

Instituto Politécnico da Maia

ATUALIDADES NA CIÊNCIA JURÍDICA: INTERCÂMBIO IBERO-AMERICANO

Editores

Maria do Rosário Anjos
Patrícia Anjos Azevedo
Rubén Miranda Gonçalves
Fábio da Silva Veiga

ATUALIDADES NA CIÊNCIA JURÍDICA: INTERCÂMBIO IBEROAMERICANO

Editores

Maria do Rosário Anjos

Patrícia Anjos Azevedo

Rubén Miranda Gonçalves

Fábio da Silva Veiga

Instituto Politécnico da Maia – IPMAIA



Todos os direitos reservados aos editores da obra. Nenhuma parte da obra poderá ser reproduzida sem o consentimento expresso dos editores.

Os editores não são responsáveis pelas opiniões, comentários ou manifestações dos autores representadas nos respectivos artigos.

©Maria do Rosário Anjos (Editora)

©Patrícia Anjos Azevedo (Editora)

© Rubén Miranda Gonçalves (Editor)

© Fábio da Silva Veiga (Editor)

©Instituto Politécnico da Maia

© Os autores, pelos capítulos

Ficha Técnica

Título Atualidades na Ciência Jurídica: Intercâmbio Iberoamericano

Autores Vários

Editores Maria do Rosário Anjos; Patrícia Anjos Azevedo; Rubén
Miranda Gonçalves; Fábio da Silva Veiga

Edição Edições ISMAI

N2i – Núcleo de Investigação do Instituto Politécnico da Maia

1ª edição: 2018

ISBN 978-989-54271-2-3

CONSELHO CIENTÍFICO

Antonio Tirso Ester Sánchez (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)

Armando Luiz Rovai (PUC-SP/Mackenzie)

Augusto Jobim do Amaral (P. Universidade Católica do Rio Grande do Sul)

Catarina Santos Botelho (Universidade Católica Portuguesa, Portugal)

Denise Fincato ((Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)

Emilia Santana Ramos (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)

Érica Guerra da Silva (Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro)

Fábio da Silva Veiga (IBEROJUR/Universidad Europea de Madrid /UAH)

Gabriel Martín Rodríguez (Universidad Europea de Madrid)

Gilberto Atencio Valladares (Universidad de Santiago de Compostela)

Heron Gordilho (Universidade Federal da Bahia)

Irene Patrícia Nohara (Universidade Presbiteriana Mackenzie)

Jaime Aneiros Pereira (Universidad de Vigo)

Jose Gabriel Assis de Almeida (UNIRIO, Brasil)

Julio Álvarez Rubio (Universidad de Cantabria)

Laura Miraut Martín (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)

Lorenzo Mateo Bujosa (Universidad de Salamanca)

Lotario Vilaboy Lois (ISMAI/IPMAIA)

Marco Aurélio Gumieri Valério (Universidade de São Paulo)

Marcos Augusto Perez (Universidade de São Paulo)

Margareth Vetis Zaganelli (Universidade Federal do Espírito Santo)

Maria Cruz Barreiro Carril (Universidad de Vigo)

Maria João Mimoso (UPT/IPMAIA)

Maria do Rosário Anjos (IPMAIA)

Pablo Fernández Carballo-Calero (Universidad de Vigo)

Patrícia Anjos Azevedo (ISMAI/IPMAIA)

Pedro Avzaradel (Universidade Federal Fluminense)

Ricardo Gavilán (Universidad Nacional de Asunción)

Rodrigo Poyanco (U. de los Andes, Chile)

Conselho Científico

Rubén Miranda Gonçalves (Universidad de Santiago de Compostela)

Salvador Tomás Tomás (Universidad de Murcia)

Samuel Rodríguez Ferrández (Universidad de Murcia)

Sebastián Kiwonghi Bizawu (Escola de Direito Dom Helder)

Sónia de Carvalho (UPT/IPMAIA)

Vânia Aieta (Universidade do Estado do Rio de Janeiro)

Zélia Luiza Pierdoná (Universidade Presbiteriana Mackenzie)

SUMÁRIO

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN COMO DERECHO HUMANO: ESPECIAL REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA ACTUAL

Rubén Miranda Gonçalves 11

BREVES NOTAS SOBRE A TRAMITAÇÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL

Patrícia Anjos Azevedo 23

EXCLUÍDOS PELA GENÔMICA: TESTES GENÉTICOS E TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO OBREIRO COMO EXPRESSÃO DA DIGNIDADE HUMANA

Vivianne Rodrigues de Melo 39

UM PROJETO INTERSÉMIÓTICO JURIDICO: SUGESTAO PARA A DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DAS INSTITUIÇÕES FRENTE ÀS NOVAS TECNOLOGIAS

Maria Christina Napolitano.....55

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA? CRIMES CONTRA A VIDA INTRA UTERINA: DA DETERMINAÇÃO DO INÍCIO DO BEM JURÍDICO TUTELADO A SUA PROTEÇÃO

Caroline Buarque Leite de Oliveira75

O PATRIMÔNIO COMO ELEMENTO OBJETIVO DA INFRAÇÃO PENAL E A INFLUÊNCIA DE SEU RESSARCIMENTO NOS BENEFÍCIOS DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO.

Gianpaolo Poggio Smanio e Fabiano Augusto Petean 87

O PAPEL DO MINISTERIO PÚBLICO E A DEFESA DO PLENO EMPREGO PARA IMIGRANTES VULNERÁVEIS

Charles de Sousa Trigueiro e José Raymundo Ribeiro Campos Filho103

A ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS DE ENERGIA PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: ANÁLISE COMPARADA ENTRE BRASIL E PORTUGAL

Mariane Silva de Castro e Veríssimo Nascimento Ramos dos Santos111

DIREITOS E DEVERES DOS CONDÔMINOS DE UM PRÉDIO URBANO EM REGIME DE PROPRIEDADE HORIZONTAL

Ana Rita Ferreira Araújo 131

BREVES NOTAS SOBRE A INSOLVÊNCIA E OS SEUS EFEITOS NAS AÇÕES DECLARATIVAS, EXECUTIVAS E CONVENÇÕES DE ARBITRAGEM

Ricardo M. Oliveira143

A RELAÇÃO ENTRE A RENDA BÁSICA DE CIDADANIA E OS OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Thiago Santos Rocha 151

ACORDOS PARASSOCIAIS: INSTRUMENTOS DE GOVERNANÇA E INOVAÇÃO NO SEU CONFRONTO COM OS ESTATUTOS

Rita Guimarães Fialho d' Almeida 161

DESIGUALDADE AMBIENTAL: MUDANÇAS CLIMÁTICAS E FLUXO MIGRATÓRIO

Fabrizio Veiga Costa e Deilton Ribeiro Brasil169

A REVERSÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL CONTRA GERENTES E ADMINISTRADORES

Patrícia Anjos Azevedo183

A BOA ADMINISTRAÇÃO COMO ELEMENTO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Suzana Maria Fernandes Mendonça 191

O MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO COMO CONDICIONANTE PARA A MANUTENÇÃO DA SUSTENTABILIDADE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL INDÍGENA: PERCEPÇÃO DE RISCOS AMBIENTAIS AO PATRIMÔNIO CULTURAL DO POVO WAYÁPI

Fabrizio V. Costa, Deilton R. Brasil e Elaine Aparecida Barbosa Gomes 203

A ARBITRAGEM NA RECENTE REFORMA DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

Maria do Rosário Anjos219

NEOLIBERALISMO E PRECARIIDADE: O BRASIL NO CONTEXTO DAS LUTAS GLOBAIS

Augusto Jobim do Amaral e Cássia Zimmermann Fiedler 225

TESTAMENTO VITAL: SUA APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Margareth Vetis Zaganelli e Larissa de Pizzol Vicente.....237

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E ACESSO À MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS E DE ALTO CUSTO: PARÂMETROS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES PARA O FORNECIMENTO DE FÁRMACOS

Margareth Vetis Zaganelli e João Victor Gomes Correia. 253

O DIREITO À PRIVACIDADE E A EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA: A PROPÓSITO DA PUBLICIDADE COM RECURSO AO RECONHECIMENTO FACIAL

Ana Clara Azevedo de Amorim..... 269

GOVERNANÇA CORPORATIVA: ADAPTAÇÃO AO SETOR PÚBLICO PARA UM AMBIENTE ECONÔMICO E JURÍDICO SAUDÁVEL

Fernando R. M. Bertoncetto e Thaís Cíntia Cárnio277

A REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E O DIREITO CONSTITUCIONAL: A PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM MEIO À MODERNIDADE LÍQUIDA.

Giovana Maria Naldi Marcondes e Nara Furtado Lancia 287

RESPONSABILIDADE AMBIENTAL: O PRINCÍPIO DO POLUIDOR PAGADOR MEDIANTE UMA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DO AMBIENTE

Roberta Fernandes de Faria 299

GOVERNANÇA NAS RELAÇÕES (LÍQUIDAS) DE TRABALHO: O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO UM NOVO DESAFIO PROTETIVO

Denise Fincato e Cíntia Guimarães 311

ANONIMATO DE DOAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO: PONDERAÇÃO ENTRE DIREITO DE PERSONALIDADE E DIREITO À PRIVACIDADE

Juliana de Freitas Dornelas..... 323

COMPLIANCE DIGITAL E A INFLUÊNCIA DO REGULAMENTO EUROPEU DE PROTEÇÃO DE DADOS NAS EMPRESAS BRASILEIRAS

Caroline De Melo Lima Gularte e Gabriela Coelho Glitz..... 329

LEGADO DIGITAL

José Emiliano Paes Landim Neto..... 345

DA IMPROPRIEDADE DOS EMBARGOS COMO MEIO DE DEFESA DO CÔNJUGE NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO FISCAL

Miguel de Antas de Barros e Patrícia Anjos Azevedo 353

O DIREITO À PRIVACIDADE E A EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA: A PROPÓSITO DA PUBLICIDADE COM RECURSO AO RECONHECIMENTO FACIAL

Ana Clara Azevedo de Amorim¹

1) Introdução

No dia 18 de abril de 2018, entrou em funcionamento no metro de São Paulo um modelo inovador de portas digitais interativas com câmaras de reconhecimento facial que permitem identificar os estados emocionais dos utilizadores em tempo real. Resultado da acentuada evolução tecnológica verificada nos últimos anos, o tratamento de dados biométricos permite potenciar a eficácia da comunicação comercial através da difusão de anúncios personalizados. Apresentada como mais um instrumento disponível para os anunciantes num contexto de excesso de oferta, esta tecnologia suscita graves problemas ao nível do direito à privacidade dos destinatários, que se tornam um objeto da informação para efeitos comerciais.

Importa analisar o recurso ao reconhecimento facial numa perspetiva de direito comparado, na medida em que ao contrário do que se verifica no Brasil e noutros ordenamentos jurídicos, o Regulamento Geral de Proteção de Dados aplicável nos Estados Membros da União Europeia desde 25 de maio de 2018 pode representar um entrave à evolução tecnológica.

2) A personalização da comunicação comercial e o direito à privacidade

Enquanto instrumento do processo de comercialização de produtos e serviços, a personalização das mensagens publicitárias visa uma aproximação aos interesses concretos dos destinatários, devendo considerar-se genericamente admitida, dado que assenta na liberdade de expressão e na garantia da iniciativa económica privada dos anunciantes, cuja tutela se funda axiologicamente nos artigos 37.º e 61.º da Constituição da República Portuguesa, bem como nos artigos 5.º IX e 170.º da Constituição Federal do Brasil. No entanto, esta personalização resulta frequentemente do tratamento de dados pessoais sem o consentimento do respetivo titular, o que pode determinar a invalidade dos meios utilizados.

Atenta a decadência da publicidade difundida nos meios de massas verificada a partir dos anos 70 e 80 do século XX, a personalização da comunicação comercial começou por estar associada às visitas ao domicílio, às chamadas telefónicas, à remessa

¹ Professora Auxiliar da Universidade Portucalense

de correspondência por via postal e por telecópia, que constituem as modalidades paradigmáticas de marketing direto. No ordenamento jurídico português, a Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro resultou da necessidade de evitar intromissões na vida privada dos destinatários, garantindo precursoramente a proteção de interesses de natureza não económica no domínio da publicidade (Paulo Mota Pinto, 1998:279).

A partir do final do século XX, a generalização do acesso às tecnologias digitais potenciou o surgimento de outros instrumentos publicitários, como as mensagens de correio eletrónico. Mas a Sociedade da Informação viria a caracterizar-se sobretudo pela ampla disponibilização de dados pessoais, relevantes para efeitos da construção do perfil individual dos internautas, que esteve na origem de um novo paradigma de comunicação comercial, resultante do desenvolvimento do marketing direto. Este novo paradigma começou por assentar na informação disponibilizada em rede pelos próprios internautas, relativa às suas necessidades e desejos de consumo mas também às suas motivações, personalidade e estilos de vida.

Atualmente, na sequência da evolução tecnológica dos últimos anos, os profissionais recorrem sobretudo a sistemas automáticos de monitorização dos comportamentos de navegação na Internet, que permitem conhecer as preferências dos destinatários, aumentando a eficácia da promoção de produtos e serviços. Através dos testemunhos de conexão, que armazenam pequenos ficheiros de texto nos computadores dos usuários, possibilitando o seu reconhecimento em posteriores acessos, os anunciantes alcançam automaticamente milhões de células de mercado com mensagens publicitárias personalizadas em função dos seus interesses concretos. Passa então a ser possível distinguir a personalização explícita – em que os próprios usuários participam no processo através do fornecimento de informação – e a personalização implícita, realizada através de sistemas automáticos de monitorização (Roberto Torres, 2004:121).

Num contexto de acentuada evolução tecnológica, o desenvolvimento dos sistemas de cookies conduziu ao aparecimento de técnicas progressivamente mais otimizadas de monitorização dos comportamentos. Também no domínio do mobile marketing, o envio de mensagens publicitárias relativas a estabelecimentos situados na proximidade dos utilizadores tem assentado no recurso à geolocalização. No Relatório sobre o impacto da publicidade no comportamento dos consumidores de 23 de novembro de 2010, o Parlamento Europeu manifestou uma preocupação com a personalização das mensagens publicitárias, que considerou constituir “um grave atentado à proteção da vida privada quando assenta no rastreio de características pessoais (testemunhos de conexão, constituição de perfis e geolocalização)”.

Na sequência do recurso a sistemas automáticos de monitorização dos comportamentos de navegação na Internet e aos restantes instrumentos de personalização das mensagens publicitárias, começaram a desenvolver-se as tecnologias biométricas, cujas potencialidades têm sido reconhecidas para efeitos do processo de comercialização de produtos e serviços (José Luís Reis, 2013:226). Assim, por exemplo, o reconhecimento facial ou vocal, as impressões digitais e a análise da íris permitem

identificar inequivocamente uma pessoa, verificando-se uma relação direta entre a fiabilidade dos dispositivos e o respetivo grau de intrusão. No Parecer 3/2012 sobre a evolução das tecnologias biométricas adotado em 27 de abril de 2012, o Grupo de Trabalho instituído pelo artigo 29.º da Diretiva 95/46/CE reconheceu que estas suscitam “fortes preocupações em diversos domínios, incluindo a privacidade e a proteção de dados”.

Ora, mais do que a identificação inequívoca da pessoa, que resultava já também do tratamento de dados pessoais no marketing direto, as tecnologias biométricas representam um contributo decisivo para o reconhecimento de estados emocionais dos destinatários da comunicação comercial. Num contexto de proliferação de mensagens com finalidades promocionais e sobretudo face à prevalência da dimensão emocional das decisões de consumo, a avaliação da resposta a determinados estímulos pode influenciar a forma como os profissionais se dirigem individualmente a cada consumidor (Ana Clara Azevedo de Amorim, 2018:179). Ou seja, o recurso ao reconhecimento facial permite acentuar a transição para o apelo a sentimentos na comunicação comercial, em detrimento dos tradicionais argumentos técnicos e funcionais relativos aos produtos ou serviços, bem como a crescente valorização das experiências orientadas para estabelecer relações sensoriais, afetivas ou criativas com as marcas.

Em suma, a privacidade constitui a principal preocupação nas relações de mercado na Sociedade da Informação, especialmente quando o conteúdo das mensagens publicitárias é determinado pelo reconhecimento de estados emocionais, que constituem o último reduto da personalidade individual. Na verdade, a comunicação comercial suscita agora maioritariamente um problema de tratamento de dados pessoais.

3) O regime jurídico da proteção de dados pessoais na atualidade

Consagrado precursoramente no ordenamento constitucional português, o direito à autodeterminação informativa visa evitar que o indivíduo se torne um mero objeto da informação. Assim, nos termos do artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa, “todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua retificação e atualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei” (n.º 1). Relativamente aos dados sensíveis, “a informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis” (n.º 3). Este direito à autodeterminação informativa tem sobretudo uma natureza negativa, que permite impedir o acesso aos dados pessoais por terceiros, traduzindo ainda uma garantia do direito à privacidade consagrado genericamente no artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa e no

artigo 5.º X da Constituição Federal do Brasil.

a) Direito Europeu

O Parlamento Europeu e o Conselho aprovaram o Regulamento (UE) 2016/679 relativo à proteção das pessoas singulares no que respeita ao tratamento e livre circulação de dados pessoais (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados – doravante abreviadamente RGPD), que revogou a Diretiva 95/46/CE e é aplicável nos Estados Membros desde 25 de maio de 2018.

Nos termos do n.º 1 do artigo 4.º do RGPD, entende-se por dados pessoais a “informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável”, designadamente, por referência a “um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular”. De acordo com uma opção anteriormente defendida pela doutrina, o conceito de dados pessoais abrange qualquer informação relativa aos interesses do utilizador, no pressuposto da sua identificabilidade.

O artigo 5.º do RGPD enuncia um conjunto de princípios relativos ao tratamento de dados pessoais. Relevam, entre outros, o princípio da limitação das finalidades, segundo o qual os dados devem ser “recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas e não podendo ser tratados posteriormente de uma forma incompatível com essas finalidades” (alínea b) do n.º 1); o princípio da minimização dos dados, que determina a sua adequação, pertinência e limitação ao que for necessário relativamente às finalidades para as quais são tratados (alínea c) do n.º 1); e o princípio da limitação da conservação, estritamente em função do período de tempo necessário para aquelas finalidades (alínea e) do n.º 1).

Acresce que o consentimento do titular dos dados pessoais constitui um pressuposto de licitude do seu tratamento, como resulta da alínea a) do n.º 1 do artigo 6.º do RGPD. Representa, assim, o elemento central da proteção, sendo particularmente relevante face à recolha de informação através de mecanismos independentes da intervenção do titular, como se verifica no recurso ao reconhecimento facial. Ora, segundo o disposto no n.º 11 do artigo 4.º do RGPD, o consentimento integra “uma manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento”. O consentimento deve então traduzir um comportamento ativo do utilizador, suscetível de manifestar inequivocamente a sua vontade relativa ao tratamento dos dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas. Segundo o Considerando 32 do RGPD, não constituem consentimento “o silêncio, as opções pré-validadas ou a omissão”, como a aceitação tácita de políticas de privacidade decorrente, por exemplo, do facto de a navegação num determinado sítio eletrónico não ser interrompida, sobretudo quando associada a informação redigida de

forma pouco clara ou excessivamente técnica.

Desta forma, o princípio da transparência consagrado no n.º 1 do artigo 12.º do RGPD reitera o carácter esclarecido do consentimento, ao postular que o responsável pelo tratamento deve tomar as medidas adequadas para fornecer ao titular dos dados pessoais as informações necessárias “de forma concisa, transparente, inteligível e de fácil acesso, utilizando uma linguagem clara e simples, em especial quando as informações são dirigidas especificamente a crianças”. Estas informações devem ser prestadas por escrito ou, mediante pedido do titular, oralmente. Consta dos artigos 13.º e 14.º do RGPD o elenco das informações a facultar ao titular dos dados pessoais.

Acresce que o n.º 14 do artigo 4.º do RGPD prevê que os dados biométricos resultam “de um tratamento técnico específico relativo às características físicas, fisiológicas ou comportamentais de uma pessoa singular que permitam ou confirmem a identificação única dessa pessoa singular, nomeadamente imagens faciais ou dados dactiloscópicos”. Sendo enquadrada nas “categorias especiais de dados pessoais”, a informação resultante da biometria permite identificar uma pessoa de forma inequívoca, estando sujeita para efeitos do tratamento ao disposto no artigo 9.º do RGPD, que consagra já uma norma de proibição. Ora, atenta a gravidade da lesão da privacidade nestes casos concretos, e ao contrário do que se verifica na categoria genérica, os ordenamentos jurídicos dos Estados Membros podem inviabilizar que a proibição de tratamento destes dados seja afastada mediante consentimento do respetivo titular.

Por fim, importa referir que o consentimento do titular suscita especiais dificuldades no reconhecimento facial, sobretudo quando o suporte pertence ao profissional, como se verifica no metro de São Paulo. O problema deve ser particularmente tido em consideração quando, no domínio do marketing, estiverem em causa estados emocionais, que integram dados sensíveis.

b) Direito Brasileiro

No ordenamento jurídico brasileiro vigora a Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014, que aprovou o Marco Civil da Internet e que estabelece um conjunto de princípios, garantias, direitos e deveres dos usuários. Nos termos dos artigos 2.º e 3.º o uso da Internet é regulado com fundamento no respeito pela liberdade de expressão e garantindo a proteção da privacidade e a proteção dos dados pessoais. Neste sentido, o artigo 7.º prevê que o acesso à Internet é essencial ao exercício da cidadania, sendo assegurado aos usuários o direito à “inviolabilidade da intimidade e da vida privada”, o direito a “informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que: a) justifiquem sua coleta; b) não sejam vedadas pela legislação; e c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet”, bem como o direito a “consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada

das demais cláusulas contratuais”. A garantia do direito à privacidade é reiterada no artigo 8.º enquanto condição para o pleno acesso à Internet.

Desta forma, o Marco Civil da Internet consagra um regime jurídico de proteção de dados pessoais e garantia do direito à privacidade em grande parte semelhante ao que vigora nos Estados Membros da União Europeia, nomeadamente, prevendo o consentimento como pressuposto de licitude do tratamento. Porém, ao contrário do que resulta do RGPD, que incide genericamente sobre o tratamento de dados pessoais, o Marco Civil da Internet em vigor no Direito Brasileiro não é aplicável às tecnologias implementadas com recurso à biometria.

A ausência de uma lei geral de proteção de dados no Direito Brasileiro tem sido objeto de reflexão, sendo apresentados vários modelos regulatórios inspirados nos ordenamentos jurídicos europeu, norte-americano e uruguaio. A doutrina afirma que estes modelos regulatórios conduzem maioritariamente a um reforço da proteção dos dados pessoais, em detrimento dos interesses económicos, do incentivo à inovação e do desenvolvimento tecnológico (Guilherme Guidi, 2018:86). Centram-se também no consentimento do titular dos dados pessoais como pressuposto de licitude do tratamento, num quadro de transparência que vincula os agentes económicos. No entanto, os modelos regulatórios divergem no equilíbrio entre a intervenção do Estado e de outras entidades administrativas, por um lado, e no papel atribuído ao mercado, sobretudo através da prática contratual e da autorregulação, por outro lado.

Apesar da ausência de uma lei geral de proteção de dados no Direito Brasileiro, importa referir que o Código de Defesa do Consumidor, aprovado pela Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, consagra entre as diretrizes do Plano Nacional de Consumo e Cidadania, “autodeterminação, privacidade, confidencialidade e segurança das informações e dados pessoais prestados ou coletados, inclusive por meio eletrónico”. Ou seja, o legislador reconheceu que o problema do tratamento de dados pessoais se suscita especialmente no contexto da proteção do consumidor, onde surge como complemento às dimensões tradicionais, decorrentes do reconhecimento da sua vulnerabilidade na relação com os profissionais. Neste sentido, o artigo 43.º consagra o direito de “acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados”, que devem “ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão”.

Em suma, a tutela do consumidor – qualquer pessoa singular ou coletiva que adquira produtos ou serviços como destinatário final – abrange também o direito à privacidade e a proteção de dados pessoais, que são relevantes sobretudo no contexto do comércio eletrónico.

4) Impacto do regime jurídico na evolução tecnológica

A licitude do tratamento de dados pessoais depende do consentimento do respetivo titular, que traduz uma manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita. Estes mecanismos de garantia do direito à privacidade reforçados no Direito Europeu pelo RGPD e introduzidos no Direito Brasileiro pelo Marco Civil da Internet não inviabilizam o exercício da liberdade publicitária dos anunciantes, ao contrário do que se verifica nas restrições ao conteúdo e à forma das mensagens (Ana Clara Azevedo de Amorim, 2017:65). Na verdade, o tratamento de dados pessoais situa-se a montante da própria emissão de mensagens com finalidade promocional, pelo que o recurso ao reconhecimento facial para efeitos da personalização dos anúncios não pode justificar-se ao abrigo da liberdade publicitária, cujo fundamento axiológico se encontra na liberdade de expressão e na garantia da iniciativa económica privada. Assim, neste conflito de direitos fundamentais, deve prevalecer sempre a tutela da privacidade dos destinatários, como se verificava já no domínio do marketing direto, em conformidade com o artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa e o artigo 5.º X da Constituição Federal do Brasil.

No entanto, em função do carácter mais ou menos liberal do modelo regulatório adotado, o desenvolvimento dos regimes jurídicos de proteção de dados pessoais é suscetível de provocar um impacto na evolução tecnológica. Neste sentido, a vigência do RGPD inviabiliza a implementação num Estado Membro da União Europeia de câmaras de reconhecimento facial semelhantes às que entraram em funcionamento no metro de São Paulo para difusão de anúncios personalizados, pelo menos sem que os utilizadores tenham a possibilidade de dar o seu consentimento para o tratamento dos respetivos dados pessoais. Este recurso ao reconhecimento facial parece conduzir a uma inaceitável instrumentalização da pessoa a finalidades comerciais, nomeadamente sempre que o cruzamento de dados permita a identificação do titular, associando-lhe estados emocionais, que constituem o último reduto da personalidade individual. De acordo com este entendimento, as exigências legislativas em matéria de consentimento restringem os instrumentos disponíveis para os anunciantes num contexto de excesso de oferta.

Noutros sectores de atividade, o problema do impacto do regime jurídico na evolução tecnológica tem vindo a suscitar-se sobretudo face à necessidade de o consentimento traduzir a manifestação de vontade relativa ao tratamento dos dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas, impedindo o aproveitamento posterior das informações, exceto nos casos de interesse público. Desta forma, a União Europeia tende a ficar numa situação de desvantagem concorrencial, determinada por um menor incentivo à inovação, face ao que se verifica no Brasil e noutros ordenamentos jurídicos, como o norte-americano.

5) Conclusão

A publicidade com recurso ao reconhecimento facial suscita graves problemas ao

nível do direito à privacidade, sobretudo quando o suporte pertence ao profissional. Na medida em que permite identificar os estados emocionais dos destinatários, a biometria contribui para potenciar a eficácia da comunicação comercial através da difusão de anúncios personalizados. Considerando a decadência dos tradicionais meios de massas, bem como a acentuada evolução tecnológica verificada nos últimos anos, o tratamento de dados pessoais assume um papel central nas relações de mercado na Sociedade da Informação, sobretudo face à transição para o apelo a sentimentos na comunicação comercial.

Da abordagem de direito comparado resulta que as Leis de Proteção de Dados colocam os ordenamentos jurídicos perante a tensão entre a garantia da privacidade, resultante diretamente dos textos constitucionais, e a suscetibilidade de entrave à evolução tecnológica. No domínio da publicidade, importa sobretudo evitar que os destinatários se tornem um objeto da informação para efeitos comerciais. De facto, a garantia da identidade da pessoa representa um elemento fundamental da dignidade humana, enunciada no artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa e no artigo 1.º da Constituição Federal do Brasil.

REFERÊNCIAS

- Amorim, Ana Clara Azevedo de (2017). “A personalização da comunicação comercial e o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados: perspetivas futuras”, AA.VV., *Los desafíos jurídicos a la gobernanza global: una perspectiva para los próximos siglos*. Brasília: Advocacia-Geral da União, 57-66.
- (2018). *Manual de Direito da Publicidade*, Lisboa: Petrony.
- Guidi, Guilherme Berti de Campos (2018). “Modelos Regulatórios para Proteção de Dados Pessoais”, AA.VV., *Privacidade em perspectivas*, Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Pinto, Paulo Mota (1998). “Publicidade domiciliária não desejada (“junk mail”, “junk calls” e “junk faxes”)”. *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra LXXIV, 273-325.
- Reis, José Luís (2013). *Personalização no Marketing. Sistemas e Tecnologias de Informação*. Lisboa: Centro Atlântico.
- Torres, Roberto (2004). *Personalização na Internet*, São Paulo: Novatec Editora.