

CYBERLAW

by CIJIC

CYBERLAW

by CIJIC

EDIÇÃO N.º VI – SETEMBRO/OUTUBRO 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

CYBERLAW

by CIJIC

NOTAS DO EDITOR:

No prólogo de mais esta nova edição da revista do Centro de Investigação Jurídica do Ciberespaço da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, antecipo-me a aduzir dois actos, em breve, solenes, que não deverão passar em claro nas agendas de cada um.

O primeiro desses actos terá lugar no próximo 17 de Outubro na Universidade de Aveiro. Trata-se da Sétima edição da Iniciativa Portuguesa do Fórum da Governação da Internet.

Um sublinhado desde logo para o local do evento. É importante que a academia se sinta interligada com Portugal, no seu todo. Sair de Lisboa, do conforto centralizador da capital, é um pequeno mas mui nobre sinal de que há muito e bom trabalho a ser desenvolvido diariamente na plenitude dos mais de 98 mil quilómetros quadrados que compõem o nosso pequeno país.

No que à edição deste ano do Fórum da Governação da Internet diz respeito, trata-se de um evento organizado pela FCT (Fundação para a Ciência e a Tecnologia I.P), em parceria com a ANACOM (Autoridade Nacional de Comunicações), APDSI (Associação para a Promoção e Desenvolvimento da Sociedade da Informação), API (Associação Portuguesa de Imprensa), Associação DNS.PT, Ciência Viva (Agência Nacional para a Cultura Científica e Tecnológica), CNCS (Centro Nacional de Cibersegurança), IAPMEI (Agência para a Competitividade e Inovação), ISOC-PT

(Capítulo Português da ISOC), Polo TICE.PT, Secretaria Geral da Presidência do Conselho de Ministros, e Sociedade Civil.

Serão objecto de discussão, temas como «Governação e políticas públicas da Internet nos contextos nacional e global»; «Inteligência Artificial e *Big data*»; «Segurança no Ciberespaço: O dilema entre a privacidade do indivíduo e a segurança do Estado»; «Governação, confiança, privacidade e desafios na era do IoT»; «*Fake news, fake views* -Sociedade da (Des)Informação».

As sessões e respectivos painéis apresentam temas e oradores de reconhecida qualidade, e, seguramente, será um 17 de Outubro de 2018 muito e bem preenchido em Aveiro¹.

O outro evento, como seria natural, até pelo investimento feito pelo país na realização deste por mais dez anos em Portugal, é a *Lisboa web summit* 2018.

O programa e agenda² da feira, que se realizará no Altice Arena entre 5 e 8 de Novembro, já foram dados a conhecer. O destaque recai na presença de oradores como o Secretário-Geral das Nações Unidas, Sr. António Guterres; o inventor do *www*, Sir Tim Berners-Lee; o CEO do eBay, Mr. Devin Wenig; a Comissária Europeia para a Concorrência, Mrs. Margrethe Vestager; entre outros.

Os temas são vastos. A agenda *idem*. Uma semana desta feira para explorar avidamente.

Em suma, sendo eventos contrastantes na apresentação, na forma e até na finalidade, seria pouco cordial não aproveitar a proximidade destes para esta nota de agenda.

Arrolado o introito, focando-nos apenas no essencial desta nova edição, seguramente que a entrada em vigor, em pleno, do RGPD - *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*; bem como da Lei Geral de Protecção de Dados (LGPD) no Brasil, aprovada no plenário do

1 Informações sobre o programa do evento podem ser consultadas em: https://www.governacaointernet.pt/pdf/forum_programa_2018.pdf.

O evento é de entrada livre mas requer uma inscrição prévia. Mais informações em: <https://www.governacaointernet.pt/2018.html>

2 Mais informações em: <https://websummit.com/schedule>

Senado Federal pelo PLC 53/2018, a 10 de Julho; impuseram que o tema da protecção de dados pessoais fizesse, novamente, parte do cardápio da revista.

No plano nacional, a Proposta de Lei 120/XIII, que assegura a execução, na ordem jurídica nacional, do Regulamento (UE) 2016/679, relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, continua em suave desenvolvimento³, mais de dois anos após a publicação do Regulamento europeu, o RGPD.

Não obstante, procurando contrariar o *adagio* da Proposta de Lei 120/XIII, procuramos coligar doutrina e opinião que demonstrem um pouco do *vivace* de pessoas e organizações na adaptação às novas realidades supranacionais. Neste sentido, encontraremos *ways not to read* o RGPD; as principais dificuldades e dúvidas partilhadas por organizações e por pessoas singulares na adaptação à nova realidade jurídica europeia. *Curiosamente*, do outro lado do Atlântico, trazemos, ainda, o impacto da LGPD brasileira nos negócios e nas pessoas, neste novel quadro normativo de agregação temática. É, pela actualidade do tema, tempo, ainda, de reintegrar o conceito de desindexação, *in casu*, da desindexação de conteúdos ofensivos na net, recuperando críticas jurídicas ao relevante caso *Google Spain*.

Saltando da circunspecção dos dados pessoais e da privacidade para outro tema, serão apresentadas reflexões quanto à apreensão de correio eletrónico e registos de comunicação de natureza semelhante. O tema é fervilhante. Na actualidade, a vivência em sociedade cresce *digitalodependente*, convocando discussões doutrinárias profundas. Ainda não será desta que se pacificará, entre os intérpretes e aplicadores do direito, a distinção juridicamente relevante entre correio e correio eletrónico. Mas, as reflexões que aqui se publicam, valem a leitura e o crepitar de questões.

Colocada em perspectiva esta espécie de matrimónio, de conveniência, que o direito e a tecnologia assumiram, a problemática dos drones, inteligência artificial e robótica, também têm aqui palco no plano jurídico.

Direito e Tecnologia são meios essenciais ao desenvolvimento do homem, com implicações, dilacerantes, nas mais variadas formas em como revelamos o ser social que somos. A ética, juridicamente relevante, aliada à segurança - subjacente ao

³ Pode ser consultada a actividade relativa à Proposta de lei em: <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=42368>

conceito *Safe-by-design* (SbD) - estimulam dissecções imediatas desde o plano de concepção, no patamar R&D do desenvolvimento das mais diversas ferramentas, utensílios, *gadgets*, cada vez mais apetrechadas de inteligência artificial e robótica, que vão procurando satisfazer necessidades diversas do *mercado*, isto é, nossas.

Aproveitando a epígrafe, projecto uma questão, que gostava de ver discutida numa próxima edição da revista: será profícuo que ao invés da pira em torno da segurança - a qualquer custo - dos dispositivos, tentando antecipar toda a indeterminabilidade da vida humana – com todos os custos inerentes a esta tarefa de adivinhação – o foco poderia vir a incidir sobre a *responsabilidade pela segurança*? Assumindo-se a impossibilidade de segurança absoluta de toda e qualquer ferramenta, será que alvitramos, no futuro, um modelo de responsabilidades partilhadas como solução?

A insolência típica das muitas questões não poderia terminar sem o regresso a uma ideia em processo de maturação: como conciliar diversas ordens, práticas e tradições jurídicas; actores, partes e contrapartes processuais; pessoas singulares, organizações e Estados, perante tal amálgama de situações quotidianas neste *pot-pourri* que a Internet é e do qual dependemos? Estaremos no vértice da necessidade de um Tribunal Internacional para a Internet? Mais umas penadas sobre a arquitetura de um desejável edifício de harmonização e resolução de pleitos jurídicos a nível mundial.

Resta-me, por fim, agradecer a todos pelo esforço e pelo trabalho, endereçando, em nome do Centro de Investigação Jurídica do Ciberespaço – CIJIC – da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, um sentido reconhecimento a cada um dos autores: Muito Obrigado.



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

Boas leituras.

Lisboa, FDUL, 05 de Outubro de 2018

Nuno Teixeira Castro

CYBERLAW

by CIJIC

OPINIÃO

CYBERLAW

by CIJIC

*“WAYS NOT TO READ” O RGPD **

RAQUEL BRÍZIDA CASTRO¹

* 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 RGPD)).

¹ Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Doutora em Direito; *Of Counsel* Andersen Tax Legal Portugal. Contacto: raquelcastro@fd.ul.pt

A principal dificuldade da teoria tradicional da interpretação revela-se, precisamente, nos casos em que não existe um critério inequívoco de solução. O que, por exemplo, no plano constitucional, equivale a dizer em todas as situações que pressupõem interpretação constitucional, porque o poder constituinte optou por não o adotar.

Essa indefinição *a priori*, todavia, não legitima os erros sugeridos pela lição norte-americana através da indicação de “*ways not to read the Constitution*”, a partir da identificação de dois tipos de resultados interpretativos indesejáveis, como sejam a “*desintegração*” e a “*hiperintegração*”. A “*desintegração*” constitui uma forma de interpretação que ignora o facto de as suas partes se encontrarem integradas num todo, tratando-se efetivamente de uma Constituição e não de simples conjuntos de cláusulas e preceitos separados, com histórias distintas. Pelo contrário, a “*hiperintegração*” ignora que o todo integra partes distintas, parcelas que foram introduzidas em momentos distintos da história constitucional, apoiadas e refutadas por diferentes grupos ou que refletem posições completamente diferentes e, nalguns casos, mesmo opostas. É ilegítima uma interpretação constitucional que ignore as suas contradições e incoerências, ou que se baseie na pretensão de que os valores constitucionais são imunes às contingências histórica e tecnológica.

Já todos discorremos sobre o desconcerto interpretativo gerado pelas diferentes pré-compreensões dos vários intérpretes, conducentes a leituras *hiperintegradas* da Constituição, supostas litografias fiéis da sua alegada missão unitária. O que há, então, de novo na interpretação constitucional e no alerta da doutrina constitucional norte-americana? É que esse pântano hermenêutico tende a expandir-se perante a brutal pressão mutante das novas tecnologias. A contenda constitucional é flagrante, mas perante o desconhecido para que a tecnologia nos arrasta, o intérprete socorre-se das suas mais íntimas convicções e preconceitos, privilegiando incondicionalmente este ou aquele princípio ou direito fundamental, transmutando o programa normativo-constitucional. Uma reação compreensível, mas juridicamente atacável, porquanto fundada numa ilusão de segurança hermenêutica.

Pelo exposto, urge sublinhar que é importante garantir que o que a Constituição protegia deverá continuar a proteger. Se a Constituição protege o direito à privacidade, o

facto de as novas tecnologias gerarem novas formas, mais eficazes e apetecíveis, de combate ao terrorismo ou de segurança de pessoas e bens, apenas reclama um esforço maior no sentido da procura de uma solução interpretativa apaziguante. O mesmo se diga do direito à proteção de dados perante dimensões valiosas das liberdades económicas. Cada uma dessas partes da Constituição, se as tomarmos como absolutas, conduz-nos a uma visão redutora e distorcida do ambiente jurídico-constitucional. Daí a relevância de uma interpretação constitucional tecnologicamente neutra⁶, que salve a identidade constitucional, perante as adversidades tecnológicas. O que reclama flexibilidade na interpretação textual ou literal⁷, uma tradução fiel dos valores constitucionais para a realidade do ciberespaço, paralela a uma incontornável interpretação atualista e evolutiva⁸, sob pena de certas normas ou princípios constitucionais perderem a sua efetividade. Mas tendo sempre por limite a própria Constituição.

Tornou-se, indubitavelmente, um lugar-comum a afirmação de que a estabilidade constitucional não pode ser totalmente inflexível, porquanto uma Constituição também deve ser idónea para o futuro e modificada, caso se distancie da vontade geral⁹. Não obstante, a pressão regulatória das novas tecnologias, em que as instituições da UE mergulharam nos últimos anos, traduzida em *overdose* normativa e regulatória, não constitui causa derogatória dos princípios constitucionais e do regime de proteção dos direitos, liberdades e garantias¹⁰, à luz do qual são chamados à ponderação todos os bens eventualmente colidentes, desde que revistam dignidade constitucional. Nem as restrições de direitos fundamentais podem almejar sobreviver para além do estritamente necessário, conforme resultar de um escrutínio rigoroso, à luz do princípio da proporcionalidade.

Em que medida as presentes reflexões nos ajudam à interpretação e aplicação do RGPD?

6 BRÍZIDA CASTRO, Raquel Alexandra (2016) *Constituição, Lei e Regulação dos Media*, Almedina: Coimbra; pp. 99 e ss.

7 TRIBE, Lawrence H. (1991) “The Constitution in Cyberspace: Law and Liberty beyond The Electronic Frontier”, *The Humanist*, Set-Oct; p. 15.

8 OTERO, Paulo (2010) *Direito Constitucional Português: Organização do Poder Político*, Vol. II, Almedina: Coimbra; p. 159.

9 STERN, Klaus (2008) “Desarrollo Constitucional Universal y Nuevas Constituciones”, in *Dignidad de La Persona, Derechos Fundamentales, Justicia Constitucional*, Coord. Francisco Fernández Segado, Dykinson-Constitucional; p. 78.

10 Reserva de Lei (artigo 165.º, n.º 1, alínea b), da CRP); Reserva de Densificação Total; Proibição da Deslegalização (artigo 112.º, n.º 5, da CRP); Princípio da Aplicabilidade Direta (artigo 18.º, n.º 1, da CRP); Princípio da Concordância Prática (artigo 18.º, n.º 2, 2.ª parte, da CRP); entre outros.

É que, por um lado, existe o próprio risco de uma leitura *hiperintegrada* do RGPD, no qual se confrontam direitos e valores fundamentais, sem legítima rendição absoluta e incondicional de qualquer um deles. Por outro lado, o RGPD não é um fim em si mesmo, nem a sua descida à terra fez brotar uma qualquer máxima hermenêutica de interpretação conforme ao RGPD.

São, efetivamente, “*ways not to read*” o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD):

i. O RGPD não criou um degrau especial e inédito na hierarquia das normas, vigente no ordenamento jurídico-constitucional português, nem fornece critérios de prevalência incondicional de quaisquer princípios, direito ou bem fundamentais, em caso de conflito;

ii. O RGPD não implica, na sua aplicação, o reconhecimento de que os direitos à proteção de dados pessoais, privacidade ou à autodeterminação informacional, inquilinos de longa data do texto constitucional, são, *a priori*, absolutos ou mais importantes do que os outros direitos ou bens fundamentais que com ele possam colidir: liberdade de expressão, direito à informação, liberdade de gestão e organização empresarial, liberdades económicas, etc.;

iii. As remissões normativas para os Estados Membros não constituem credencial habilitante da produção de normas legislativas nacionais contrárias às Constituições: o RGPD não aniquilou o princípio da constitucionalidade;

iv. O RGPD não retira competência de controlo de constitucionalidade aos tribunais comuns e, em última instância, em sede de fiscalização concreta, ao Tribunal Constitucional. Se uma norma que vigora na ordem jurídica portuguesa é inconstitucional, independentemente da forma, ela não deve ser aplicada pelos tribunais. E, em última instância, ainda que respeitadora do RGPD, se for

inconstitucional, deve ser erradicada do ordenamento jurídico, através da fiscalização sucessiva abstracta;

v. Apesar de o RGPD ser um Regulamento, os Estados membros estão a aprovar diversas legislações de execução diferentes. Sobra a fé e algum otimismo no mecanismo *One Stop Shop* e respetivo Procedimento de Coerência;

vi. O RGPD não é o único instrumento jurídico que regula o tratamento de dados pessoais com impacto nas pessoas e nas obrigações das empresas. Assistimos a uma infundável e perturbadora dispersão normativa na regulação do ciberespaço.

Os tópicos expostos são, para nós, imprescindíveis. E, para além do próprio RGPD, respetivas leis de execução e das Constituições dos Estados Membros, qualquer atividade interpretativa das regras de proteção de dados não pode deixar de ser impregnada pela Carta Europeia dos Direitos Fundamentais, jurisprudência do Tribunal de Justiça, Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Recomendações do Conselho da Europa, o trabalho produzido pelo Grupo de Trabalho do Artigo 29.º e a produção da Comissão Nacional de Proteção de Dados, Autoridade Nacional de Controlo, e do Comité Europeu para a Proteção de Dados.