



Do mercado interno à cidadania de direitos: a proteção de dados pessoais como a questão jusfundamental identitária dos nossos tempos

Alessandra Silveira & Pedro Froufe*

SUMÁRIO: Tendo por mote a aplicabilidade do Regulamento Geral de Proteção de Dados a partir de 25 de maio de 2018, os Autores valem-se dos ensinamentos de engenheiros informáticos para explicar em que medida os dados (inclusivamente os de carácter pessoal) estão na base da revolução algorítmica que está a reconfigurar a ciência, os negócios, e a política. Os Autores defendem que, no contexto da afirmação da União Europeia como uma União de direito, a importância e a atenção concedidas à efetividade do direito fundamental à proteção de dados pessoais não se justifica apenas pela pressão dos tempos tecnológicos que vivemos e pela emergência progressiva de um homo digitalis. A montante, o sentido cada vez mais (assumidamente) político do aprofundamento da integração, bem como a prioridade colocada na construção da cidadania europeia e no reforço de uma dimensão de integração extraeconómica, tudo isso favorece o desenvolvimento de uma cultura de direitos fundamentais europeia. O paradigma referencial de mercado interno é, hoje em dia, o de um mercado onde se movimentam e circulam, antes de mais, cidadãos que também são, circunstancialmente, agentes económicos e consumidores. Neste sentido, os Autores procuram demonstrar por que razão a proteção de dados pessoais converteu-se na questão jusfundamental identitária dos nossos tempos: basicamente para que o projeto do humanismo não se torne irrelevante.

PALAVRAS-CHAVE: proteção de dados pessoais – direitos fundamentais – algoritmos de aprendizagem – inteligência artificial – mercado único digital.

* Os Autores são Professores da Escola de Direito da Universidade do Minho e integram o Projeto Jean Monnet “INTEROP - *EU Digital Single Market as a political calling: interoperability as the way forward*” financiado pela EACEA (*Educational, Audiovisual and Culture Executive Agency*), Comissão Europeia.

I. O RGPD e o despertar da princesa adormecida: a questão da propriedade dos dados

No dia 25 de maio de 2018 passou a ser aplicável o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD)¹ – e, desde então, a nossa caixa de *e-mails* ficou abarrotada de pedidos de consentimento para continuarmos a receber *newsletters* e congéneres informativos. Afinal, o cidadão europeu descobriu-se “dono” dos seus dados pessoais na Internet (o que até agora era duvidoso, auguramos que deixe de o ser...) e já não pode ser importunado com *e-mails* indesejáveis. Apercebeu-se de que dados pessoais não são apenas aqueles que de forma direta possibilitam a identificação de uma pessoa, mas também aqueles dados que permitem chegar a esta identificação por associação de conceitos e conteúdos, mesmo que não se faça uma referência direta ao seu titular – como seria o caso do endereço de IP (*Internet Protocol*) com que se acede à *Web* ou da matrícula de um veículo. Foi como se o cidadão europeu, à semelhança da princesa adormecida do conto infantil, tivesse despertado de um sono profundo para descobrir que o valor da retribuição que auferir, bem como o som da sua voz registada para permitir o acesso a uma conta bancária, ou o registo das compras que efetua e dos meios de pagamento que utiliza, mas também a sua história clínica, as suas dívidas e créditos, o seu *curriculum vitae*, etc. são tudo dados de caráter pessoal, pois estando associados a uma pessoa singular, permitem identificá-la. Mais: o cidadão europeu realizou que esses dados são objeto de proteção pelo direito da União Europeia quando sujeitos a uma operação/tratamento efetuados com ou sem recurso a meios automatizados.

Ainda um tanto espantado, o cidadão europeu procura agora saber por que razão os seus dados são tão apetecíveis (não fazia ideia!). Ou seja, procura entender qual o motivo de tanto barulho em torno de normas que regulam não só o tratamento dos seus dados pessoais mas também (em breve) a sua privacidade no âmbito das comunicações eletrónicas.² O que há de relevante nos dados pessoais informatizados?, a ponto de o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), desde o acórdão *Lindqvist* – seguido de *Scarlet*, *Digital Rights*, *Google*, *Sherems*, *Tele 2*,³ etc. – ter travado uma autêntica batalha, por vezes incompreendida, a fim de que o legislador europeu afinal adotasse o RGPD. A razão é simples: a livre circulação de dados é indispensável para o desenvolvimento da chamada economia digital. As soluções tecnológicas que permitem a utilização mais inteligente de recursos como energia e água, a redução de pesticidas na agricultura, a competitividade da indústria transformadora, bem como a redução de acidentes nas estradas, tudo depende do processamento de dados.⁴ Os algoritmos de aprendizagem

¹ Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016.

² Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao respeito pela vida privada e à proteção dos dados pessoais nas comunicações eletrónicas e que revoga a Diretiva 2002/58/CE (Regulamento relativo à privacidade e às comunicações eletrónicas), COM(2017) 10 final, de 10 de janeiro de 2017, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017PC0010&from=EN>.

³ Acórdão *Lindqvist*, de 6 de novembro de 2003, proc. C-101/01, ECLI:EU:C:2003:596; Acórdão *Scarlet*, de 24 de novembro 2011, proc. C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771; Acórdão *Digital Rights Ireland*, de 8 de abril de 2014, processos apensos C-293/12 e C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238; Acórdão *Google*, de 13 de maio de 2014, proc. C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317; Acórdão *Sherems*, de 6 de outubro de 2015, proc. C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650; Acórdão *Tele 2*, de 21 de dezembro de 2016, processos apensos C-203/15 e C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970.

⁴ Comunicação da Comissão Europeia sobre a revisão intercalar relativa à aplicação da Estratégia para o Mercado Único Digital - Um Mercado Único Digital conectado para todos [COM(2017) 228 final], Bruxelas, 10 de maio de 2017, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017DC0228&from=PT>.

da Google, do Facebook, da Amazon, da Apple, etc. aprendem a partir dos dados que lhes dermos. Por isso se diz que os dados (inclusive os de carácter pessoal) estão na base da revolução algorítmica que está a mudar o mundo.

Mas vida privada não é (não deve ser) um produto comercializável (sobretudo à revelia dos visados). E sabemos que a quebra de privacidade que crescentemente acompanha o uso universal da Internet garante a monitorização de cada gesto e ideia humana. Até se encontra vigilância à venda, por lucros elevados, pela mão de uma série de empresas tecnológicas.⁵ Definitivamente, tem de haver limites, pois o respeito da vida privada e da proteção dos dados pessoais constitui uma condição para que existam fluxos comerciais globais estáveis, seguros e competitivos.⁶ Por isso faz-se necessário um conjunto de normas que disciplinem, em especial, a responsabilidade, a transparência e a prestação de contas na era digital – e que traduzam os valores universais intrinsecamente europeus e humanísticos que caracterizam o contributo da Europa para a sociedade. Normas que não comprometam o processo de investigação, de inovação e de desenvolvimento da digitalização,⁷ mas que moldem a revolução tecnológica de modo a que as vantagens da robótica e dos algoritmos de aprendizagem sejam amplamente partilhadas, evitando tanto quanto possível os seus perigos potenciais.

É claro que não podemos voltar à era pastoril, sobretudo porque a sociedade está a reorientar os seus interesses, passando de uma conectividade específica (computadores, telefones inteligentes, etc.) para uma conectividade omnipresente (artigos para uso doméstico, produtos industriais, etc.). Estima-se que até 2020 cerca de 6 mil milhões de dispositivos de uso doméstico (televisores, frigoríficos, máquinas de lavar, etc.) estejam ligados à Internet na União Europeia.⁸ Tal constitui uma ameaça importante à privacidade, devido ao posicionamento de dispositivos conectados em espaços tradicionalmente protegidos e íntimos, com capacidade de extrair informações relativas a dados pessoais sensíveis e de os transmitir.⁹ Um mercado e uma sociedade intensamente conectados são mais vulneráveis a ciberataques – o que prejudica as empresas de todas as dimensões e compromete a confiança na economia digital e nas instituições democráticas.

De qualquer forma, a premissa para o enfrentar deve ser sempre aquela segundo a qual nada é inevitável no que se refere ao impacto das tecnologias digitais. Tudo depende, em grande medida, da forma como os cidadãos, as empresas e as autoridades públicas decidirem utilizá-las e da forma como for definido o seu enquadramento normativo.¹⁰ De resto, como revela o *General Report* apresentado no âmbito do FIDE

⁵ António Damásio, *A estranha ordem das coisas – a vida, os sentimentos e as culturas humanas* (Lisboa: Círculo de Leitores, 2017).

⁶ *Comunicação da Comissão Europeia sobre a revisão intercalar relativa à aplicação da Estratégia para o Mercado Único Digital...*

⁷ Digitalização é aqui entendida como “the way in which many domains of social life are restructured around digital communication and media infrastructures or the way in which these media structure, shape, and influence the contemporary world”, Corien Prins et al. (ed.), *Digital democracy in a globalized world* (UK/USA: Edward Elgar Publishing, 2017), 6.

⁸ *Comunicação da Comissão Europeia sobre a revisão intercalar relativa à aplicação da Estratégia para o Mercado Único Digital...*

⁹ *Resolução do Parlamento Europeu que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica...*

¹⁰ *Comunicação da Comissão Europeia sobre a revisão intercalar relativa à aplicação da Estratégia para o Mercado Único Digital...*

Congress 2018¹¹, o maior problema do digital porventura seja o risco de *overregulation* (excesso de regulamentação) num setor altamente variável e imprevisível. No Parecer da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados sobre a proposta de Regulamento relativo à privacidade e às comunicações eletrónicas (Regulamento *e-privacy*) critica-se precisamente a complexidade das regras – o que cria um risco, porventura involuntário, de lacunas de proteção.¹²

Neste texto procuraremos demonstrar por que razão a proteção de dados pessoais converteu-se na questão jusfundamental identitária dos nossos tempos. A proteção de dados pessoais adquiriu centralidade jurídico-constitucional não apenas porque o Mercado Único Digital¹³ converteu-se num interesse público primário a prosseguir – e a desejada circulação de pessoas, mercadorias, serviços e capitais implica o aumento do fluxo transfronteiriço de dados. Também não foi apenas porque a finalização do Mercado Único Digital requer um ambiente jurídico estável que estimule a inovação, combata a fragmentação do mercado e permita a competitividade em condições justas e equilibradas. Tal protagonismo jurídico-constitucional também não se prende apenas com a estimativa, certamente impressionante, de que o valor da economia dos dados subirá para 739 mil milhões de EUR até 2020, correspondendo a 4 % do PIB total da UE (ou seja, mais do dobro do valor atual) e o número de profissionais no setor dos dados passará de 6 milhões em 2016 para mais de 10 milhões até 2020.¹⁴ Então porquê?

Ora, a proteção de dados pessoais converteu-se na questão jusfundamental identitária dos nossos tempos para que o projeto do humanismo não se torne irrelevante.

II. O mercado interno e a teleologia dos direitos fundamentais: a questão da cidadania

O *homo digitalis*¹⁵ está cada vez mais presente em todos nós. Envolve-nos, captura-nos. O nosso quotidiano digitaliza-se rapidamente. Impõe-nos uma reorganização do padrão habitual de vida – ou a digitalização dos nossos processos de vida. Vivemos, na realidade e em medida significativa, uma existência virtual... mas bem real! O real e o virtual embrincam-se na nossa vida corrente e as fronteiras entre uma e outra dimensão da nossa existência esbatem-se. No entanto, essa nossa “vida tecnológica” não parece ser facilmente enquadrável pelo direito. O direito tem o seu tempo – ainda dificilmente compaginável com a velocidade do desenvolvimento tecnológico. É um tempo tendencialmente diferido – e não um tempo real. Além disso, perante realidades novas, hesita naturalmente na busca do caminho valorativo (logo, normativo) a seguir. Importa, pois, dar tempo (o seu tempo) ao direito, sem perder de vista as vicissitudes e desafios do *homo digitalis*.

¹¹ *General Report - XXVIII FIDE Congress - Vol. I* (The internal market and the digital economy), ed. José Luís da Cruz Vilaça *et al* (Lisboa: Almedina, 2018).

¹² Parecer da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados sobre a proposta de Regulamento relativo à privacidade e às comunicações eletrónicas (Regulamento *e-privacy*), Jornal Oficial da União Europeia (2017/C 234/03), disponível em [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017XX0720\(01\)&from=PT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017XX0720(01)&from=PT).

¹³ Estratégia para o Mercado Único Digital [COM (2015) 192].

¹⁴ *Comunicação da Comissão Europeia sobre a revisão intercalar relativa à aplicação da Estratégia para o Mercado Único Digital...*

¹⁵ A expressão vai sendo utilizada regularmente como sinónimo de literacia/conhecimento e de dependência em relação às novas tecnologias de informação e comunicação (TIC) que invadiram o nosso quotidiano. Cfr. Natasha Saxberg, *Homo digitalis: How the human needs support digital behavior for people, organizations and societies* (Copenhague: Dansk Psykologisk Forlag, 2015).

E é por isso que no âmbito da integração europeia, a importância de um efetivo regime uniformizado de proteção de dados pessoais – apto a debater-se com os avanços tecnológicos e, simultaneamente, concretizador do direito fundamental consagrado, direta e autonomamente, no artigo 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) – deve ser observada e compreendida à luz do sentido e dos objetivos que, ultimamente, têm orientado o aprofundamento da integração.

À medida que o objetivo da construção de um sólido mercado interno foi sendo alcançado, o “motor” do aprofundamento da integração começou a centrar-se progressivamente na construção de uma efetiva cidadania europeia. De certo modo, a União Europeia – essa espécie de OPNI (objeto político não identificado), segundo a expressão de Jacques Delors – deixou de ter preconceitos relativamente à assunção da sua natureza e do seu referencial político (de União também política). Até certo ponto, o foco de atenção prioritária das instituições europeias deixou de ser a construção do mercado interno (basicamente alcançada) para se concentrar no cidadão, independentemente da sua qualidade ou “veste” de agente económico ou de consumidor.

A liberdade de circulação foi sendo afirmada e garantida, inicialmente através da jurisprudência do TJUE, como uma liberdade de circulação pessoal, independentemente ou para além da liberdade de circulação económica. A intervenção social, inerente à afirmação de uma cidadania europeia (sendo ainda e sobretudo uma “cidadania de direitos”), passou a ser uma das preocupações da ação das instituições. Um certo retorno a algumas visões ordoliberais foi sendo reafirmado, como uma forma de mitigar a agrura de uma construção concentrada unicamente no mercado e na concorrência económica: com a reforma de Lisboa, o Tratado da União Europeia (TUE) passa a associar expressamente o mercado interno a uma “economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social” (artigo 3.º, n.º 3 do TUE).

Queremos com isso afirmar que atualmente, no contexto da afirmação da União Europeia como uma União de direito, a importância e a atenção concedidas à efetividade do direito fundamental à proteção de dados pessoais não se justifica apenas pela pressão dos tempos tecnológicos que vivemos e pela emergência progressiva de um *homo digitalis*. A montante, o sentido cada vez mais (assumidamente) político do aprofundamento da integração, bem como a prioridade colocada na construção da cidadania europeia [artigos 20.º e 21.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)] e no reforço de uma dimensão de integração extraeconómica, tudo isso favorece o desenvolvimento de uma cultura de direitos fundamentais europeia.

Certamente o mercado interno e a aplicação das liberdades económicas serviram inicialmente de pretexto para a construção jurisprudencial de uma dogmática e de uma cultura personalista europeia de direitos fundamentais. Porém, hoje em dia e cada vez mais, o reforço e o aprofundamento do mercado interno (da integração económica) desenvolvem-se, eles próprios, de acordo com uma teleologia de proteção dos direitos fundamentais, indissociável da densificação da cidadania europeia. Com alguma propriedade podemos dizer que o paradigma referencial de mercado interno é, hoje em dia, o de um mercado onde se movimentam e circulam, antes de mais, cidadãos que também são, circunstancialmente, agentes económicos e consumidores.

Na fase em que o grande objetivo imediato da ação das instituições europeias era a concretização e/ou aprofundamento, em determinadas áreas de atividade, do mercado interno, tornava-se imprescindível garantir a livre circulação de informações

personais. O aumento da circulação transfronteiriça de pessoas, de mercadorias, de capitais e da prestação de serviços implicou um aumento da recolha e da circulação de dados pessoais – e esse aumento do fluxo de circulação (e de utilização económica) de dados impôs a necessidade de existir, no espaço europeu, um nível de proteção equivalente em todos os Estados-Membros. Ou seja, a proteção de dados decorreu da necessidade de fazer circular informações pessoais no mercado interno em condições de segurança para os titulares dos dados. Este nível de proteção equivalente deveria resultar, no mínimo, de legislações harmonizadas. É neste contexto que surge a Diretiva 95/46/CE *i)* impondo aos Estados-Membros a obrigação de adotarem legislação interna que oferecesse garantias de proteção semelhantes em todo o espaço europeu e *ii)* estipulando os procedimentos e os comportamentos-regra relativamente ao fluxo de dados pessoais a transferir para Estados terceiros (os quais passaram a ser classificados pela Comissão Europeia de um modo diferenciado, consoante oferecessem, ou não, um “nível de proteção adequado” em matéria de dados pessoais).

Todavia, esta fase de harmonização normativa revelou-se insuficiente diante da espantosa circulação de dados informatizados, impondo-se a introdução de um regime jurídico de aplicação uniformizada no espaço da União, tendente a devolver o controlo dos dados pessoais aos seus titulares. Desde janeiro de 2012 as instituições da União publicitaram a necessidade de empreender uma revisão/reforma do regime jurídico de proteção de dados então em vigor. A fragmentação de regimes nacionais resultante das várias transposições da Diretiva 95/46 foi uma das causas que, tecnicamente e sob o prisma da segurança e uniformidade jurídicas, justificaram a necessidade de reforma. Assim sendo, sempre foi manifesta a intenção de se avançar com um Regulamento (desde logo, uniformizador) que revogasse e substituísse a referida Diretiva 95/46. De resto, esta tendência uniformizadora tem feito caminho no domínio do digital.¹⁶

Assim, o desenvolvimento da sociedade técnica da informação e os avanços da economia digital aceleraram a necessidade de desenvolver-se um regime apto a, nas circunstâncias atuais e no contexto do desenvolvimento tecnológico/digital em que vivemos, garantir a efetividade do direito fundamental à proteção dos dados pessoais em termos (tendencialmente) uniformes por via de um Regulamento. O mercado interno requer, cada vez mais, a circulação de dados – e o tratamento desses dados, cada vez mais sofisticado, requer um sistema padronizado de controlo de comportamentos técnicos e digitais tendente a evitar abusos.

O RGPD acaba por ser o elemento central de uma verdadeira reforma de regime em matéria de proteção de dados pessoais – uma reforma que reflete as preocupações (agora, acrescidas) de conciliação da necessária competitividade e flexibilidade das empresas/agentes económicos europeus com o reforço da proteção efetiva dos direitos fundamentais. Trata-se de uma conciliação difícil e necessariamente dependente de circunstâncias casuísticas. Isto é, uma equação que almeja otimizar uma cultura de cidadania de direitos (de reserva da privacidade e de domínio dos dados de cada um) sem impedir a implantação crescente da economia digital. Até certo ponto, uma verdadeira revolução, tendo em vista colocar a Europa integrada na vanguarda do desenvolvimento tecnológico, do crescimento económico e da competitividade proporcionada pela vaga da economia digital – porém, e simultaneamente, sempre com a forte certeza de que o cidadão europeu, a sua dignidade e os seus direitos fundamentais são a “marca d’água” da Europa e da integração.

¹⁶ *General Report - XXVIII FIDE Congress - Vol. I* (The internal market and the digital economy)...

III. Os algoritmos de aprendizagem como intermediários do mercado: a questão da escolha ilimitada

Numa obra dedicada a explicar por que razão os dados (inclusivamente os de carácter pessoal) estão na base da revolução algorítmica – e em que medida a inteligência artificial está a reconfigurar a ciência, os negócios, e a política –, o cientista português Pedro Domingos,¹⁷ Professor de Ciências da Computação na Universidade de Washington, explica que o problema que define a era digital seria “como é que nos encontramos uns aos outros?” Isto se aplica a produtores e consumidores – que precisam estabelecer uma ligação antes que qualquer transação aconteça – mas também a quem esteja à procura de um emprego ou de um parceiro romântico. Os computadores permitiram a existência da Internet – e esta mobilizou uma infinidade de dados e o problema da escolha ilimitada. Ora, a aprendizagem automática utiliza essa infinidade de dados para ajudar a resolver o problema da escolha ilimitada. A Netflix pode ter cem mil títulos de DVDs em *stock*, mas se os clientes não souberem encontrar aqueles de que gostem, acabam por escolher sempre os mais vendidos, por isso a Netflix utiliza um algoritmo de aprendizagem que identifica os gostos do cliente e recomenda DVDs. Simples assim, esclarece o Autor.

Os engenheiros informáticos nos têm explicado que a aprendizagem automática é uma tecnologia que se constrói a si mesma. O que a difere da programação normal é que nesta última é preciso explicar ao computador o que ele tem de fazer – passo a passo. Se quero que o computador jogue xadrez ou faça um diagnóstico médico tenho de explicar-lhe como se joga xadrez ou como se faz um diagnóstico. Já um algoritmo de aprendizagem é capaz de aprender a partir dos dados que lhe dermos: se lhe dermos um vídeo de um carro a ser guiado, de uma estrada, e do que uma pessoa faz no volante, o algoritmo inteligente aprende a guiar. Os computadores aprendem simulando o raciocínio por analogia.¹⁸ Não admira que a aprendizagem automática – este método de transformação de dados em conhecimento – esteja a revolucionar a ciência, os negócios e a política. E com o desenvolvimento do comércio eletrónico a personalização automatizada tornou-se obrigatória. É por isso que o sucesso ou fracasso de uma empresa – e, em última análise, de todo um mercado ou de uma economia – depende cada vez mais da qualidade dos seus algoritmos de aprendizagem. E estes, por sua vez, dependem dos nossos dados: quanto mais dados tiverem, mais aprendem.

Ora, na medida em que os algoritmos de aprendizagem se tornam os intermediários no mercado, concentram cada vez mais poder.¹⁹ E assim os algoritmos da Google determinam qual informação encontramos, os algoritmos da Amazon determinam que produtos compramos, os algoritmos da Match.com sugerem o par ideal para quem o procura. O passo decisivo na escolha continua a ser nosso, mas 99% da seleção daquilo que consumimos já foi feita por algoritmos – explica Pedro Domingos. Surge então um novo efeito em rede: quem tiver mais clientes – acumula mais dados – obtém os melhores modelos algorítmicos – e conquista o maior número de novos clientes...²⁰ E assim sucessivamente, num círculo virtuoso (ou vicioso, na perspetiva da concorrência, pois como lidar com o monopólio digital?).

¹⁷ Pedro Domingos, *A revolução do algoritmo mestre. Como a aprendizagem automática está a mudar o mundo* (Lisboa: Letras & Diálogos, 2017).

¹⁸ Pedro Domingos, *A revolução do algoritmo mestre...*

¹⁹ *Ibidem.*

²⁰ *Ibidem.*

De qualquer forma, a aprendizagem automática não passa de uma tecnologia – e, portanto, o que importa é o que decidimos fazer com ela e como regular a sua utilização. Que dados devemos dar ao computador para que ele atinja o modelo que desejamos e que nos sirva? Com quem devemos partilhar os nossos dados? Mais de mil milhões de internautas decidiram partilhar os seus dados pessoais com o Facebook – cujo principal uso que dá ao conhecimento gerado por tais dados é o direcionamento de anúncios. Em troca, a empresa fornece a infraestrutura para a partilha – é esse o negócio que se faz quando se usa o Facebook. À medida que os algoritmos do Facebook aprendem mais e melhor com os dados dos internautas, a empresa obtém cada vez mais valor a partir desses dados. Não há serviços gratuitos na Internet... estamos sempre a pagar de alguma forma. A Google sabe das nossas pesquisas, a Amazon conhece as nossas preferências literárias, a Apple sabe das músicas que descarregamos. Estas empresas recolhem e vendem informações sobre nós.²¹

Não há qualquer problema em comercializarmos os nossos dados desde que o façamos de forma livre e esclarecida. Dá muito jeito comunicar pelo WhatsApp ou Skype, sobretudo por razões profissionais, sendo-nos difícil abdicar de tais serviços. O problema reside no fato de certas empresas utilizarem os nossos dados para aquilo que não é do nosso interesse – e até que o RGPD passou a ser aplicado não tínhamos forma de o impedir. Não obstante, a maioria das pessoas não tem consciência da quantidade de dados que são diariamente recolhidos a seu respeito – nem dos potenciais custos e benefícios envolvidos – e enquanto isso as grandes empresas foram atuando sem dar nas vistas.

Tudo isso faz parte de um modelo de negócio através do qual os internautas pagam com seus dados pessoais por um serviço – sem consequências (aparentemente) danosas até que os russos passaram a utilizar as *fake news* como estratégia militar. Tratando-se de um negócio, a solução seria simples: se o Facebook e congéneres exercem um monopólio digital sobre o qual não incide tributação, importa fazer incidir a fiscalidade europeia sobre plataformas digitais desta natureza, através do pagamento de tributos pelo negócio da publicidade direcionada. E, além disso, responsabilizar as empresas pelas irregularidades cometidas do âmbito do negócio que oferecem a quem se encontra na União Europeia. O RGPD introduz coimas de até 20 000 000 euros ou até 4% do volume de negócios anual da empresa (aplicando-se o valor mais elevado) no caso de violação das suas disposições (art. 83.º, n.º 5). Importa, todavia, saber como as autoridades europeias e nacionais vão agora utilizar os novos instrumentos que o RGPD lhes dá.

Urge, portanto, discutir tais questões sem maniqueísmos ou reservas mentais. Importa conscientizar as pessoas para que façam suas escolhas individuais quanto ao que querem partilhar e quanto ao que não querem partilhar (e como e onde). Sobretudo porque cada vez mais os algoritmos de aprendizagem decidem quem obtém crédito, quem compra o quê, quem fica com qual emprego, quem recebe qual aumento, que ações sobem e descem no mercado financeiro, quanto custa um seguro, onde estão os agentes de polícia, quem tem encontros românticos e com quem, etc...²²

Por esta razão o eurodeputado português João Ferreira questionou recentemente a Comissão Europeia sobre as medidas a adotar no âmbito da chamada “discriminação algorítmica” (em função do sexo, idade, origem étnica, religião, orientação sexual, etc.) provocada por algoritmos de gestão de risco. Ou seja, que medidas estariam a ser

²¹ *Ibidem.*

²² *Ibidem.*

consideradas no sentido de alargar disposições já existentes para determinados setores (por exemplo, concessão de crédito bancário), assegurando um âmbito de aplicação mais global? O RGPD amplia o direito de oposição (art. 21.º) e não sujeição a decisões individuais automatizadas (art. 22.º) incluindo definição de perfis. Isto é, o titular tem direito a não estar sujeito a qualquer decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado dos seus dados (oposição ao *profiling* realizado com objetivo de avaliar e tipificar os indivíduos com base nos seus dados) que produza efeitos na sua esfera jurídica ou o afete significativamente. Isto porque tem de haver *i*) intervenção humana por parte do responsável pelo tratamento bem como *ii*) manifestação de contraditório tendente a expor os argumentos do titular e contestar a decisão.

Mas porventura a questão seja inclusivamente mais profunda: como evitar que os algoritmos de aprendizagem perpetuem a discriminação subjacente aos dados a partir dos quais aprendem e se desenvolvem? O escândalo envolvendo o Facebook e a Cambridge Analytica (uma empresa privada de análise de dados e comunicação estratégica) levanta, entre outros, o problema da regulamentação de algoritmos inteligentes. E a dificuldade reside sobretudo no fato de não existir uma ligação necessária entre inteligência e vontade própria. Ao contrário dos seres humanos, os algoritmos não têm vontade própria, atuam ao serviço dos objetivos que lhes são definidos.²³ Embora espetacular, a inteligência artificial tem pouca semelhança com os processos mentais dos seres humanos – como explica brilhantemente o neurocientista português António Damásio, Professor na University Southern California.²⁴ Nesta medida, nem todos os impactos da inteligência artificial são facilmente reguláveis ou traduzíveis normativamente²⁵ – e por isso a regulamentação tradicional pode não funcionar.

O exemplo das notícias falsas é elucidativo. O algoritmo do Facebook tem por objetivo maximizar o envolvimento do internauta – quer que as pessoas leiam as *fake news* porque é assim que lhes pode mostrar mais anúncios. Não interessa ao algoritmo se as notícias são verdadeiras ou falsas, boas ou más. De resto, como as notícias falsas são as mais escandalosas, são também aquelas que mais chamam a atenção dos internautas. Em última análise, os algoritmos de aprendizagem são estúpidos – como explica Pedro Domingos –, pois falta-lhes, pelo menos por enquanto, senso comum e ética, que são características humanas, como também a empatia e a criatividade.²⁶

Num estudo recente, a Agência Europeia de Direitos Fundamentais procura explicar como a discriminação algorítmica pode ocorrer e sugere medidas tendentes a minimizar os seus efeitos sobre os direitos fundamentais protegidos pela União Europeia, a saber: *i*) verificar a qualidade dos dados, pois dada a quantidade de dados gerados e utilizados, continua sendo um desafio avaliar a qualidade de todos os dados coletados e usados para construir algoritmos; *ii*) zelar pela transparência ou escrutínio público sobre a forma como os algoritmos foram construídos, permitindo que outras pessoas detetem e, quando necessário, corrijam quaisquer aplicações discriminatórias; *iii*) realizar avaliações de impacto nos direitos fundamentais (ou do potencial de discriminação em razão de distintos fatores: sexo, idade, origem étnica, etc.) tendente

²³ *Ibidem*.

²⁴ António Damásio, *A estranha ordem das coisas...*

²⁵ Sobre o assunto, cfr. Parlamento Europeu, Scientific Foresight study “*Ethical Aspects of Cyber-Physical Systems*”, Science and Technology Options Assessment Panel (STOA), 2016, disponível em [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_STU\(2016\)563501](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_STU(2016)563501).

²⁶ Pedro Domingos, *A revolução do algoritmo mestre...*

a identificar preconceitos na aplicação dos algoritmos; *iii*) certificar-se de que a forma como o algoritmo foi construído e como opera pode ser explicada de maneira compreensiva – desde logo, que dados foram usados para criar o algoritmo.²⁷

Assim, o RGPD não autoriza os juristas a estarem descansados com a revolução tecnológica e digital. Os sistemas complexos de inteligência artificial que estão a ser forjados não são apenas máquinas, pois aprendem a reconhecer padrões e a adotar estratégias que escapam à compreensão humana. Ademais, podem ser os próprios humanos a entregar-lhes o controlo voluntariamente, pois têm grande facilidade para receber ordens e deslumbrar-se com o que não conhecem.²⁸ Aqui ainda são válidas as lições do jovem filósofo Étienne de la Boétie a propósito da servidão voluntária²⁹ e dos motivos pelos quais abdicamos da nossa capacidade de decidir – algo que não se explica apenas pelo uso da força. Na tentativa de captar esse “algo a mais” que explique a dominação, Étienne já concluía, em meados do séc. XVI, que quem abre mão da liberdade ganha a servidão – que, de resto, pode ser um lugar mais confortável do que a liberdade. O que suporta esta entrega, segundo Étienne? O medo da liberdade – explica o historiador brasileiro Leandro Karnal.³⁰ Pois, como bem sabemos, é mais fácil e cómodo ser súdito do que ser cidadão.

Não foi por outra razão que o Parlamento Europeu instou a Comissão Europeia, com base no artigo 114.º do TFUE, a apresentar uma proposta legislativa sobre questões jurídicas relacionadas com o desenvolvimento e a utilização da robótica e da inteligência artificial previsível para os próximos 10 a 15 anos – uma proposta que contemple a hipótese de reconhecimento de pessoas eletrónicas, para além das habituais pessoas singulares e coletivas.³¹ Ou seja, criar um estatuto jurídico específico para robôs, de modo a que, pelo menos os robôs autónomos mas sofisticados, detenham o estatuto de pessoas eletrónicas responsáveis por sanar quaisquer danos que possam causar – e, eventualmente, aplicar a personalidade eletrónica a casos em que os robôs tomam decisões autónomas ou que interagem por qualquer modo com terceiros de forma independente. Instada pelo Parlamento, a Comissão Europeia adotou a Comunicação intitulada “A Inteligência Artificial para a Europa” em abril de 2018 – e prevê para o final deste ano a adoção de um plano coordenado naquele domínio, sob o desígnio de que “as novas tecnologias se baseiam em valores”.³² Está aqui subjacente a ideia de que o desenvolvimento da robótica, da inteligência artificial, e da digitalização exige que todos os envolvidos no desenvolvimento e comercialização de tais aplicações assumam a responsabilidade jurídica pela qualidade da tecnologia que produzem em todas as fases do processo. Isto é, tecnologias sustentáveis – ou um ambiente digital tendencialmente seguro, equitativo, aberto.

²⁷ European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), *#BigData: discrimination in data-supported decision making*, disponível em <http://fra.europa.eu/en/publication/2018/big-data-discrimination>.

²⁸ Pedro Domingos, *A revolução do algoritmo mestre...*

²⁹ Étienne de la Boétie, *Discurso da servidão voluntária* (São Paulo: Editora Brasiliense, 1982).

³⁰ Leandro Karnal, *O medo à liberdade e a servidão voluntária* (Café Filosófico), disponível em https://www.youtube.com/watch?v=zR8QzE_goCs.

³¹ *Resolução Parlamento Europeu que contém recomendações à Comissão Europeia sobre robótica...*

³² Comissão Europeia, Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões “Inteligência Artificial para a Europa”, Bruxelas, 25 de abril de 2018, COM(2018) 237 final, p. 4, disponível em <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/communication-artificial-intelligence-europe>.

IV. O processamento de dados e a tomada de decisões: a questão da democracia

Há algum tempo os juspublicistas mais atentos perceberam que o poder desterritorializou-se. Como explica Gustavo Zagrebelsky, o poder político e constitucional já não se exerce da mesma forma, porque o poder não tem hoje um marco territorial (ou só o tem parcialmente), configurando aquilo a que se convencionou chamar “desterritorialização do poder”. Diante deste processo, aprofunda-se cada vez mais um desfasamento entre a expressão livre das preferências políticas e a real capacidade dessa expressão se repercutir nos processos decisórios que afetam o quotidiano dos eleitores. O direito de voto expresso numa dada circunscrição eleitoral deixa de ser eficaz porque os representantes eleitos por esta via não dispõem de influência nas decisões que sobre tal circunscrição se projetam.³³ Neste contexto, mudam os governos mas não mudam as políticas. A margem de mudança é muito reduzida porque as estruturas do Estado estão envelhecidas, foram pensadas para outro tempo, e não conseguem gerir dinâmicas transnacionais que não controlam.³⁴

Este desfasamento traduz um inédito divórcio entre a política e o poder, como explicava Zygmunt Bauman: a política perspectivada como a capacidade de decidir que coisas devem ser levadas a cabo e o poder aqui entendido como a capacidade de efetivamente levar as coisas a cabo. Isso produz o efeito de um sistema político nacional reduzido à gerência da administração de rotina e um sistema de poder global sem representação política e isento de qualquer controlo. As finanças, os capitais de investimento, a circulação de bens e capitais, o mercado de trabalho, etc. estão além da responsabilidade e do alcance das únicas agências políticas ainda disponíveis para cumprir a tarefa de regulação e supervisão – os Estados. A União Europeia foi a única tentativa mais ou menos bem-sucedida (porque incompleta) para regular os fluxos globalitários e atenuar os seus efeitos. Assim, sob condições de interdependência global e digital, mais importante que a resposta à pergunta “O que fazer?” seria a resposta à pergunta: “Quem vai fazê-lo?”³⁵

E aqui voltamos aos dados. De entre as inúmeras afirmações polémicas de Yuval Harari na sua obra *Homo Deus* destaca-se aquela segundo a qual as novas mudanças nas condições de processamento de dados no séc. XXI podem conduzir ao declínio e mesmo ao desaparecimento da democracia.³⁶ Tentando desvendar para onde foi o poder na era digital, o Autor explica que com o aumento do volume e da velocidade dos dados, instituições respeitáveis como o sistema eleitoral, os partidos e os parlamentos podem tornar-se obsoletas por se revelarem incapazes de processar dados com a eficácia necessária. Essas instituições desenvolveram-se numa época em que a política avançava mais rapidamente que a tecnologia, conseguindo regular e controlar a sua trajetória. De resto, segundo Harari, a democracia e o mercado livre triunfaram porque souberam, sob a alçada das circunstâncias únicas do final do séc. XX, aprimorar o sistema global de processamento de dados, através da sua dispersão em detrimento da concentração. Todavia, no séc. XXI, as estruturas políticas tradicionais já não conseguem processar os dados com a rapidez suficiente a fim de projetarem visões significativas para o futuro.

Por conseguinte, os eleitores sentem que os mecanismos democráticos já não

³³ Paulo Castro Rangel, *O estado do Estado. Ensaios de política constitucional sobre justiça e democracia* (Alfragide: Dom Quixote, 2009).

³⁴ Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite* (Torino: Einaudi, 1992).

³⁵ Zygmunt Bauman e Carlo Bordoni, *Estado de crise* (Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2016).

³⁶ Yuval Noah Harari, *Homo Deus. História breve do amanhã* (Amadora: Elsinore, 2017).

os capacitam – o poder está a fugir-lhes das mãos e ainda não sabem para onde se transferiu. No Reino Unido os eleitores pensam que o poder passou para as mãos da União Europeia e então votam a favor do Brexit. Nos Estados Unidos os eleitores pensam que o poder é monopolizado pelo “sistema” e então elegem Trump. Em ambas as situações estão enganados, explica Harari, pois o poder não retornará aos eleitores comuns. Mas isso não significa o regresso a ditaduras idênticas às do séc. XX, pois os regimes autoritários mostram-se igualmente confusos com a dimensão do fluxo de dados. Democracias e ditaduras estão similarmente sobrepujadas e a “arte de governar” converteu-se na mera gestão de assuntos correntes.

Como os vazios de poder não duram muito, importa saber quem irá construir e controlar as novas estruturas (serão políticas?) que se vão substituir às tradicionais.³⁷ Porventura um novo sistema de processamento de dados muito mais eficaz, onisciente e onipotente, uma espécie de Internet-de-Todas-as-Coisas?³⁸ É certo que a Google é mais rápida a detetar uma epidemia do que as organizações de saúde tradicionais, mas isso só acontece se lhe dermos total acesso à informação que geramos. Um fluxo de dados livre pode igualmente contribuir para a diminuição da poluição e dos resíduos, tornando os sistemas de transportes mais eficientes. Pode inclusivamente permitir um sistema inteligente de partilha de carros, controlado por algoritmos de aprendizagem, que soubesse sempre onde estamos e para onde queremos ir segundo os nossos hábitos diários.³⁹ Mas isso desde que cada vez mais abdicuemos da privacidade, da autonomia, da individualidade.

Mas que mal ou risco há nisso? – perguntaria o nosso cidadão europeu, ainda a habituar-se com o RGPD, qual princesa recentemente desperta. Se não for devidamente regulada, essa escolha civilizacional implica a perda daquilo que é mais genuíno na humanidade, pois as experiências humanas seriam reduzidas a padrões de dados. Tínhamos que as experiências aconteciam dentro de nós e era aí onde procurávamos a razão de tudo aquilo que nos acontece. Ora, quando ligamos a nossa experiência ao grande fluxo de dados e deixamos os algoritmos descobrirem o sentido do que nos acontece,⁴⁰ deixamos de fazer escolhas livres com base em juízos racionais e perdemos dignidade humana. O “valor” já não reside nas experiências quotidianas e sim na capacidade de as transformarmos em dados que circulam livremente.

E é por isso que, cada vez mais, o discurso intimista exposto na Internet como um fato político partilhado já não necessita corresponder à verdade para ter êxito, bastando que seja aceite como próximo, possível, verossímil – ou seja, algo que poderia acontecer-me a mim ou ao meu vizinho. O que resulta na Internet é o espaço partilhado, a projeção da perceção próxima, íntima. E aqui não releva tanto o que se diz, mas o que as pessoas efetivamente ouvem.⁴¹ Parte da desinformação que corre na Internet – a mais sofisticada e fraudulenta – tem o poder de moldar a forma como as pessoas veem o mundo porque vai ao encontro daquilo que querem ouvir, legitimando os seus preconceitos. O mecanismo de denúncia das notícias falsas (no Facebook, por exemplo) não chega para mudar a perceção do utilizador.⁴² Por isso se torna cada vez

³⁷ Yuval Noah Harari, *Homo Deus. História breve do amanhã...*

³⁸ *Ibidem.*

³⁹ *Ibidem.*

⁴⁰ *Ibidem.*

⁴¹ Sobre o tema cfr. Yanko Moyano Diaz, “Understanding political beliefs: advantages and conditions of a culturalist notion of event”, *UNIO – EU Law Journal*, vol. 4, nº. 1 (2018).

⁴² Dora Santos Silva *et al* (coord.), Enquadramento dos temas para a conferência *Democracia 4.0 – O futuro da democracia na era digital*, Session IV: A vertigem da desinformação, Representação da Comissão

mais difícil, na era digital, convencer os cidadãos de que não têm razão.⁴³ Se as redes sociais são hoje incontornavelmente a porta de entrada para conteúdos, não deveriam ser sujeitas às mesmas regras editoriais e de certificação dos conteúdos dos *media* regulados, por forma a combater a desinformação?⁴⁴

De resto, para que servem as eleições democráticas se os algoritmos de aprendizagem antecipam em quem vamos votar?⁴⁵ O escândalo envolvendo o Facebook e a Cambridge Analytica revela em que medida é possível, em democracia, promover a manipulação do eleitorado socorrendo-se de dados obtidos ilegitimamente (87 milhões de internautas tiveram os seus dados negociados, sem consciência dos visados, para os efeitos de manipulação eleitoral). Como sabemos, a partir da recolha de informação de 300.000 internautas (através de um inquérito/jogo), o Facebook permitiu a apropriação indevida de dados pessoais de milhões de pessoas. No Reino Unido, tanto quanto se sabe, 1.1 milhão de cidadãos foram alvo de tal apropriação. Ora, se a diferença entre o Remain e o Exit foi de 1.3 milhões de votos, é legítimo presumir que a manipulação levada a efeito pode ter sido determinante nos resultados do referendo britânico.

Não é, pois, um dado adquirido que a revolução tecnológica conduza ao efetivo empoderamento dos cidadãos e ao aperfeiçoamento das instituições democráticas. Os cidadãos podem ser crescentemente marginalizados ou manipulados nos processos de decisão. Não se pretende com isso fragilizar os esforços no sentido do desenvolvimento de uma democracia digital⁴⁶ – cujo conceito implica a utilização de meios eletrónicos de comunicação para potenciar e ampliar a ação dos cidadãos e (tendencialmente) controlar os governantes e as instituições públicas.⁴⁷ O problema é que tal demanda uma alteração da cultura cívica – e isso é o mais difícil de se alterar em política. Daí que se diga que a democracia digital consiste numa mudança cultural. O digital começou por ser uma revolução para a indústria 4.0 – e depois para o comércio, o turismo, etc. – mas o será também para a política? Aqui o desfasamento de tempo não ajuda, pois o digital provoca expectativas para o imediato, e os cidadãos não percebem a resposta lenta (porque procedimentalizada) das instituições democráticas num Estado de direito, o que acarreta um crescente descontentamento.⁴⁸

Em tese, através da Internet parece ser possível a criação de uma esfera pública global que permita o diálogo político entre cidadãos e suas preocupações para além de fronteiras artificiais. A questão reside em como otimizar o potencial da Internet por forma a assegurar a legitimidade democrática assente no valor do Estado de direito⁴⁹ – eis o grande desafio com que se confronta a cultura jurídico-política ocidental em defesa do seu património mais reconhecido e precioso. O Estado de direito se reapresenta hoje num cenário globalitário (marcado pela fragmentação, financeirização,

Europeia em Portugal, Reitoria da Universidade Nova de Lisboa, 8 de maio de 2018.

⁴³ Yanko Moyano Diaz, *Understanding political beliefs: advantages and conditions of a culturalist notion of event...*

⁴⁴ Dora Santos Silva *et al* (coord.), *Enquadramento dos temas para a conferência Democracia 4.0 – O futuro da democracia na era digital...*

⁴⁵ Yuval Noah Harari, *Homo Deus: História breve do amanhã...*

⁴⁶ Sobre o tema cfr. Corien Prins, et al. (ed.), *Digital democracy in a globalized world...*

⁴⁷ Marco Lisi (coord.), *Enquadramento dos temas para a conferência Democracia 4.0 – O futuro da democracia na era digital*, Sessão II: A nova vaga da democracia digital, Representação da Comissão Europeia em Portugal, Reitoria da Universidade Nova de Lisboa, 8 de maio de 2018.

⁴⁸ A ideia foi avançada por Sua Excelência o Presidente da República Portuguesa, Marcelo Rebelo de Sousa, durante a sessão de encerramento da conferência *Democracia 4.0 – O futuro da democracia na era digital...*

⁴⁹ Ingolf Pernice, *E-democracy, the global citizen and multilevel constitutionalism*, in *Digital democracy in a globalized world...*

digitalização) que não lhe é propriamente favorável. Posicionar-se a favor do Estado de direito significa pretender que as instituições políticas – ou que o poder, onde quer que ele agora resida – tenham rigorosamente por finalidade a garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos.⁵⁰

No mundo ideal, a democracia digital poderia implementar técnicas tendentes a aumentar a transparência dos processos políticos, incentivar o envolvimento direto e a participação dos cidadãos, bem como melhorar a qualidade da informação e das opiniões, através da abertura de novos espaços de comunicação e deliberação. E, neste sentido, a revolução digital poderia transformar a representação democrática através da alteração dos espaços e dos tempos da ação política.⁵¹ As ferramentas digitais poderiam viabilizar outras formas de envolver os cidadãos na vida da sua rua, da sua cidade ou do seu país. Importa, todavia, perceber até que ponto as entidades públicas estão genuinamente interessadas em aumentar e melhorar o nível de participação cívica – e se os cidadãos estão genuinamente interessados em participar ativamente nos processos de decisão democrática que afetam o seu quotidiano.⁵²

O digital pode efetivamente revolucionar a democracia, mas já não será a democracia “física” que conhecemos. Não conseguimos antecipar se será melhor ou pior, apenas diferente. E implica, necessariamente, uma opção civilizacional pela ampla disponibilização de dados – o que nos confronta novamente com o desafio da regulamentação. Recentemente, na conferência “Democracia 4.0” organizada em Lisboa pela Representação da Comissão Europeia em Portugal, o Comissário europeu Carlos Moedas (responsável pela pasta da Investigação, Ciência e Inovação) revelou grande entusiasmo pela tecnologia *blockchain* aplicada à democracia, porque dispensaria a intermediação de terceiros (o Estado, a banca, etc.) e evitaria a desigualdade a montante por via da pulverização do reconhecimento. Se um ditador quisesse nacionalizar terrenos num dado país, exemplificou o Comissário, teria de apagar o registo de propriedade em milhões de computadores que a reconheceram – o que seria impossível. Num momento particularmente difícil da integração europeia, permanentemente provocada pelo populismo nacionalista e xenófobo e suas manifestações de bestialidade coletiva, talvez não seja má ideia...

V. Proteção de dados pessoais e universalidade: a questão jusfundamental identitária

Desde 25 de maio de 2018, o RGPD tem sido alvo de muitas críticas – especialmente aquela segundo a qual o consentimento que estamos a conceder seria falacioso, pois apenas ilude os internautas no sentido de que estariam mais protegidos. Critica-se também a complexidade do RGPD e a sua aplicabilidade a empresas não europeias a operar na União, especialmente empresas norte-americanas. Circulam na Internet *posts* segundo os quais poucas empresas o estariam a cumprir integralmente, incluindo cerca de 60% das empresas de tecnologia. Ou seja, ninguém estaria ainda

⁵⁰ Danilo Zolo, “Teoria e crítica do Estado de direito”, in *O Estado de direito – história, teoria, crítica*, coord. Pietro Costa and Danilo Zolo (São Paulo: Martins Fontes, 2006).

⁵¹ Marco Lisi, *Enquadramento dos temas para a conferência Democracia 4.0 – O futuro da democracia na era digital...*

⁵² Ana Neves *et al* (coords.), *Enquadramento dos temas para a conferência Democracia 4.0 – O futuro da democracia na era digital*, Sessão III: Democracia participativa – criar pontes, defender interesses e protestar, Representação da Comissão Europeia em Portugal, Reitoria da Universidade Nova de Lisboa, 8 de maio de 2018.

pronto para o RGPD. E antecipa-se que as entidades reguladoras seriam inicialmente mais brandas para com as empresas, enquanto não aferirem como o RGPD realmente funciona.⁵³

Cumpre, antes de mais, recordar (eis o objetivo deste texto) que o RGPD concretiza as dimensões essenciais de um direito fundamental previsto no art. 8.º da CDFUE que se aplica universalmente a quem estiver no espaço da União. Somente nesta perspetiva jusfundamental é que o RGPD pode ser completamente percecionado: “todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhe digam respeito” (sublinhado nosso). Ou seja, todas as pessoas que se encontrem no território da União (e não apenas os residentes) são titulares daquele direito fundamental por força do princípio da universalidade. Em boa hora o legislador europeu “emendou a mão”, alterando a redação do RGPD neste sentido.⁵⁴ Assim, não há como negar que o RGPD reforça e amplia os direitos dos titulares de dados pessoais – e fá-lo desde a conceção (abordagem pró-ativa tendente a garantir a proteção durante todo o processo de desenvolvimento de um novo produto) e por defeito (tendente a assegurar que apenas será recolhida, utilizada e conservada a quantidade necessária de dados pessoais) introduzindo novos requisitos de transparência.

O âmbito de aplicação territorial do RGPD está, antes de mais, relacionado com a localização do estabelecimento do responsável pelo tratamento de dados ou subcontratante – caso se encontre na União, o tratamento está sujeito ao RGPD independentemente de o tratamento ocorrer dentro ou fora da União. O estabelecimento pressupõe o exercício efetivo de uma atividade com base numa instalação estável, sendo que a forma jurídica de tal estabelecimento não releva para o efeito (filial, sucursal, etc.). Mas ainda que o estabelecimento se situe fora da União, o RGPD vai aplicar-se sempre que o titular dos dados se encontre na União e o tratamento esteja relacionado com *i*) a oferta de bens e serviços àquele titular ou *ii*) ao controlo do seu comportamento.⁵⁵ Além disso, o RGPD aplica-se ao tratamento de dados pessoais por um responsável estabelecido não na União, mas num lugar em que se aplique o direito de um Estado-Membro por força do direito internacional público (art. 3.º, n.º 3).

Ora, tem de ser assim porque a Internet não conhece limites territoriais – e a proteção de dados só resulta se for exercida de forma tendencialmente universal. Pode parecer exagerado – mas esta é a Europa que desejamos. Como teria dito Angela Merkel aquando dos cumprimentos oficiais ao Presidente (eleito) Donald Trump, temos por cá uns princípios que gostamos de respeitar. Ninguém é obrigado a oferecer bens e serviços a titulares de dados na União Europeia – mas se tiver a intenção de o fazer, beneficiando do mercado europeu, tem de adaptar-se aos seus padrões. Isso permite condições de concorrência equitativas para todas as empresas que operam no mercado europeu. O RGPD exige que as empresas sediadas fora da União apliquem as mesmas regras que as empresas sediadas na União, caso ofereçam bens e serviços relacionados

⁵³ Sarah Jeong, No one's ready for GDPR, in *The Verge*, 22 May 2018, <https://www.theverge.com/2018/5/22/17378688/gdpr-general-data-protection-regulation-eu>.

⁵⁴ Retificação 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), publicada no Jornal Oficial da União Europeia L 127/2, 23 de maio de 2018.

⁵⁵ Orientações da Comissão relativas à aplicação direta do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados a partir de 25 de maio de 2018 [COM(2018) 43 final], Bruxelas, 21 de janeiro de 2018, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A52018DC0043&qid=1517578296944&from=EN>.

com dados pessoais ou monitorizem o comportamento dos indivíduos na União.⁵⁶ Isto ocorre quando são seguidos na Internet para a potencial utilização de técnicas de *profiling*, tendente a tomar decisões relativamente aos mesmos ou analisar/prever as suas preferências e atitudes.

O RGPD não introduz, portanto, uma ilusão. O silêncio e a inatividade deixam (mesmo) de ser considerados consentimentos válidos, sendo necessária uma ação afirmativa clara para manifestar o consentimento ao tratamento dos dados. Como vivemos em sociedades democráticas, cumpre ao titular dos dados atribuir a esse consentimento a relevância (ou, ao contrário, a ligeireza) que considere compatível com o exercício dos seus direitos – recorde-se, fundamentais. De qualquer forma, não se pode negar que o RGPD estabelece um conjunto de regras abrangente sobre violações de dados pessoais. De resto, introduz uma obrigação de notificação à autoridade de controlo, o mais tardar no prazo de 72 horas, quando a violação de dados for suscetível de implicar um risco para os direitos e liberdades individuais, obrigando a que se informe o titular dos dados acerca da violação. Este aspeto reforça muitíssimo a proteção comparativamente com o regime anterior, já que só os prestadores de serviços de comunicações eletrónicas, os operadores de serviços essenciais e os prestadores de serviços digitais é que estavam obrigados a notificar violações de dados ao abrigo das diretivas em vigor^{57 58}.

É claro que ainda há muito a fazer por parte das autoridades públicas – nacionais e europeias. O Estado português, por exemplo, ainda não atuou em conformidade no sentido de produzir legislação tendente a dar exequibilidade ao RGPD. Apesar de o Regulamento gozar de aplicabilidade direta, sem a atuação do legislador nacional fica prejudicada, por exemplo, a aplicação de coimas previstas no art. 83.º, n.º 5 do RGPD, sob pena de violação da legalidade sancionatória. Ademais o RGPD prevê limitações à sua aplicação, tendentes a assegurar a independência judiciária e dos processos judiciais, bem como a execução das ações cíveis – e aqui os Estados-Membros gozam de alguma discricionariedade de atuação legislativa que não deveria tardar. Mas o processo tem tido alguns atropelos porventura amadores – de resto, já identificados por um parecer arrasador da Comissão Nacional de Proteção de Dados sobre a proposta legislativa.

De qualquer forma, enquanto o Regulamento sobre privacidade nas comunicações eletrónicas não entrar em vigor, a efetividade do RGPD fica, em certa medida, prejudicada. No Parecer da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados sobre a proposta de Regulamento *e-privacy*, o legislador europeu é instado a atentar na questão do tratamento de dados de comunicações eletrónicas por parte de responsáveis pelo tratamento que não os prestadores de serviços de comunicações eletrónicas. As proteções suplementares oferecidas aos dados de comunicações seriam infrutíferas se pudessem ser facilmente contornadas mediante, por exemplo, a transferência de dados para terceiros. Deve também assegurar-se que as regras em matéria de privacidade e comunicações eletrónicas não permitem um nível de proteção inferior ao consagrado no RGPD. Neste sentido, o consentimento deve ser genuíno, oferecendo uma opção de livre escolha aos utilizadores, em cumprimento do RGPD. Ademais, as novas regras devem também definir requisitos sólidos para privacidade desde a conceção e por

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas.

⁵⁸ Diretiva (UE) 2016/1148 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de julho de 2016, relativa a medidas destinadas a garantir um elevado nível comum de segurança das redes e da informação em toda a União.

defeito – como faz o RGPD.⁵⁹

Diante do exposto podemos concluir que o RGPD concretiza a solução adotada pela CDFUE quando autonomizou o direito à proteção de dados pessoais (art. 8.º) relativamente ao direito à proteção da vida privada (art. 7.º). Para o direito da União Europeia nem todos os dados pessoais são suscetíveis, pela sua natureza, de causar prejuízo à privacidade da pessoa em causa – mas devem ser igualmente protegidos. Ou seja, nem todos os dados são da mesma natureza – e isto justifica a autonomia conferida à proteção de dados pessoais relativamente à proteção da privacidade no ordenamento da União. Neste domínio, a CDFUE dá um passo adiante em relação a várias Constituições dos Estados-Membros e em relação à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, na medida em que consagra um direito fundamental que protege dados que não têm de ser íntimos/privados, basta que sejam pessoais. Trata-se de um avanço civilizacional que o RGPD agora densifica – e que, pelo impacto da sua aplicação territorial, beneficia (potencialmente) o resto do mundo.

⁵⁹ *Parecer da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados sobre a proposta de Regulamento relativo à privacidade e às comunicações eletrónicas (Regulamento “privacidade e comunicações eletrónicas”)...*