Ciberespaço e Território
na Sociedade Mundial em Rede

São Paulo, 26 de setembro de 2016

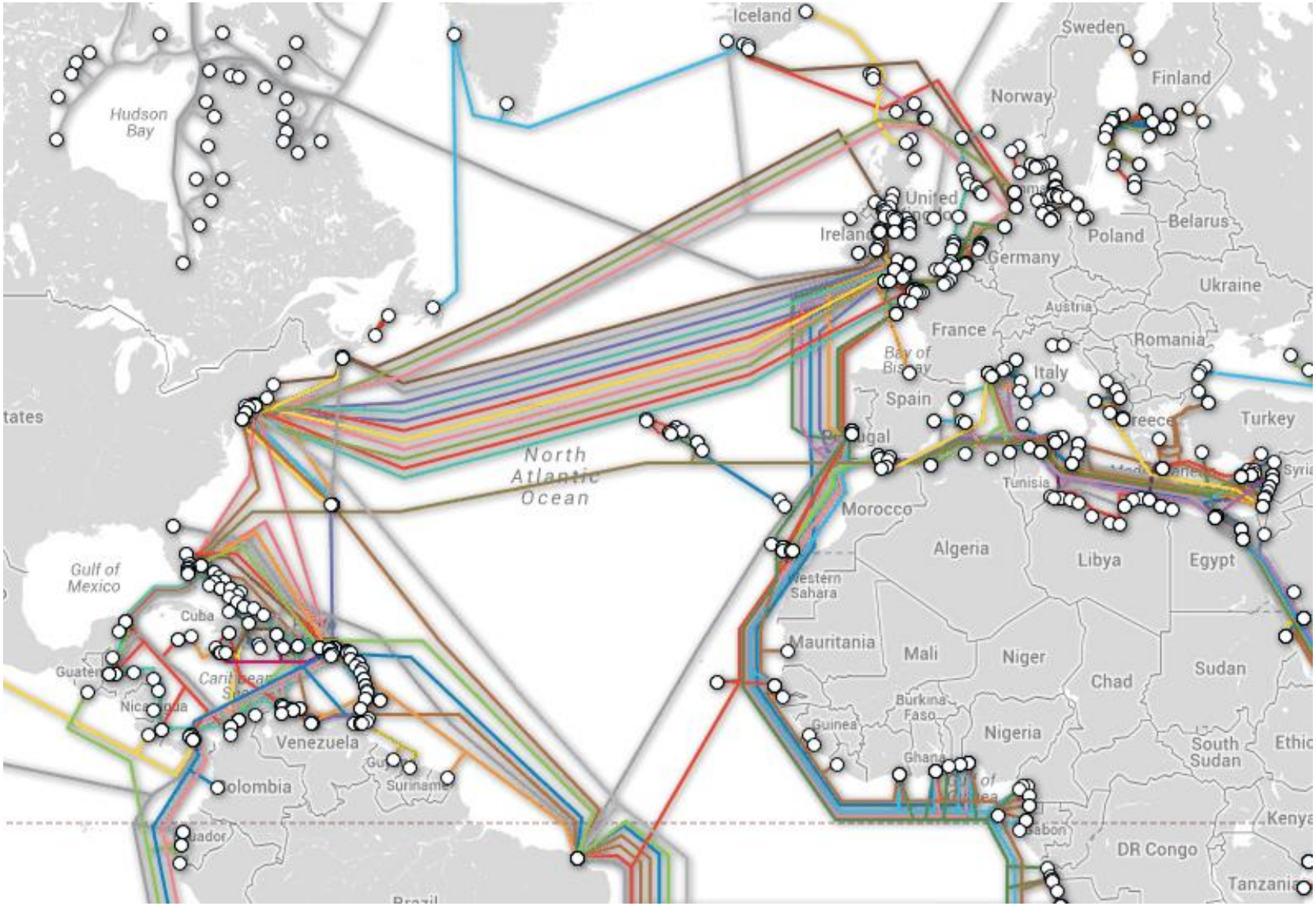
Manuel David Masseno

1 – os Fundamentos

- **a *questão* do Território**, enquanto *lugar do Direito*, da *sede* das relações jurídicas, **é recorrente**, desde Savigny
- **entrando em crise com a Globalização** económica **e com a Sociedade Mundial em Rede**, que se assumem como "**espaços**", intrinsecamente aterritoriais e coincidentes
  - precisamente, **aqueles espaços onde atuam as Empresas da Internet, as quais dispõem de poderes regulatórios próprios e alternativos relativamente aos Estados** (*v.g.*, as Conclusões do Advogado-Geral Niilo Jääskinen no Processo *Google Spain*, *infra*)
- aparecendo **a Internet como o *locus* da simultaneidade**, anulando o Tempo e o Espaço, assim tornando obsoleta as noções de "Território" e de "Fronteira", ficando nós livres de tais constrangimentos, e **assumindo uma dimensão mítica**

- **considerando o Ciberespaço enquanto…**
  - **"Uma alucinação consensual diariamente experimentada por biliões de operadores legítimos, em cada país, por crianças a quem são ensinados conceitos matemáticos... Uma representação gráfica de dados extraídos de bancos de cada computador do sistema humano. Complexidade impensável. Linhas de luz alinhadas no não-espaço da mente, clusters e constelações de dados. Como luzes da cidade, afastando-se..." – W. Gibson, *Neuromancer*, 1984**
- **também** em **textos jurídicos**, **"En se connectant aux services de communication et d'information, les usagers créent une sorte d'espace commun, dit 'cyber-espace', qui sert à des fins légitimes, mais peut aussi donner lieu à des abus":** Decisão CDPC/103/211196, 1996, do **Comité Europeu para os Problemas Criminais do Conselho da Europa** (CDPC) criando um Grupo de Especialistas sobre Cibercrime, o qual elaborou a *Convenção de Budapeste sobre Cibercrime*, de 2001

- **porém,** a consideração da **Sociedade em Rede** permite uma **outra perspetiva, mais próxima da realidade técnica**, a qual nos condiciona enquanto *Code* (**L. Lessig**)**:**
  - **"A Sociedade em Rede é uma sociedade cuja estrutura social é composta por redes assentes nas tecnologias da informação e da comunicação"** (**M. Castells**)
  - **a tónica** é colocada **na estrutura da rede**, já não **um espaço plano e amorfo**, pela eliminação das distâncias e da simultaneidade
  - os **aspetos cruciais** já não correspondem ao controle da informação, mas ao **acesso de cada nó aos outros nós da rede e ao controle do que circula** na própria Rede
  - as **redes têm existência física e são controláveis pelos Poderes**, Públicos e Privado


Iceland
Sweden
Finland
Norway
Hudson Bay
United Kingdom
Ireland
Belarus
Poland
Germany
Ukraine
Austria
France
Romania
Bay of Biscay
Italy
Spain
Turkey
Tunisia
North Atlantic Ocean
Morocco
Algeria
Libya
Egypt
Gulf of Mexico
Western Sahara
Cuba
Mauritania
Mali
Niger
Chad
Sudan
Burkina Faso
Guinea
Nigeria
Venezuela
South Sudan
Colombia
Suriname
Kenya
DR Congo
Tanzania

- pelo que, **é necessário ir mais longe** no que se refere à própria **estrutura da Internet**, variando o papel da dimensão propriamente territorial, com a correspondente relevância dos Estados, das Organizações Intergovernamentais, de Empresas Multinacionais e de "Outras Entidades", incluindo as ONGs, segundo a ***Teoria das 3 Camadas de Regulação da Internet*** (A. Murray, Y. Benkler e E. Schweighofer), com**:**
  - a camada **física** (Estados, UIT, UE, Multinacionais,...)
  - a camada **lógica** (ICANN, WISIS, OMC – GATS, UE,...)

  e

  - a camada dos **conteúdos** (Estados, UE, Conselho da Europa, OMPI, UNCITRAL, OCDE, Multinacionais e ONGs,...)

- **o que nos faz voltar ao C. Schmitt** do *Land und Meer* (**1942**) e, sobretudo, do *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (**1950**), com **o Território a corresponder ao ponto de referência dos Valores**
- **indo além do território enquanto simples âmbito de vigência do Direito**, na linha de **H. Kelsen**, no *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (**1920**)
- com **base** na **noção de *Geodireito***, tal como formulada por **N. Irti**, *Norma e luoghi: problemi di geo-diritto* (**2001**), **com o Poder a ter condições para ser exercido regionalmente**, ou inter-regionalmente, em termos de afirmação e de negociação, com os demais intervenientes

2 – o Proteção de Dados Pessoais enquanto ponto de referência

1 – o dentro e o fora

- **desde a *Convenção do Conselho da Europa para a Proteção dos Indivíduos face ao Tratamento Automático de Dados Pessoais* - Convenção 108**, de 28 de janeiro de **1981** (Art.º 12.º)
- **passando pela Diretiva 95/46/CE** do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de **1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados** (Art.ºs 1.º n.º 2 e 25.º)

- **e chegando no** Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril, 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**)
- **todos** identificam uma **Fronteira e distinguem** entre **a Liberdade de Circulação**, pelo menos tendencial, que estabelecem entre os Territórios dos Estados Partes / Membros, agora coincidentes com o **"espaço de liberdade, segurança e justiça" e** o **"mercado interno"** (Art.º 2.º n.ºs 2 e 3 do *TUE - Tratado da União Europeia*) **e o Exterior**, condicionando a saída dos dados pessoais, sem as garantias materiais e procedimentais que prescrevem.

2 – o critério de distinção entre o *dentro* e o *fora*

- antes de mais e como veremos em seguida, **releva a aplicabilidade da normativa no que se refere ao tratamento dos dados**
- **a acessibilidade dos dados é deixada em segundo plano**, como ficou logo claro no **Acórdão *Lindqvist***, de 6 de novembro de **2003** (Processo C-101/01)
- embora **o controle físico dos servidores não seja irrelevante**, como é patente no **Acórdão *Digital Rights Ireland***, de 8 de abril de 2014 (Processos Apensos C-293/12 e C-594/12)
- sem esquecer que **a opção por um Regulamento**, e já não por uma Diretiva, na Proposta de janeiro de 2012, **teve por fundamento a uniformização interna**

- **na Diretiva:**
  - **"1. Cada Estado-membro aplicará as suas disposições nacionais** adotadas por força da presente diretiva ao tratamento de dados pessoais **quando**:

    a) O tratamento for efetuado no contexto das atividades de um estabelecimento do responsável pelo tratamento situado no território desse Estado-membro; se o mesmo responsável pelo tratamento estiver estabelecido no território de vários Estados-membros, deverá tomar as medidas necessárias para garantir que cada um desses estabelecimentos cumpra as obrigações estabelecidas no direito nacional que lhe for aplicável;

b) O responsável pelo tratamento não estiver estabelecido no território do Estado-membro, mas **num local onde a sua legislação nacional seja aplicável por força do direito internacional público**.

c) O responsável pelo tratamento não estiver estabelecido no território da Comunidade e **recorrer**, para tratamento de dados pessoais, **a meios**, automatizados ou não, **situados no território desse Estado-membro**, salvo se esses meios só forem utilizados para trânsito no território da Comunidade.

2. No caso referido na alínea c) do n.º 1, o responsável pelo tratamento deve designar um representante estabelecido no território desse Estado-membro, sem prejuízo das ações que possam vir a ser intentadas contra o próprio responsável pelo tratamento.**”** (Art.º 4.º)

- **uma especial importância**, tem, a este propósito, o **Acórdão *Google Spain***, de 13 de maio de **2014** (Processo C-131/12), tendo o Tribunal concluído que:
  - a *Google Spain S.L.* era uma **subsidiária da *Google, Inc*.**, constituindo um estabelecimento, na aceção da Diretiva
  - **não é relevante que o tratamento de dados não ocorra em Espanha** / União Europeia
  - **e bastava a promoção e venda de publicidade destinada a consumidores espanhóis para estabelecer a conexão com a disciplina**
- **com os desenvolvimentos protagonizados pela CNIL** (*Commission nationale de l'informatique et des libertés*, de França) **relativamente à Google**, desde **maio de 2015**, com uma injunção para a retirada de acesso a todos os resultados envolvendo cidadãos franceses

- **no Novo Regulamento:**

  "1. [...] aplica-se ao tratamento de dados pessoais efetuado **no contexto das atividades de um estabelecimento de um responsável pelo tratamento ou de um subcontratante situado no território da União, independentemente de o tratamento ocorrer dentro ou fora da União.** [**questões ligadas à *Nuvem***]

  2. […] aplica-se ao tratamento de **dados pessoais de titulares residentes no território da União**, efetuado por um responsável pelo tratamento ou subcontratante não estabelecido na União, quando as atividades de tratamento estejam relacionadas com:

  a) A oferta de bens ou serviços a esses titulares de dados na União, independentemente da exigência de os titulares dos dados procederem a um pagamento [**modelo de negócio da *Big Data***];

b) O controlo do seu comportamento, desde que esse comportamento tenha lugar na União. [***OBA* – Publicidade Comportamental Em-Linha**, também decorrente das análises de *Big Data*]

3. […] aplica-se ao tratamento de dados pessoais por um responsável pelo tratamento estabelecido não na União, mas **num lugar em que se aplique o direito de um Estado-Membro por força do direito internacional público**..” (Art.º 3.º)

- **nota**: a ***Big Data***, resulta da **confluência de tecnologias** de **comunicações em banda larga**, da ***Internet das coisas*** **e** da **computação em nuvem** **e “refere-se a conjuntos de dados gigantescos detidos por empresas, governos e outras grandes organizações, que são extensivamente analisados utilizando algoritmos computacionais”** (Opinião n.º 3/2013 do *Grupo de Trabalho do Artigo 29.º*)

3 – o controle da circulação para o Exterior

- **na Diretiva:**
  - **"1.** Os Estados-membros estabelecerão que **a transferência para um país terceiro de dados pessoais objeto de tratamento**, ou que se destinem a ser objeto de tratamento após a sua transferência, **só pode realizar-se se**, sob reserva da observância das disposições nacionais adotadas nos termos das outras disposições da presente diretiva, **o país terceiro em questão assegurar um nível de proteção adequado**.

    2. A adequação do nível de proteção oferecido por um país terceiro será apreciada em função de todas as circunstâncias que rodeiem a transferência ou o conjunto de transferências de dados […

…] em especial, **serão tidas em consideração a natureza dos dados, a finalidade e a duração do tratamento ou tratamentos projetados, os países de origem e de destino final, as regras de direito**, gerais ou setoriais, **em vigor no país terceiro em causa, bem como as regras profissionais e as medidas de segurança que são respeitadas nesse país**.

3. Os Estados-membros e a Comissão informar-se-ão mutuamente dos casos em que consideram que um país terceiro não assegura um nível de proteção adequado na aceção do n.º 2**.**

4. Sempre que a Comissão verificar [...] **que um país terceiro não assegura um nível de proteção adequado** na aceção do n.º 2 do presente artigo**, os Estados-membros tomarão as medidas necessárias para impedir qualquer transferência de dados de natureza idêntica para o país terceiro em causa.”** (Art.º 25.º)

- **no Novo Regulamento:**
  - **"Qualquer transferência de dados pessoais que sejam ou venham a ser objeto de tratamento após transferência para um país terceiro ou uma organização internacional só é realizada se**, sem prejuízo das outras disposições do presente regulamento, **as condições estabelecidas no presente capítulo forem respeitadas pelo responsável pelo tratamento e pelo subcontratante**, inclusivamente no que diz respeito às transferências ulteriores de dados pessoais do país terceiro ou da organização internacional para outro país terceiro ou outra organização internacional. **Todas as disposições do presente capítulo são aplicadas de forma a assegurar que não é comprometido o nível de proteção das pessoas singulares garantido pelo presente regulamento."** (Art.º 44.º - Princípio geral das transferências)

- **depois,**

  "1. Pode ser realizada uma transferência de dados pessoais para um país terceiro ou uma organização internacional se a Comissão tiver decidido que o país terceiro, um território ou um ou mais setores específicos desse país terceiro, ou a organização internacional em causa, **assegura um nível de proteção adequado. Esta transferência não exige autorização específica.**

  2. Ao avaliar a adequação do nível de proteção, a Comissão tem nomeadamente **em conta os seguintes elementos:**

  a) O primado do Estado de direito, o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais, a legislação pertinente em vigor, tanto a geral como a setorial, **nomeadamente em matéria de segurança pública, defesa, segurança nacional e direito penal** […

…] **e respeitante ao acesso das autoridades públicas a dados pessoais, bem como a aplicação dessa legislação e das regras de proteção de dados, das regras profissionais e das medidas de segurança**, incluindo as regras para a transferência ulterior de dados pessoais para outro país terceiro ou organização internacional, **que são cumpridas nesse país ou por essa organização internacional, e a jurisprudência, bem como os direitos dos titulares dos dados efetivos e oponíveis, e vias de recurso administrativo e judicial para os titulares de dados cujos dados pessoais sejam objeto de transferência;**

b) A existência e o efetivo funcionamento **de uma ou mais autoridades de controlo independentes no país terceiro** ou às quais esteja sujeita uma organização internacional**, responsáveis por assegurar e impor o cumprimento das regras de proteção de dados, e dotadas de poderes coercitivos adequados para assistir e aconselhar os titulares dos dados no exercício dos seus direitos, e cooperar com as autoridades de controlo dos Estados-Membros; e**

c) Os compromissos internacionais assumidos pelo país terceiro ou pela organização internacional **em causa, ou outras obrigações decorrentes de convenções ou instrumentos juridicamente vinculativos, bem como da sua participação em sistemas multilaterais ou regionais, em especial em relação à proteção de dados pessoais.”**
(Art.º 45.º - Transferências com base numa decisão de adequação

- **e ainda**, especialmente, **“As decisões judiciais e as decisões de autoridades administrativas de um país terceiro que exijam que o responsável pelo tratamento ou o subcontratante transfiram ou divulguem dados pessoais só são reconhecidas ou executadas se tiverem como base um acordo internacional**, como um acordo de assistência judiciária mútua, **em vigor entre o país terceiro em causa e a União ou um dos Estados-Membros, sem prejuízo de outros motivos de transferência nos termos do presente capítulo.”** (Art.º 48.º - Transferências ou divulgações não autorizadas pelo direito da União)

4 – as relações com os Estados Unidos

- **estão presentes dois paradigmas distintos:**
  - **o da Europa**, mesmo a 'Grande Europa', da Convenção dos e da Corte dos Direitos Humano, **assente na autodeterminação informacional**, assim como em Valores como os da preservação da Honra
  - **o dos EUA, fundado no acesso e circulação livre de todas as informações** (*1.ª Emenda*), salvo a de valor comercial
- **um primeiro equilíbrio** foi alcançado, em julho de **2000**, com o **Acordo 'Safe Harbour':**
  - **antes do 11 de setembro**
  - **antes da *Cloud***
  - **antes** até **do Orkut**…
  - **e favorecendo as empresas dos Estados Unidos**

- **porém…**
  - **o TJUE, através Acórdão Schrems**, de 6 de outubro de **2015**, Processo C-362/14, **anulou o Acordo 'Safe Harbour'** , por este não dar garantias suficientes quanto à respetiva observância por parte da empresas norte-americanas abrangidas nem saalvaguardar os dados de cidadãos europeus perante as exigências da Administração
- **entretanto**, foi alcançado **um novo equilíbrio** foi encontrada com o **EU-USA 'Privacy Shield'** ('Escudo de Proteção da Privacidade UE-EUA'), em vigor desde 1 de agosto último
  - embora a respetiva conformidade com os critérios enunciados pelo TJUE no Acórdão Schrems seja contestada, mesmo no seio Grupo do Artigo 29.º…