

ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO

***Privacy e Protecção de Dados Pessoais:
A Construção Dogmática do Direito à
Identidade Informacional***



Lisboa
2015

1101101

Ficha Técnica

Título:

Privacy e Protecção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional.

AAFDL – 2015

Autor:

Alexandre Sousa Pinheiro

Edição:

AAFDL

Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa

Depósito Legal:

387048/15

Janeiro / 2015

Índice

Nota prévia	7
Índice	9
Abreviaturas	21
Regras fundamentais de redacção e indicações de leitura	35
Introdução	39
1. Apresentação da dissertação	40
1.1. Objecto	40
1.1.1. A materialidade da <i>privacy</i> e da protecção de dados	40
1.2. Especificidades nacionais e Direito comparado	41
1.3. A evolução e desenvolvimento da <i>privacy</i> e da protecção de dados pessoais	42
1.4. Especificidades do ordenamento jurídico português	43
2. Sequência da investigação e apresentação sistemática	44
2.1. Primeira Parte	44
2.1.1. <i>Privacy</i> e Protecção de dados: a segurança e os rumos do Direito Penal	45
2.2. Segunda parte: o paradigma da <i>privacy</i>	46
2.2.1. Segunda parte: o paradigma da protecção de dados (<i>Datenschutz</i>)	47
2.3. Terceira parte: a difusão institucional do modelo de protecção	48
2.3.1. Terceira parte: a criação de um corpo jurídico especializado no direito à protecção de dados pessoais.....	48
2.4. Terceira parte: o Direito da União Europeia	49
2.5. Terceira parte: as especialidades do Direito português	50
2.6. Terceira parte: a construção dogmática. O direito à informação pessoal como superação do direito à protecção de dados	51
2.7. Estrutura global do trabalho	51
3. Metodologia	52
3.1. A qualificação do bem jurídico protegido	53

3.2. Intertextualidade, interdisciplinaridade e interpretações para e metajurídicas	54
3.3. O Direito como “metadireito”	55
3.4. A metáfora e a sua “força expansiva” no Direito	57
3.5. A “metáfora como problema”	59
4. Modelo da narrativa	61

Parte I

Privacy e protecção de dados pessoais: o espaço num mundo em transformação

Capítulo I

A(s) ciência(s) como infra-estrutura da comunicação: o lugar da privacy e da protecção de dados pessoais

§ 1. Enquadramento temático: entre o “fim” e o “novo”. Modelos discursivos entre o medo, a fé e o paradoxo	64
§ 2. Enquadramento científico-tecnológico	71
§ 3. Enquadramento cibernético e o “mundo com Internet”	79
§ 4. Enquadramento dos problemas de segurança na Internet	88
§ 5. Enquadramento Social	99
§ 6. Enquadramento Sociocultural	100
Nota conclusiva	103

Capítulo II

Os mundos da privacy e da protecção de dados

§ 1. Sociedade complexa: prevenção e medo – imperfeição e risco “Quem não deve, não teme”, “I have nothing to hide”, “Ich habe ja nichts zu verbergen” ou os ordálios da privacy e da protecção de dados	110
§ 2. Sociedade complexa: prevenção e medo	110
2.1. O lugar da prevenção em um mundo com medo	112
2.2. Adopção de medidas a montante do medo	113
2.3. Os paradoxos do medo	114
2.4. A “modernidade líquida”	114
§ 3. “Quem não deve, não teme” tout court	116
3.1. O “dever de temer”	117
3.2. A “resistências dos direitos”	118

§ 4. Sociedade complexa: risco e imperfeição	119
§ 5. Globalização e sociedade de risco	121
5.1. Risco sem fronteiras	122
5.2. Risco e imprevisibilidade	123
5.3. A concepção de Hans Jonas	125
5.4. Prevenção, perigo e risco	126
§ 6. A protecção da personalidade humana, a “comunidade política” e o “contrato social”	127
6.1. A origem grega	128
6.2. A “infra-estrutura conceptual” de Maquiavel e Bodin	129
6.3. Da “mecânica do poder” à “soberania”	130
6.4. Hobbes: o “humanista possível” num “mundo de lobos”	135
6.5. John Locke: a igualdade na necessidade	139
6.6. Rousseau entre o geral e o total	144
§ 7. Os equívocos da relação liberdade v. segurança na área da <i>privacy</i> e da protecção de dados	148
§ 8. A “liberdade expurgada”: terrorismo, criminalidade organizada Contrato social e Direito Penal do inimigo. Rescisão unilateral?	154
8.1. Ontologia e antropologia de Günther Jakobs	158
8.2. Concretizações do Direito Penal do inimigo	162
8.3. Günther Jakobs e Carl Schmitt: a verdade das aparências	175
8.4. Direito Penal do inimigo e o princípio da dignidade humana	180
8.5. Direito Penal do inimigo: <i>privacy</i> , privacidade e protecção de dados	181
Nota conclusiva	184
§ 9. “Quem não deve, não teme”: vigilância, videovigilância e vigilância electrónica	185
9.1. O Panóptico de Bentham	186
9.2. O Panóptico de Foucault	189
9.3. O Panóptico hoje: vigilância dentro e fora de espaços fechados, Cárcere contínuo ou dicotomia liberdade-segurança?	191
9.4. Dignidade humana, juízos de suspeição, vigilância tecnológica e a sociedade da vigilância	192
9.5. A “banalização” da vigilância tecnológica: a tirania do “ver”	194
9.6. A vigilância tecnológica no espaço público e a sociedade da vigilância ..	197
9.7. A “vigilância-burocracia” como regra de eficiência na empresa e na Administração Pública: “dessubjectivação”	198

§ 10. “Quem não deve, não teme”: o controlo físico do consumo de substâncias interditas e a protecção de dados	201
§ 11. Radio Frequency Identification (RFID) e os mecanismos não visuais de controlo à distância	206
11.1. RFID e circulação de produtos	207
11.2. RFID e a “Internet das coisas”	209
11.3. RFID e protecção de dados	212
§ 12. Redes sociais: seguindo a linha de Ariadne	218
12.1. Rede social: conceito e desenvolvimentos	219
12.2. Utilização de câmeras e objectualização do indivíduo: os problemas da sociabilização informática via imagem	221
§ 13. O mundo digital – born digital, live digital in a cyberworld	224
13.1. Natureza do “ciberespaço”	226
13.2. Vida virtual e jurisdição	230
13.3. Vida virtual. Privacy e protecção de dados	232
§ 14. Lei e literatura: privacy e a personalidade do indivíduo nas distopias. Os desertos da esperança	244
14.1. Orwell v. Kafka	246
14.2. O mundo de Huxley	252
§ 15. O feminismo e a privacy	254
15.1. <i>The personal is political</i>	255
15.2. Nem liberalismo nem marxismo	261
15.3. Uma oportunidade para a privacy	263
Os mundos da privacy e da protecção de dados: palavras finais	266

Parte II

Os modelos criadores da privacy e da protecção de dados: Estados Unidos e Alemanha

Capítulo I

A origem da Privacy nos Estados Unidos

Razão de ordem	267
§ 1. Samuel Warren e Louis Brandeis: “The Right to Privacy” – Harvard Law Review – Dezembro 1890: do direito anunciado ao direito revelado	269
1.1. Um “peso pesado”	269

1.2. Os Estados Unidos e a <i>privacy</i> antes do <i>right of privacy</i>	271
1.3. O contributo de Edward Lawrence Gorkin e a <i>newspaperization</i>	279
1.4. “The Right to Privacy” (1890): O artigo Samuel Warren e Louis Brandeis, os factos e o Direito	281
1.5. A <i>common law</i> e a <i>privacy</i>	285
1.6. O <i>right to the privacy</i> anterior ao <i>right to privacy</i> na jurisprudência norte- -americana e as primeiras reacções ao artigo de Warren e Brandeis.....	296
1.7. <i>Confidentiality</i> e <i>privacy</i> : tradição da <i>common law</i> ?	305
1.8. A crítica da <i>privacy</i> na versão originária de Warren e Brandeis e a crítica aos críticos	309
1.9. O <i>Right to Privacy</i> e o direito à imagem como meta de Warren e Brandeis?	317
1.10. A <i>privacy</i> segundo Warren e Brandeis. Posição adoptada	318
1.11. Warren e Brandeis: o legado	319
§ 2. A classificação dos <i>torts</i> de William Prosser e a notificação comunitária da prática de crimes sexuais	320
2.1. <i>Intrusion</i>	322
2.2. <i>Public disclosure of private facts</i>	325
2.2.1. O efeito da <i>disclosure</i> em caso de crimes sexuais. Os exemplos de Megan’s Law	328
2.3. <i>False light</i>	334
2.4. <i>Tort of appropriation</i>	336
2.5. Articulação entre os <i>torts</i>	338
2.6. A crítica de Edward J. Bloustein	339
§ 3. O originalismo e a <i>privacy</i>	340
3.1. <i>The Living Constitution</i>	348
3.2. Originalismo e <i>Privacy</i>	362
§ 4. <i>Decisional Privacy</i>	364
4.1. <i>Griswold v. Connecticut</i> (1965)	366
4.2. As consequências de <i>Griswold</i>	374
4.3. O aborto na <i>Supreme Court</i> : <i>Roe v. Wade</i> e <i>Doe v. Bolton</i> (1973)	375
4.4. Aborto: <i>The clash of absolutes</i>	377
4.5. A arquitectura de <i>Roe v. Wade</i>	379
4.6. A sexualidade na <i>Supreme Court</i> : <i>Bowers v. Hardwick</i> (1986) e <i>Lawrence v. Texas</i> (2003)	386
4.7. O carácter espúrio da <i>decisional privacy</i> ?	392

§ 5. Informational Privacy e a intervenção da legislação	393
5.1. A relação originária entre os direitos fundamentais e os meios tecnológicos	393
5.2. Social Security Act (1935)	399
5.3. Fair Credit Reporting Act (1971)	400
5.4. Informática e Privacy	401
5.5. Privacy Act (1974)	404
5.5.1. O relatório do Department of Health, Education and Welfare	404
5.5.2. Os debates e audições relativas ao Privacy Act	413

Capítulo II

O nascimento da *Datenschutz* (protecção de dados) na República Federal da Alemanha

§ 1. Da incerteza das formulações à certeza dos valores	425
1.1. <i>Datenschutz</i> : uma palavra, um direito, uma liberdade, uma garantia ...	427
1.2. O nome e a “coisa”: de <i>Datenschutz</i> como “a palavra errada no momento certo” a “palavra errada”	429
1.3. Da personalidade à protecção de dados	432
1.3.1. O “direito subjectivo” (<i>subjektives Recht</i>) como adversário do “direito geral da personalidade” (<i>allgemeine Persönlichkeitrecht</i>) ou dos “direitos da personalidade”	433
1.4. A influência da jurisprudência dos “direitos da personalidade” na futura protecção de dados pessoais	435
1.4.1. A influência francesa	436
1.4.2. As decisões germânicas	436
1.4.3. Resultado do contributo jurisprudencial	445
1.5. Direito geral da personalidade: as influências doutrinárias sobre a protecção de dados	446
1.5.1. A teoria dos círculos de protecção da personalidade de Heinrich Hubmann (<i>Schutzkreise Theorie</i>)	447
1.6. Crítica da teoria das esferas	450
1.7. O rasto doutrinário da teoria das esferas: as esferas depois da teoria das esferas	453
1.8. A liberdade de acção (<i>Handlungsfreiheit</i>) e a defesa da esfera privada em Hans-Ulrich Evers	457
1.9. Crítica das posições de Evers	459
1.10. A auto-apresentação (<i>Selbstdarstellung</i>) de Niklas Luhmann	460
1.11. Crítica das posições de Niklas Luhmann	462

§ 2. A <i>informationelle Selbstbestimmung</i> até à Decisão dos Censos de 1983	463
2.1. Referências jurisprudenciais	475
§ 3. Da Decisão dos Censos (1983) à Decisão <i>Großer Lauschangriff</i> (2004)	478
3.1. A Decisão dos Censos (<i>Volkszählung</i>)	479
3.2. Origem e difusão da Decisão dos Censos	481
3.3. A aplicação da Decisão dos Censos na Administração Pública	483
3.4. A aplicação da Decisão dos Censos no sector privado	485
3.5. Fundamentação constitucional da Decisão dos Censos	485
3.6. Características essenciais do âmbito de protecção da <i>informationelle Selbstbestimmung</i>	486
§ 4. Tensão entre a protecção de direitos fundamentais e a necessidade de garantir a segurança pública num contexto de “violência global”	488
4.1. As escutas em casas e em áreas espacialmente reservadas de protecção da vida privada (<i>Großer Lauschangriff</i>)	489
4.2. A investigação criminal através de métodos de recolha e comparação aleatória de dados sobre indivíduos (<i>Rasterfhandung</i>)	492
4.3. A transposição da Directiva 2006/24 – providências cautelares (sobre retenção e armazenagem de dados de tráfego em comunicações electrónicas)	493
4.4. Decisão final relativa à legislação de transposição da Directiva 2006/24 (sobre retenção e armazenagem de dados de tráfego em comunicações electrónicas)	495
4.5. Recolha dos elementos das matrículas dos veículos para a prossecução de investigações criminais	496
§ 5. A privacidade “on-line” e criação do “direito fundamental à garantia da confidencialidade e integridade dos sistemas técnico-informacionais” (<i>Grundrecht auf Gewährleistung der Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme</i>) ..	498
5.1. A criação jurisdicional do “direito-garantia”	498
5.2. Entre o “nome” e o “direito”	501
§ 6. O “direito geral da personalidade”, o “livre desenvolvimento da personalidade” (<i>frei Entfaltung der Persönlichkeit</i> – art.º 2.º, n.º 1 GG) e o princípio da dignidade da pessoa humana (<i>Menschenwürde</i> – art.º 1, n.º 1 GG) como valores e critérios para a afirmação da <i>informationelle Selbstbestimmung</i>	512
§ 7. Breve excurso sobre a evolução da legislação de protecção de dados (BDSG e fontes estaduais)	516
§ 8. Modernização e crítica dos rumos tomados pela <i>Datenschutz</i> : uma encruzilhada?	518

Parte III

Difusão da protecção de dados e natureza jurídica da protecção da informacional pessoal

Capítulo I

Experiência internacional no domínio da protecção de dados

Razão de ordem	525
§ 1. ONU	527
§ 2. Conselho da Europa	528
2.1. Resolução n.º (73) 22 sobre a protecção da privacidade em bancos de dados do sector privado	529
2.2. Resolução n.º 74 (29) sobre a protecção da privacidade em bancos de dados do sector público	533
2.3. Comentário às resoluções pioneiras do Conselho da Europa	535
2.4. A Convenção n.º 108 do Conselho da Europa	538
2.5. As recomendações do Conselho da Europa	544
2.6. A protecção de dados na jurisprudência do TEDH	546
§ 3. OCDE	551

Capítulo II

Paradigmas nacionais de recepção da protecção de dados pessoais.

As fases de recepção do “novo direito”

§ 1. A origem da legislação sobre protecção de dados	555
§ 2. A implantação da protecção de dados na Europa: casos paradigmáticos	557
2.1. Suécia	557
2.2. França	558
2.3. Reino Unido	559
2.4. Itália	561
2.5. Espanha	562
§ 3. A experiência dos Estados de língua portuguesa	563
3.1. Cabo Verde	563
3.2. Moçambique	566
3.3. Timor-Lorosae	566
3.4. Angola	567

§ 4. As gerações de leis sobre protecção de dados: vantagens e desvantagens de uma metodologia	568
--	-----

Capítulo III

Direito da União Europeia

§ 1. A Directiva n.º 95/46/CE, de 26 de Outubro – os textos dos primórdios ...	573
1.1. Resolução do Parlamento Europeu de 8 de Maio de 1979	573
1.2. Recomendação da Comissão n.º 81/679/CEE, de 29 de Julho, relativa à convenção do Conselho da Europa sobre o tratamento automatizado de dados pessoais	576
1.3. Resolução do Parlamento Europeu de 9 de Março de 1982	577
1.4. Proposta de directiva do Conselho relativa à protecção das pessoas no tratamento de dados pessoais (1990)	579
1.5. Apreciação global da proposta de directiva de 1990	586
1.6. Proposta alterada de directiva do Conselho de protecção das pessoas no que respeita ao tratamento de dados pessoais e à sua livre circulação (1992)	590
1.7. Apreciação global dos textos proponentes da directiva	609
1.8. Dos projectos à aprovação da directiva sobre protecção de dados	611
§ 2. Directiva n.º 95/46 do Parlamento e do Conselho de 24 de Outubro de 1995	614
2.1. Habilitação da directiva	615
2.2. Objecto da directiva	616
2.3. Âmbito de aplicação material	617
2.4. Âmbito de aplicação territorial	618
2.5. Fluxos transfronteiriços de dados	627
2.5.1. O caso específico das <i>binding corporate rules</i> (BCR)	637
2.6. Códigos de conduta	638
2.7. Grupo do artigo 29.º	639
2.8. Prazos para a transposição da directiva	640
2.9. Definições	642
2.9.1. Dado Pessoal	642
2.9.2. Tratamento de dados pessoais	648
2.9.3. Ficheiro	656
2.9.4. Responsável pelo tratamento	657
2.9.5. Direitos inerentes à protecção dos dados pessoais	658
2.9.6. Direito de informação	659

2.9.7. Direito de acesso	659
2.9.8. Direito de oposição	660
§ 3. A protecção de dados no contexto do Tratado de Lisboa e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia	661

Capítulo IV

A experiência portuguesa em sede de protecção de dados pessoais

§ 1. A Constituição de 1976: das origens da protecção de dados à adopção de um modelo europeu	665
1.1. O tratamento de dados pessoais na legislação aprovada em 1973	666
1.2. Projectos apresentados na Assembleia Constituinte e a esfera de protecção privada do indivíduo	671
1.3. Nota sobre o debate geral em torno da matéria dos direitos fundamentais	674
1.4. O debate sobre os direitos da personalidade em geral e da vida privada em particular com base no projecto apresentado pela Comissão dos Direitos e Deveres Fundamentais	677
1.5. A “utilização da informática”: projecto apresentado pela Comissão dos Direitos e Deveres Fundamentais e proposta de substituição apresentada pelo PS	679
1.6. Constituição de 1976 – texto originário	681
1.7. Parecer da Comissão Constitucional n.º 3/81	682
1.8. Revisão constitucional de 1982	683
1.9. As tentativas de legislar sobre a “utilização da informática”	685
1.9.1. O Acórdão n.º 182/89 do Tribunal Constitucional e a verificação da inconstitucionalidade por omissão dos n.ºs 2 e 4 do art.º 35.º da CRP	685
1.10. Projectos apresentados, e não aprovados, na Assembleia da República	687
1.10.1. Período anterior à revisão constitucional de 1982	687
1.11. Período posterior à revisão constitucional de 1982	691
1.12. Revisão constitucional de 1989	695
1.13. Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República n.º 95/87	700
1.14. Lei n.º 10/91, de 29 de Abril	701
1.15. Revisão constitucional de 1997	716
1.16. A evolução constitucional portuguesa sobre protecção de dados pessoais	719

§ 2. Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro: as linhas decisórias dos tribunais e da Comissão Nacional de Protecção de Dados	720
2.1. Delimitação do âmbito de aplicação da lei	721
2.2. Caracterização de dados sensíveis	723
2.3. Direitos à informação e de acesso	725
2.4. Direitos dos trabalhadores e protecção de dados	728
2.5. Os tratamentos de videovigilância e de outras formas de vigilância utilizando a imagem e som	730
2.6. Natureza da Comissão Nacional de Protecção de Dados	732
2.7. Protecção de dados e acesso a documentos administrativos: em especial o acesso a dados de saúde	737
2.8. A Directiva n.º 2003/98/CE, relativa à reutilização de informações do sector público	741
2.8.1. A actual LADA	744
2.9. Conceito e caracterização dos dados pessoais	745
2.10. Competência para autorizar o acesso a dados de saúde: as competências da CADA e da CNPD	748
2.11. O conflito de competências entre a CNPD e a CADA relativamente ao acesso a dados pessoais	753
2.12. Inconstitucionalidade material das disposições da LADA atributivas de competência para decidir sobre o acesso a dados de saúde	759
§ 3. Vida privada e protecção de dados no ordenamento jurídico português	761
3.1. Aproximação ao direito geral da personalidade no contexto da doutrina portuguesa	761
3.2. Vida privada e protecção de dados como direitos da personalidade	768
3.3. A relação entre a vida privada e a protecção de dados na jurisprudência do Tribunal Constitucional	773

Capítulo V

A superação da protecção de dados pessoais: para a dogmática do direito à identidade informacional

§ 1. A pessoa humana e a dignidade humana: o Direito em busca da dignidade	778
§ 2. Determinação do sentido do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição portuguesa de 1976	787
§ 3. Os direitos, liberdades e garantias que integram o <i>forum internum</i> do indivíduo e os princípios fundamentais: excurso e tipologias fundamentais	796
3.1. A decisão <i>Luftsicherheitsgesetz</i>	800

§ 4. Perfil dogmático e natureza jurídica da “protecção de dados”	803
4.1. Protecção de dados e autodeterminação informacional	803
4.2. O “princípio da finalidade” (<i>Zweckverbindung</i>) como critério e fonte de limites para a protecção de dados	806
4.3. A protecção de dados como posição jurídica complexa	809
§ 5. O direito à identidade informacional	809
5.1. Rede social e comportamento concludente	813
5.2. A “identidade” como direito e os reflexos no plano informacional .	817
 Conclusões: da <i>privacy</i> ao direito à identidade informacional	 821
 Documento referido a pp. 119	 831
 Bibliografia	 839