



ELSA AUTÓNOMA

A proteção dos dados pessoais enquanto direito fundamental

A proteção constitucional e civil das pessoas

Autor: Diogo R. Soares

Número de Associado: 2022057

Dezembro 2021

Lisboa

Index

A Privacidade Como Centro Da Proteção de Dados	1
---	----------

A Privacidade Como Centro Da Proteção de Dados

A proteção da privacidade e o Direito ao Controlo dos Dados Pessoais inicia-se, naquilo que convém ao contexto português, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH). De seguida, observa-se o Pacto Internacional Relativo aos Direitos Cíveis e Políticos, que em 1966 foi aprovado em Assembleia geral da ONU – e posteriormente assinado por Portugal no ano de 1976. Finalmente, em 2000 a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia expande os termos a que recorre de forma a garantir estes Direitos e Proteções. Atualmente, o RGPD mostra-se essencial. Apesar de não alterar de forma significativa os princípios do tratamento de dados, esta legislação veio alterar o modo como os dados são vistos, sequer recolhidos. Isto verifica-se, principalmente, em seis formas: pela revelação da importância dos dados pessoais; o alargamento do termo “dados pessoais” que passou a integrar todo e qualquer tipo de dado que, mesmo que de forma remota, possa ser usado para identificar um qualquer indivíduo; o reforço e atualização dos direitos titulares (entre eles o direito ao esquecimento e o direito à portabilidade); a alteração do modelo de regulação, ou seja, a transição para um modelo de autorregulação; a criação de um quadro sancionatório; e a obrigatoriedade de reporte à Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd) de incidentes que envolvam o comprometimento de dados pessoais.

Em 2018, Joseph James DeAngelo Jr. Foi detido no estado da Califórnia sobre a acusação de, pelo menos 13 homicídios, 50 violações, e 120 assaltos, crimes esses cometidos entre as décadas de 70 e 80 do século passado. Esta detenção numa outra ordem jurídica é relevante devido ao modo pelo qual o assassino em série foi identificado anos após cessar “atividade”. De facto, foi com recurso a buscas secretas a empresas com fins lucrativos visando os registos de DNA que estas guardavam dos seus clientes.

De facto, o *Golden State Killer* como fora chamado pelos jornais estadunidenses, foi identificado com recurso à comparação entre o DNA deixado nas cenas dos crimes originais. Com recurso a uma plataforma pública, *GEDmatch*, os investigadores do caso conseguiram identificar um primo distante, e, a partir de aí, com recurso a genealogia tradicional e documentos públicos, como obituários ou certificados de nascimento, construíram uma árvore genealógica detalhada com mais de 1100 indivíduos que através de outras técnicas foi reduzida a um único homem.

A menção desta história é proposital. Como é evidente, o sistema judicial estadunidense é completamente diferente do português. Não obstante, é do nosso entender que uma situação semelhante pode suceder em território português. De facto, apesar do RGPD especificar a impossibilidade de tratar dados genéticos, a alínea f) do n.º 2 do artigo 9.º coloca a exceção quando for “(...) necessário à declaração, ao exercício ou à defesa de um direito num processo judicial (...)”. O termo “necessário” atribui a relevância que este problema tem para o presente artigo. A realidade atual é a que um qualquer indivíduo pode ser identificado não com os seus próprios dados pessoais mas com os dados voluntariamente disponibilizados por outros. Isto impõe uma limitação clara quer ao RGPD quer ao artigo 35.º, da CRP. Torna-se desnecessário que o indivíduo dê o seu consentimento expresso ou que a proibição ao acesso a dados pessoais de terceiros vigore da mesma forma que virou previamente.

A mudança é de difícil observação. A gigante *Google* foi incorporada há 23 anos, em 1998. O acesso fácil à informação que trouxe mudou o mundo. Se um qualquer cidadão da época fosse, de algum modo, transportado para o tempo presente, ficaria num estado de perplexidade absoluta com o aparelho mágico que viaja no bolso de cada indivíduo e responde a 99% de todas as questões da vida, verdade, e universo – mas que em troca, reporta a sua localização para várias entidades, estatais ou não, para que estas a utilizem como bem entendem. Digamos que, até 2050, o desenvolvimento tecnológico continua com as mesmas ordens de magnitude até agora. Se tal for o caso, é perfeitamente razoável dizer que a privacidade morreu. E como tal, a ordem jurídica deve adaptar-se a esta realidade. Como vimos o artigo 35.º, n.º 5, “[proíbe] a atribuição de um número nacional único aos cidadãos”. Ora tal já não é preocupação pois tal já não é necessário. Como vimos no exemplo anterior, uma pessoa hoje, consegue ser identificada com a facilidade e precisão digna de filmes de ficção científica. O mero uso de novas tecnologias, como a da inteligência artificial, reduz a significância de um número nacional único a valores quase nulos.

É importante, porém afastar qualquer ideia distópica. Não falamos de uma ameaça existencial para a experiência humana, mas sim uma ameaça para aquilo que o Direito ao Controlo dos Dados Pessoais Informatizados visa defender.

Há ainda um aspeto que merece desenvolvimento: a autorização – consagrada no artigo 35.º da CRP, e na RGPD. Já mencionado acima, foi o facto de a maior ameaça para a própria privacidade ser o próprio cidadão. A lei, em sentido amplo, nada prevê na situação em que os dados pessoais do cidadão são adquiridos em troca de bens e serviços apetecíveis. De facto, os resultados são merecedores de tal troca. Esta troca, fundamentalmente, é a transparência causada pelo: eu sei tudo o que necessito de saber sobre todas as entidades publicas e privadas

que administram ou tratam os meus dados e elas tudo sabem sobre quem eu sou, onde estou, o que estou a fazer, e o que irei fazer.

Isto é, no entanto, uma entrega voluntária e autorizada dos dados pessoais. Dado que apenas participa quem assim o entender. Quem por proximidade à privacidade, escolher não participar pode, até certa medida, excluir-se desta aglomeração maciça de dados. Todavia, esta escolha é apenas aparente, da mesma forma que possuir um *smartphone* não é realmente uma opção. Quase qualquer pessoa nascida após 2010 está, ativamente, a prover um registo diário da sua própria vida provada para os seus amigos e familiares – mas também para a Administração, e para os gigantes tecnológicos de *Sillicon Valley* e *Zhongguancun*.

Seguimos então para o grande desafio com que o Direito ao Controlo dos Dados Pessoais Informatizados terá que combater. A frase que melhor o explica terá sido dita pelo Cardinal Richelieu, que de forma sumária terá declarado: “se me der seis frases escritas pelas mãos do mais honesto dos homens, encontrarei nelas algo que o levará à força” – algo que nunca foi tão relevante. Já pudemos ser testemunhas por tantas vezes da tecnologia a ser usada por Estados opressores e totalitários para suprimir os seus cidadãos, tanto quanto a vimos a ser usada para os derrubar: saber a identidade de cada um dos membros de um determinado protesto é devastador, mas isto não impede que esse protesto invada o palácio do tirano. Isto evidentemente tem sido alvo de debates pelos órgãos legislativos nacionais e europeus – o Direito ao Esquecimento, e este mesmo Direito que temos vindo a explorar, atuam como a grande barragem contra ataques de tiranos no tempo presente, e de opositores no futuro usando dados pessoais do passado.

Como vimos acima no caso do *Golden State Killer*, um indivíduo pode ser identificado com recurso à sua identidade genética. No entanto não referimos outros modos de identificação quase tão relevantes quanto. As impressões digitais, o modo de andar e a face são outros métodos inalteráveis pelos quais os cidadãos podem ter a sua privacidade violada. E contrariamente às tentativas do Parlamento Europeu, não existe nenhum botão que desligue estes sistemas para quem não desejar participar. De facto, um artigo publicado pelo EPRS¹ colocou em evidência a proposta da Comissão Europeia para uma regulação da Inteligência Artificial (AI). A regulação da AI passaria a ser abordada tendo em conta o risco possível. Algumas AI são consideradas de risco elevado pois, observando o princípio da proporcionalidade, têm um potencial impacto adverso na segurança das pessoas ou os seus

¹ *Madiaga, T; Mildebrath, H (Setembro 2021) Regulating facial recognition in the EU. European Parliamentary Research Service*

Direitos fundamentais. Outras AI, de risco limitado ou de risco mínimo devem ser pautadas de extra transparência e, ainda, seguindo a legislação já vigente.

O que importa destacar, no fim, é a questão fundamental que, a rigor, deve ser colocada. Se a vida de qualquer indivíduo, em qualquer lugar, na Europa ou outra região ocidental, desde o advento dos *smartphones* é perfeitamente e detalhadamente procurável, mesmo que alguém consiga, de modo hercúleo, viver a sua vida sem fazer parte de um dos vários escândalos e micro-escândalos diários, sem ter uma fotografia sua num canto escondido na *Internet*, sem uma mancha no seu caráter, consegue esse alguém, verdadeiramente, declarar o mesmo para todas as pessoas com que alguma vez se associou? Declarar o mesmo para cada palavra que disse, independentemente do quão anónima possa ser? Hoje vivemos num pan-ótico, onde, na condução de Hobbes, o prisioneiro é o guarda do prisioneiro. Nos últimos anos, o crime, bem como o crime que não é reportado, tem descido ². E apesar de existir uma grande diferença entre a causalidade e a correlação, também é verdade a pessoa comum não trocaria os avanços dos últimos 40 anos por uma ideia nebulosa de privacidade. Como vimos, este Direito é essencial para vida livre do cidadão no mundo moderno. Foi o nosso papel, afastando qualquer tipo de argumentação ludita, mostrar o caminho percorrido, bem como o caminho ainda a percorrer.

O meu objetivo não foi apontar para os meus ideais de privacidade. Tampouco serviu como queixa sobre a minha geração ou aquelas a que me seguem, e as distrações da vida quotidiana. Claro que há distrações, nós, coletivamente, fazemos parte daquilo que provavelmente é o evento mais importante que alguma vez este planeta experienciou. O ser humano sempre teve uma complicada relação com o futuro, nunca o conseguiu prever tão bem quanto deseja. Todos pensamos que o futuro será como o presente, substituindo pequenos mecanismos com outros mais avançados – veja-se para o efeito, a *overboard* do filme *Retorno ao Futuro*. Sempre possuímos *smartphones* e deste sempre possuímos esta fraca relação com a privacidade. A verdade, é que o objetivo deste artigo foi cumprido, isto pois, conseguiu responder às três questões a que nos propusemos a responder: a privacidade já morreu, a questão encontra-se na parte de nem todos concordarem com o facto; a legislação que existe hoje é insuficiente para combater os problemas que a tecnologia atual apresenta; e, o que quer que venha depois, virá a uma velocidade nunca antes vista, mais rápido do que o pensamento de qualquer legislador, mas não será chocante nem impressionante, irá sim, mudar as nossas vidas e a nossa lei, da mesma maneira que o *Google* o fez à 23 anos.

² De acordo com o INE, artigo disponível em <https://bit.ly/2Ysylvjt> [Consult. 9-11-2021].

- Carvalho, M. J., & Lopes, P. S. (2019). *Da Privacidade à Proteção de Dados*. Coimbra.
- Ribeiro, D. E. (2015). *A Proteção de Dados Pessoais e Privacidade do Utilizador no Âmbito das Comunicações Eletrónicas*. UAL.
- Justiça e Direitos Fundamentais*. Sítio institucional da União Europeia, artigo disponível em https://europa.eu/european-union/topics/justice-home-affairs_pt [Consult. 09-11-2021].
- Mota, J., & Sampaio, A. P. (2019). *Regulamento Geral de Proteção de Dados em Portugal*. Actualidad Jurídica Uría Menéndez
- Wolford, B. *What is GDPR, the EU's new data protection law?* Artigo disponível em <https://gdpr.eu/what-is-gdpr/> [Consult. 9-11-2021].
- St. John, P. (2021). *The untold story of how the Golden State Killer was found: A covert operation and private DNA*. Los Angeles Times. Artigo disponível em <https://www.latimes.com/california/story/2020-12-08/man-in-the-window> [Consult. 24-10-2021].
- Selk, A. (2020). *The ingenious and 'dystopian' DNA technique police used to hunt the 'Golden State Killer' suspect*. Observador. Artigo disponível em <https://wapo.st/3bYoN34> [Consult. 24-10-2021].
- Miranda, J. (2020). *Direitos Fundamentais* (3st ed.). Almedina
- Gouveia, B. J. C. (1991). *Os Direitos Fundamentais à Proteção dos Dados Pessoais Informatizados*. Revista da Ordem dos Advogados
- CNPD (2019). *Deliberação 2019/495*.
- Tribunal de Justiça da União Europeia (2020). *Proteção dos Dados Pessoais*. Ficha Temática.
- Sacramento e Castro, C. (2016). *40 anos de "Utilização da Informática" - o artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa*. e-Publica.