

Aula 02

Professor: Pedro Vilhena

Tema: Privacidade e Proteção de Dados

Evolução Legislativa

- **No ano 300 antes de cristo** – Aristóteles distingue esfera pública da esfera privada. Pré-conceito de privacidade. Esfera pública é a atividade política, é o que fazemos na nossa vida exterior, enquanto a esfera privada seria a vida que mantemos relacionada com a família.
- **Em 1604**, como importante precedente de common law (**Semayne's case**), há decisão redigida pelo juiz **Edward Douglas Cowart**, sobre a impossibilidade de a polícia entrar no domicílio de outrem (inviolabilidade do domicílio), pois a “casa de cada um é como se fosse o seu castelo, a sua fortaleza e a sua defesa contra a injúria e a violência. Neste caso, a privacidade fica encapsulada na figura do lar/casa. (**PRIVACIDADE DAS PESSOAS QUE TÊM CASA**).
- **Em 1790** (Revolução Francesa), o **Arcebispo de Boisgelin**, criticava a necessidade de, àqueles que residiam nas ruas (mendigos), terem um “certificado de boa vida e bons modos” para apresentarem, às autoridades, quando requerido, defendendo, então a “liberdade de se mudar, se dissimular e também de haver um direito ao anonimato e ao respeito aos segredos dos indivíduos”. (**PRIVACIDADE DOS INDIVÍDUOS QUE NÃO TÊM CASA**)
- **Em 1890**, após publicação de **Samuel D. Warren e Louis Brandeis**, na Harvard Law Review, o artigo: “**The Right to Privacy**”, surge a expressão “**right to be left alone**”, que é o direito de ser deixado sozinho, originando o direito à privacidade, como nós entendemos atualmente.
- A proteção de dados começa a surgir, efetivamente, na **Segunda Guerra Mundial (1930-1945)**. O **censo de 1939** permitiu ao regime nazista a localização e o extermínio de diversos indivíduos e, com isso, Adolf Eichmann criou o “**Registro dos Judeus**”, tratando tais dados com uma finalidade diversa para aquela que haviam sido colhidos. Nessa época, o tratamento de dados pessoais serviu como uma arma de destruição em massa.
- **Em 1948**, após a segunda guerra mundial, a **ONU** é criada, assim como a **Declaração Universal de Direitos do Homem** (hoje Declaração Universal dos Direitos Humanos) foi redigida e, em seu **artigo 12**, há o reconhecimento internacional da privacidade como um direito.

Artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

“Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Todos os seres humanos têm direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.”

Em 1950 surge a **Convenção Europeia**, criada pelo Conselho da Europa, (que não é um órgão da União Europeia e sim um órgão continental e político, não se confundindo com a União Europeia), em que elenca, no seu **artigo 8º, o Direito ao respeito pela**

vida privada e familiar . Assim como na Declaração da ONU, de 1948, família aparece como extensão de tal privacidade.

Artigo 8º da Convenção Europeia:

“1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.”

- **Em 1966**, surge, nos Estados Unidos, o “**Freedom of Information Act**”, espécie de Habeas Data, em que os cidadãos americanos passam a ter o direito de acessar aos documentos que dizem respeito às suas informações, perante as agências estatais.
- **Em 1970**, surge, em Hesse, na Alemanha, a **primeira** legislação estadual moderna e autônoma sobre proteção de dados (**Datenschutzgesetzgebung**) no mundo.
- **Em 1974** surge lei semelhante à Datenschutzgesetzgebung, mas no Estado de Renânia Palatinado (Alemanha) que, em conjunto, se tornaram essenciais para que anos depois a Alemanha pudesse editar a sua lei federal sobre proteção de dados.
- **Em 1973**, a Suécia cria a sua lei de proteção de dados. Criminaliza do furto de dados e cria o direito de acesso tal como conhecemos hoje. A partir deste ano começam a surgir demais leis de proteção de dados por todos os países da Europa.
- **Em 1974**, a França criou um projeto chamado **Safari**, com o objetivo de unificar a base de dados de diversas agências governamentais, com o intuito de facilitar a prestação do serviço público. Não aprovado pela população francesa, pois quanto mais informação, mais poder se tem, fazendo com que a unificação da base de dados levasse a mais poder pelo Estado. Assim, com a publicação do artigo: “**Safari ou a caça aos franceses**”, em **21/03/1974**, a preocupação da população francesa com o uso dos dados pelo Estado fica demonstrada (não havia preocupação com o uso dos dados por particulares, pois somente o Estado tinha poder econômico para tratar tal volume de dados).
- Em resposta à preocupação da população francesa com relação ao projeto safari, foi criada a **Lei informática e liberdades**, que contém **dois** elementos fundamentais:
 - a) **CNIL**: órgão francês, criado em **1978**, que hoje corresponde à **Autoridade Nacional de Proteção de Dados**, com a missão de acompanhar a evolução da informática para garantir que o seu progresso;
 - b) **Quatro** direitos fundamentais: direito à informação; direito de acesso; direito de retificação e direito de oposição.
- **Em 1977** é aprovada a **primeira** lei federal alemã sobre proteção de dados (**Bundesdatenschutzgesetz**), surgindo o requerimento do consentimento para o tratamento de dados pessoais.
- **Em 1980** a **OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico)** cria as Diretrizes sobre proteção de dados, aplicáveis a todos os países da OCDE, refletindo o aumento do uso de computadores para processar transações comerciais.
- **Em 1981**, há a criação do **Tratado 108 (Tratado de Estrasburgo)**, sendo um tratado voluntário, com o objetivo de proteção dos indivíduos com relação ao tratamento automático de dados pessoais. Obriga os países que o aderirem a garantir tal proteção e o órgão responsável é a Corte Européia de Direitos Humanos. Tal tratado **não** é exclusivo para membros do Conselho da Europa, sendo aberto para qualquer país que queira dar à população tal proteção, se comprometa a aderir ao tratado e ao seu grau de proteção (EX: Argentina, México, Uruguai, Senegal etc)

- **Em 1983**, na Alemanha, surge, em precedente na Corte Constitucional, o direito à **autodeterminação informacional**, que é o direito de todo o cidadão determinar o que quer que seja feito com os seus dados, incluindo proteção contra a coleta, o armazenamento e uso e a publicação ilimitada dos dados. Origem do sentido moderno da proteção de dados. Privado é sigiloso e a Proteção de Dados é o controle dos dados, que pode se referir ao dado sigiloso e ao dado público.
- **Em 1990**, a **ONU** estabelece as Diretrizes para a regulação de arquivos computadorizados de dados pessoais.
- **Em 1945**, deliberou-se a **Diretiva Europeia 95/46/CE** (Diretiva é uma espécie de “tratado contrato”, em que há uma obrigação de que o país legisle sobre determinado tema) para a harmonização de proteção dos dados nos países membros, pois existiam barreiras que impediam a troca de dados entre os países e tal harmonização permitiria livre fluxo de dados entre esses países. A Diretiva tem grande ênfase nas transferências internacionais (motivo da discussão e implementação de tal Diretiva), rol extenso sobre direitos dos titulares e prevê a criação das autoridades nacionais em todos os países membros. Um dos problemas da Diretiva foi a sua implementação irregular, pois nem todos os países emitiram as leis de proteção de dados nos prazos previstos, causando problemas em sua implementação, assim como se mostrou defasada com a evolução tecnológicas, o que gerou a sua reforma, na década de 2010. O GDPR é uma evolução de tal diretiva.
- Visando complementar a **Diretiva Europeia 95/46/CE**, conforme a evolução tecnológica, **em 2002**, foi publicada a **Diretiva 2002/58/CE (Diretiva ePrivacy)**, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas.
- **Em 2006** surge a **Diretiva 2006/24/CE**, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à conservação dos dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrônicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações. É uma diretiva polêmica, pois fala de retenção dos dados por prazo não especificado e sem o consentimento do titular. É **invalidada em 2014** pela Corte de Justiça da União Europeia.
- **Entre 2005 e 2011**, a **APEC (Asia-Pacific Economic Cooperation)** cria um marco da privacidade (atualizado em 2015), assim como cria o **Cross-Border Privacy Rules**, espécie de convênio entre países com padrão mínimo de proteção de dados.
- **Em 2012**, a União Europeia edita a sua **Carta de Direitos Fundamentais**, distinguindo a vida privada dos dados de caráter pessoal.

Artigo 7º da Carta de Direitos Fundamentais

Respeito pela vida privada e familiar

“Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações.”

Artigo 8º da Carta de Direitos Fundamentais

Proteção de dados pessoais

“1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito.”

“2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação.”

“3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.”

- Em 2013 surge o primeiro Regulamento Europeu sobre proteção de dados (**Regulamento – EU- nº 611/2013**), se referindo à **notificação de violação de dados pessoais** e que foi contemplado posteriormente no GDPR.
- Em 2013 a **OCDE** atualiza o texto das suas Diretrizes sobre proteção de dados (aplicáveis a todos os países da OCDE, refletindo o aumento do uso de computadores para processar transações comerciais.)
- Entre 2012 e 2014 a **OEA (Organização dos Estados Americanos)** promulga **Declaração de Princípios de Privacidade e Proteção de Dados Pessoais nas Américas (12 princípios)** e depois inicia estudos sobre uma lei modelo sobre proteção de dados pessoais.

PRINCÍPIOS:

1. **Propósitos Legítimos e Justos**
 2. **Clareza e Consentimento**
 3. **Adequação e Necessidade**
 4. **Uso Limitado e Retenção**
 5. **Dever de Confidencialidade**
 6. **Proteção e Segurança**
 7. **Fidelidade da Informação**
 8. **Acesso e Correção**
 9. **Informação Sensível**
 10. **Responsabilidade**
 11. **Fluxo transfronteiriço de informações e responsabilidades**
 12. **Publicidade das Exceções**
- Entre 2016 a 2018, surge, de uma reforma do sistema anterior, o **GDPR** (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados), que tem aplicação direta, passa a não exigir que os países harmonizem as suas legislações, propondo uma legislação unificada para os países membros.
 - Pós a vigência da GDPR, temos a **CCPA (Lei de Privacidade do Consumidor da Califórnia)**, a **LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados)** e as evoluções das legislações da Tailândia, Índia, Coreia do Sul e outros, visando a possibilidade da troca de dados com a União Européia.
 - Em linhas gerais, a **LGPD** estabelece sistema similar à **GDPR**, como os conceitos gerais, os direitos dos titulares, a necessidade de se apontar bases legais para o tratamento, a inversão do ônus da prova, a previsão de existência de um DPO e de um órgão regulador e a previsão de regras de transferências internacionais de dados.

- As diferenças entre LGPD e GDPR consistem, basicamente em bases legais diferentes; a LGPD não define “menor” (GDPR – o consentimento é válido a partir dos 16 anos); LGPD exclui a responsabilidade dos agentes se o dano for causado exclusivamente por titular ou terceiro; a LGPD não obriga a formalização de contratos entre controladores e operadores; a LGPD tem menor grau de detalhamento quanto ao DPIA (**Data Protection Impact Assessment**) e a LGPD estabelece prazo razoável para a notificação de incidente, sendo o GDPR prevendo 72 horas.
- Panorama Mundial das leis de proteção aos dados:
 - 1995**: Hong Kong e Taiwan (público + privado);
 - 1988**: Uruguai;
 - 2000**: Argentina;
 - 2001**: Coreia do Sul (público + privado);
 - 2003**: Japão;
 - 2006**: Macau (modelo português);
 - 2009**: Malásia;
 - 2010**: México;
 - 2011**: Peru;
 - 2012**: Filipinas (ainda não vigente por ausência de Agência Nacional) e Singapura;
 - 2012**: Colômbia, Costa Rica e Nicarágua;
 - 2013**: República Dominicana;
 - 2018**: Brasil
- A **Constituição Portuguesa** foi a primeira a reconhecer a proteção de dados no mundo, através de uma construção que adveio de 1982 até 2005.

Artigo 26 da Constituição Portuguesa:

“1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.”

“2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.”

- **Brasil Proposta de Emenda Constitucional** – Art. 5, XII - Privacidade é tudo aquilo que é íntimo, pessoal, em um círculo restrito, controlado pelo sigilo (ex: só entra na minha quem eu permito). O que é privado não reflete a integridade da proteção de dados. A proteção de dados é maior, se aplica a toda informação que se refira a pessoa. Por isso, não se deve falar em sigilo de dado e sim em controle, pois não é o fato de o dado ser sigiloso que não mereça proteção. Tenho instrumentos de controle para reverter danos. A proteção de dados não seria uma decorrência ou um subprincípio da privacidade, sendo um direito em si, maior, mais amplo e mais recorrente. Caso a Constituição negue a proteção de dados, nego a ela a possibilidade de enfrentar outros princípios constitucionais e então de não ter a força que normas constitucionais têm.
- Para o professor, a proteção constitucional não deveria estar elencada no artigo 5, XII e sim em um inciso apartado.
- **Constante Evolução**: Entre **1970 – 2010**, uma média de 2,5 jurisdições adotaram lei de proteção de dados por ano. Entre **2010 e 2019**, essa média é de 5 jurisdições por ano.