precisamente um movimento díspar: uma sociedade hedonista mas profundamente egoísta, enamorada por um *surveillance capitalism*¹ reinante, sem espaço para a promoção da fundamentalidade de cada individualidade humana.

O poder inebriante, e sem precedentes na nossa história civilizacional, detido por algumas organizações, denominadas de *tech-giants*, tem rompido as estruturas sociais, políticas, comerciais e, até, tecnológicas. Qual a origem de tão avassalador poder disruptivo destas organizações, destes *tech-giants*?

Em parte, grande, o *graal* destes *tech-giants* deriva de todo o *dilúvio informacional* que percorre a rede. Numa relação de *win-win*, a “*oferta inocente*” de serviços, prosaicamente assimilados como *grátis*, em troca dos nossos dados pessoais, é obnóxica para o indivíduo. Mas profundamente fluída no garante de volumosos acréscimos de capital financeiro, e por conseguinte, de poder, para estas organizações. Bruce SCHNEIER², a este propósito, sintetiza de forma lapidar: «*Companies like Facebook and Google offer you free services in exchange for your data. Google's surveillance isn't in the news, but it's startlingly intimate. We never lie to our search engines. Our interests and curiosities, hopes and fears, desires and sexual proclivities, are all collected and saved. Add to that the websites we visit that Google tracks through its advertising network, our Gmail accounts, our movements via Google Maps, and what it can collect from our smartphones. That phone is probably the most intimate surveillance device ever invented. It tracks our location continuously, so it knows where we live, where we work, and where we spend our time. It's the first and last thing we check in a day, so it knows when we wake up and when we go to sleep. We all have one, so it knows who we sleep with.* » Sim, o *smartphone* é provavelmente o dispositivo, mais íntimo, pessoalíssimo mesmo, de vigilância jamais inventado. Acompanha-nos permanentemente, 24h/7d, 365d/ano, qual extensão do nosso corpo.

1 <https://www.amazon.com/Age-Surveillance-Capitalism-Future-Frontier/dp/1610395697>

2 <https://www.schneier.com/>

E sempre a debitar informação para alguém, transformando-nos no escravo, informacional, do...objecto. Curioso, não?

De facto, disfarçado de *pot-pourri* de intimidade, proximidade e confiança cega, os gigantes tecnológicos têm-nos orientado a um estado de, *quase-completa*, submissão a variadíssimas formas de engenharia social, perfumada por formas competentes e persuasivas de direcção comportamental, categoricamente personalizadas e orientadas para fazermos *algo ao serviço de alguém*; uma verdadeira manipulação individualizada orientada pelo perfil de cada um, de previsão e controlo do nosso comportamento. Fácil de conseguir quando em posse de tão valiosa informação que vamos cedendo, sem limites. Sem conhecimento. Sem oposição. Shoshana ZUBOFF³, arroja duas questões sufocantes, a cada um de nós, nesta era digital da sociedade informacional: “*Mestre ou escravo?*”, “*Casa ou exílio?*”. (Conseguiremos responder?)

Os desafios para o futuro da humanidade travam-se. Fugir, ou recluir tal, não poderá ser a resposta. Nesta conjuntura crítica, nesta *nova fronteira do poder*, o confronto entre o vasto poder dos gigantes tecnológicos versus os dos governos (enquanto representantes da nossa comunidade colectiva), atira-nos, sem pudor, para um difícil campo de escolhas, civilizacionais diria. O futuro da humanidade tem espaço para a autonomia individual e para os direitos fundamentais? Ou assistiremos impávidos ao desabrochar de novas e sofisticadas formas de desigualdade social? O *el dorado* da era digital possibilitará o fortalecimento dos direitos fundamentais individuais e a sua democratização globalizante? Ou assistiremos impávidos à instrumentalização do indivíduo, segmentado em objecto de informações em meras *strings de bits*, coisificado, servil ao *surveillance capitalism*?

Nesta insolência de questões, e uma vez aqui chegados, foi nossa intenção suscitar a comunidade académica e empresarial a problematizar algumas teorias de resposta. Não assumindo o absolutismo das coisas, o resultado presente é, a nosso ver, profundamente satisfatório. Neste nosso *pot-pourri* que agora publicamos, carregamos *big data*; segurança da informação; regulamento geral de protecção de dados; veículos autónomos e inteligentes; *criptocontratação*; contratos automatizados e contratos

³ <http://www.shoshanazuboff.com/>

inteligentes; dados pessoais e direitos fundamentais; e, mecanismos de cooperação e coerência no tratamento de dados pessoais.

Agradecidos pelo esforço e pelo trabalho, cumpre-me, em nome do Centro de Investigação Jurídica do Ciberespaço – CIJIC – da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, endereçar um especial reconhecimento a cada um dos autores.

Um sentido e imenso Obrigado.



Cyberlaw by CIJIC, *Direito: a pensar tecnologicamente.*

Boas leituras.

Lisboa, FDUL, 30 de Março de 2018

Nuno Teixeira Castro

CYBERLAW

by CIJIC

OPINIÃO



**AUTORIDADES DE CONTROLO INDEPENDENTES
NO (NOVO) REGULAMENTO GERAL (UE) SOBRE A
PROTEÇÃO DE DADOS (RGPD):
“*THE NEVER NEVER LAND*”?**

JOÃO FERREIRA PINTO ¹

¹ Advogado. Mestre em Segurança da Informação e Direito do Ciberespaço (IST). Docente Universitário Convidado. Contacto: jpinto@adcecija.pt

DIREITOS (FUNDAMENTAIS) DA RESERVA DA VIDA PRIVADA E DA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS NO NOVO REGULAMENTO GERAL (UE) SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS (RGPD).

A Europa tem percorrido um longo caminho, após a II Guerra Mundial, na defesa dos Direitos Humanos (Direitos Fundamentais). Entre estes contam-se dois direitos do Homem fundamentais distintos: o Direito à reserva da intimidade e da vida privada e o Direito à proteção de dados pessoais.

Ao longo de décadas surgem textos internacionais de referência sobre Direitos do Homem, como por ex. a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU (1948) e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, do Conselho da Europa (1950).

No que diz respeito aos direitos (humanos) da reserva da vida privada e da proteção de dados pessoais, surgem textos “icónicos” como as “Guidelines” da (OCDE) em 1980 e a “Convenção 108” do Conselho da Europa (1981).

Na União Europeia (UE) surge, em 2000, a “Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia” elevada à “categoria jurídica” de Tratado Fundamental/Institutivo da UE em 2009 pelo Tratado de Lisboa (assinado no Mosteiro dos Jerónimos).

A defesa dos Direitos Fundamentais/do Homem consagrados na “Carta”, entre os quais o Direito à reserva da vida privada (cfr. art.º 7.º) e o Direito à proteção dos dados pessoais (cfr. art.º 8.º), só é congruente através de uma disciplina jurídica única e igual em todo o espaço da União Europeia.

Com esta perspetiva de “unicidade global” dos Direitos do Homem na UE é proposta, a 25 de Janeiro de 2012, a revisão da legislação europeia sobre proteção de dados pessoais (a Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995) através de um instrumento legal único e “forte”, o Regulamento Comunitário.

Em 2016, após um longo processo legislativo sujeito a um *lobby* que a Comissária Europeia Viviane Reding, Vice-Presidente da Comissão Europeia, chegou a classificar publicamente como “violento”, é finalmente aprovado o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) que entra em vigor em Maio de 2018 e é aplicável a partir de 25 de Maio de 2018 (o 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).

O Regulamento Geral (UE) é uma “lei comunitária” vinculativa em todos os seus elementos, que vigora diretamente na ordem jurídica nacional e possui dois “objectos e objectivos”: a defesa dos direitos e as liberdades fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente, o direito à proteção dos dados pessoais e a livre circulação desses dados (cfr. art.º 1.º).

Sendo uma única e a mesma “lei” aplicável em todo o espaço da União Europeia - alargada ao Espaço Económico Europeu (EEE) -, o RGPD introduz um sistema inovador de “one stop shop” ou mecanismo de “balcão único”

O balcão único assenta no conceito de Autoridade de Controlo Principal (cfr. art.º 56.º). Isto é, a autoridade de controlo da jurisdição onde se localiza o estabelecimento principal do responsável pelo tratamento ou do subcontratante, que é competente para agir como autoridade de controlo principal para o tratamento transfronteiriço efetuado pelo responsável ou pelo subcontratante.

Do ponto de vista dos “tratamentos transfronteiriços” de dados dentro da UE/EEE (cfr. art.º 4.º, n.º 23), o responsável ou subcontratante passa a ter a possibilidade de se “relacionar” e “prestar contas” apenas a uma (única) Autoridade de Controlo que passa a ser a Principal, em vez de ter de lidar de forma individualizada com cada uma das Autoridades Controlo existentes nas jurisdições dos (atuais) 28 Estados-Membros da UE para onde efetua transferências/tratamentos de dados.

A existência de um Regulamento Geral “único” e o mecanismo do “balcão único” – com vantagens evidentes para os operadores do Mercado Único Digital -, coloca assim grandes desafios ao sistema institucional de controlo e de proteção de dados pessoais na UE.

Em resposta a este princípio do controlo e aplicação coerentes do Regulamento em toda a União Europeia é redesenhado todo o novo sistema institucional, no RGPD, dotado de novos e poderosos mecanismos de cooperação e coerência entre as diversas Autoridades de Controlo, no qual pontifica um novo Comité Europeu para a Proteção de Dados.

2. SISTEMA INSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E DA LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO DOS DADOS NA UNIÃO EUROPEIA.

a) O novo Comité Europeu para a Proteção de Dados (o “Comité”)

O novo sistema institucional cria o Comité Europeu para a Proteção de Dados (o “Comité”) enquanto organismo da União, dotado de personalidade jurídica.

É composto pelos directores/representantes de cada uma das autoridades de controlo de cada Estado-Membro e da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados (cfr. artigos 68.º a 76.º e Considerandos 139 e 140).

O Comité Europeu para a Proteção de Dados tem como atribuição assegurar a aplicação coerente do Regulamento, sendo dotado de poderes, que pode exercer por iniciativa própria ou a pedido da Comissão, entre os quais os seguintes: controlar e assegurar a correta aplicação do Regulamento; aconselhar a Comissão nas questões relacionadas com a proteção de dados pessoais na União; emitir e examinar a aplicação prática de diretrizes, recomendações e melhores práticas; elaborar diretrizes dirigidas às autoridades de controlo; das diretrizes, recomendações e melhores práticas ; incentivar a elaboração de códigos de conduta e a criação de procedimentos de certificação, de selos e marcas de proteção dos dados; acreditar os organismos de certificação; emitir parecer à Comissão para a avaliação da adequação do nível de proteção num país terceiro ou organização internacional; emitir pareceres relativos aos projetos de decisão das autoridades de controlo nos termos do procedimento de controlo da coerência e emitir decisões vinculativas; promover a cooperação e o intercâmbio bilateral e plurilateral efetivo de informações e as melhores práticas entre as autoridades de controlo; promover programas de formação comuns e facilitar o intercâmbio de pessoal entre as autoridades de controlo; promover o intercâmbio

de conhecimentos e de documentação sobre as práticas e a legislação no domínio da proteção de dados com autoridades de controlo de todo o mundo; emitir pareceres sobre os códigos de conduta elaborados a nível da União; conservar um registo eletrónico, acessível ao público, das decisões tomadas pelas autoridades de controlo e pelos tribunais sobre questões tratadas no âmbito do procedimento de controlo da coerência.

Do ponto de vista da elaboração de diretrizes, recomendações e melhores práticas, o Comité passa a ter um papel mais interventivo, substituindo o papel relevante consultivo desempenhado pelo Grupo de Trabalho do Artigo 29 da Directiva 95/46/CE.

b) Autoridades de Controlo independentes

A nível dos Estados-Membros da UE, a defesa dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas singulares relativamente ao tratamento de dados e da liberdade de circulação desses dados na União, continua confiada às “Autoridades de Controlo” Independentes com a responsabilidade de zelar pela fiscalização da aplicação coerente do Regulamento (cfr. CAPÍTULO VI, artigos 51.º a 59.º e Considerandos 117 a 132).

Para o efeito, as autoridades de controlo cooperam entre si e com a Comissão, e possuem assento no “Comité”.

As autoridades de controlo mantêm um estatuto de independência na prossecução das suas atribuições e no exercício dos poderes atribuídos pelo Regulamento.

Em Portugal a Autoridade de Controlo independente é a Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD), constituída em 1994.

A CNPD é uma entidade administrativa independente com poderes de autoridade, que funciona junto da Assembleia da República.

Tem como atribuição genérica controlar e fiscalizar o processamento de dados pessoais, em rigoroso respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades e garantias consagradas na Constituição e na lei.

Possui como atribuições principais: controlar e fiscalizar o cumprimento das disposições legais e regulamentares em matéria de proteção de dados pessoais; emitir parecer prévio sobre quaisquer disposições legais, bem como sobre instrumentos jurídicos comunitários ou internacionais relativos ao tratamento de dados pessoais; exercer poderes de investigação e inquérito, podendo para tal aceder aos dados objeto de tratamento; exercer poderes de autoridade, designadamente o de ordenar o bloqueio, apagamento ou destruição dos dados, assim como o de proibir temporária ou definitivamente o tratamento de dados pessoais; advertir ou censurar publicamente o responsável do tratamento dos dados, pelo não cumprimento das disposições legais nesta matéria; intervir em processos judiciais no caso de violação da lei de proteção de dados; denunciar ao Ministério Público as infrações penais nesta matéria, bem como praticar os atos cautelares necessários e urgentes para assegurar os meios de provas (cfr. artigos 21.º a 31.º da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, a “Lei de Proteção de Dados Pessoais”).

Relativamente à independência e eficácia das autoridades de controlo o Regulamento consagra como requisitos a cumprir pelos Estados-Membros, a obrigatoriedade de fornecer os recursos financeiros e humanos, as instalações e as infraestruturas necessárias ao desempenho eficaz das atribuições das autoridades de controlo, incluindo as relacionadas com a assistência e a cooperação mútuas com outras autoridades de controlo da União (cfr. Considerando 120).

Por outro lado, as autoridades de controlo deverão ter, em cada Estado-Membro, as mesmas funções e poderes efetivos, incluindo poderes de investigação, poderes de correção e de sanção, e poderes consultivos e de autorização, nomeadamente em caso de reclamação apresentada por pessoas singulares, sem prejuízo dos poderes das autoridades competentes para o exercício da ação penal ao abrigo do direito do Estado-Membro, tendo em vista levar as violações ao presente regulamento ao conhecimento das autoridades judiciais e intervir em processos judiciais (cfr. Considerando 129).

c) Cooperação e coerência

São reforçados os poderes das autoridades de controlo independentes que devem prestar-se mutuamente assistência no desempenho das suas funções, por forma a assegurar

a execução e aplicação coerentes do Regulamento, e devem, também, participar em operações conjuntas com outras autoridades de controlo (cfr. Considerandos 133 e 134 e artigos 60.º a 62.º)

Por outro lado, para assegurar a aplicação coerente do Regulamento na UE, é criado um procedimento de controlo da coerência e para a cooperação entre as autoridades de controlo que é aplicável: quando uma autoridade de controlo tenciona adotar uma medida que visa produzir efeitos legais em relação a operações de tratamento que afetem substancialmente um número significativo de titulares de dados em vários Estados-Membros; e sempre que uma autoridade de controlo interessada, ou a Comissão, solicitar que tal matéria seja tratada no âmbito do procedimento de controlo da coerência (cfr. Considerandos e artigos 63.º a 67.º).

O procedimento de controlo da coerência passa pela emissão de parecer do Comité sobre a questão concretamente visada constante do projeto de decisão elaborado por uma autoridade de controlo (cfr. art.º 64.º).

Em casos excecionais de urgência na defesa dos direitos e liberdades dos titulares dos dados, a autoridade de controlo interessada pode adotar imediatamente medidas provisórias (válidas até três meses) destinadas a produzir efeitos legais no seu território.

O novo sistema institucional de proteção de dados pessoais e da liberdade de circulação dos dados na União Europeia, terá grandes desafios não só para as autoridades de controlo independentes, mas também para o novo “Comité”, dado o reforço dos direitos dos titulares dos dados no Regulamento e o incremento da liberdade de circulação digital de dados no Mercado único Digital.

Numa perspetiva de assegurar a execução coerente do Regulamento, é um sistema que se encontra dotado dos mecanismos legais à altura do “desafio” que se coloca na proteção dos direitos fundamentais de “segunda geração” iniciada pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD).