

O Novo Regime Jurídico de Protecção de Dados Pessoais na Europa

“Deixamos vestígios digitais em tudo o que fazemos.

Com a reforma da protecção de dados na União Europeia, a nossa legislação estará preparada para o futuro e para a era digital.”

Comissão Europeia, 2012

1. Introdução

Na sociedade de informação em que vivemos, são recolhidos, tratados, conservados e trocados cada vez mais dados pessoais. Os dados pessoais são, hoje, valiosos activos para as empresas privadas e informações essenciais para as autoridades públicas, especialmente no combate à criminalidade e ao terrorismo.

A cada vez maior utilização de informações pessoais, tanto no sector privado como no público, permite aos organismos desenvolverem a sua actividade de forma mais eficiente, mas ameaça, ao mesmo tempo, os direitos dos indivíduos à privacidade e à protecção dos seus dados pessoais. Acresce que, muitas vezes, são os próprios cidadãos que disponibilizam os seus dados de forma pública, nomeadamente nas redes sociais.

2. Enquadramento jurídico

As políticas de protecção dos dados pessoais, tendo em vista compatibilizar a necessidade que a sociedade tem de recolher, tratar e trocar dados pessoais, muitas vezes no interesse da pessoa a quem respeitam, com a privacidade do titular dos dados, começaram a surgir na década de 1970.

A primeira lei de protecção de dados pessoais foi aprovada, precisamente, em 1970, no *Land* alemão do Hesse. Três anos depois, em 1973, a Suécia aprovou a então primeira lei nacional nesta matéria. Neste mesmo ano, foram publicados os *Fair Information Practice Principles*, desenvolvidos pelo *Department of Health, Education and Welfare* dos Estados Unidos da América. Em 1976, o direito à protecção dos dados pessoais foi consagrado na Constituição da República Portuguesa, a qual foi a primeira Constituição do mundo a proteger expressamente os dados pessoais.

Em 1980, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) elaborou as Linhas Directrizes para a protecção da privacidade e dos fluxos transfronteiriços de dados pessoais. Seguiu-se a Convenção do Conselho da Europa para a protecção das

peessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de carácter pessoal (Convenção 108), que data de 1981.

Volvidos 6 anos, o Conselho da Europa emitiu a Recomendação n.º R (87) 15 do Comité de Ministros, de 17 de Setembro de 1987, que regula a utilização de dados pessoais no sector da polícia.

Em 1995, tomando como ponto de partida a Convenção 108, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia aprovaram a Directiva 95/46/CE, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, aplicável no âmbito do mercado interno. Esta Directiva, proposta em 1990, espelhava a necessidade de harmonização das legislações dos Estados-Membros, que, ou não tinham legislação nesta matéria, ou, tendo, ofereciam graus de protecção variáveis ou uma deficiente aplicação da legislação na matéria. Esta assimetria de regimes penalizava o mercado interno, o que despoletou a aprovação desta Directiva.

Depois disso, em 2000, a Comissão aprovou a Decisão 2000/520/CE, de 26 de Julho, nos termos da Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e relativa ao nível de protecção assegurado pelos princípios de «porto seguro» e pelas respectivas questões mais frequentes (FAQ) emitidos pelo *Department of Commerce* dos Estados Unidos da América, vulgarmente conhecida como *Safe Harbor Agreement*. Este acordo visa compatibilizar a legislação sectorial e a auto-regulação norte-americanas com a legislação europeia em matéria de protecção de dados.

Seguiram-se outros diplomas importantes: o Regulamento (CE) n.º 45/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos comunitários e à livre circulação desses dados e a Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas, alterada pela Directiva 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações e pela Directiva 2009/136/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

Em 2008, a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho, relativa à protecção dos dados pessoais tratados no âmbito da cooperação policial e judiciária em matéria penal, veio regular a matéria no espaço de liberdade, segurança e justiça.

O Tratado de Lisboa, que entrou em vigor em Dezembro de 2009, introduziu uma (única) base jurídica para a protecção de dados pessoais na União Europeia, nomeadamente o

artigo 16.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), o que despoletou a reforma global apresentada pela Comissão em 25 de Janeiro deste ano. Além disso, o Tratado conferiu à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta) efeito jurídico vinculativo, consagrando nos artigos 7.º e 8.º o respeito pela vida privada e familiar e a protecção de dados pessoais, respectivamente.

3. O novo regime de protecção de dados pessoais na União Europeia

Como já referimos, o Tratado de Lisboa, assinado em 13 de Dezembro de 2007, entrou em vigor em 1 de Dezembro de 2009 e introduziu uma nova base jurídica para o regime da protecção de dados pessoais, a saber, o artigo 16.º do TFUE¹, correspondente ao antigo artigo 286.º do Tratado das Comunidades Europeias (TCE). No Tratado da União Europeia (TUE), é o artigo 39.º² que rege a matéria.

Além disso, o Tratado de Lisboa investiu a Carta, assinada e proclamada no Conselho Europeu de Nice de 7 de Dezembro de 2000, de efeito jurídico vinculativo, à semelhança dos Tratados, tendo sido alterada, para tal, em Dezembro de 2007. Por isso mesmo, o direito à protecção de dados pessoais, consagrado no artigo 8.º³, é um direito fundamental, juridicamente vinculativo para as instituições da União Europeia e para os Estados-Membros quando apliquem o direito da União.

Tendo em conta estas alterações, a Comissão, nos termos da COM (2010) 609 final, comprometeu-se a dar grande prioridade ao respeito pelo direito fundamental à protecção de dados na União e em todas as suas políticas, reforçando em simultâneo a vertente do mercado interno e facilitando o livre fluxo de dados pessoais, modernizando, assim, o quadro

¹ Artigo 16.º do TFUE:

1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.
2. O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, estabelecem as normas relativas à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições, órgãos e organismos da União, bem como pelos Estados-Membros no exercício de actividades relativas à aplicação do direito da União, e à livre circulação desses dados. A observância dessas normas fica sujeita ao controlo de autoridades independentes. As normas adoptadas com base no presente artigo não prejudicam as normas específicas previstas no artigo 39.º do Tratado da União Europeia.

² Artigo 39.º do TUE:

Em conformidade com o artigo 16.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e em derrogação do n.º 2 do mesmo artigo, o Conselho adopta uma decisão que estabeleça as normas relativas à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelos Estados-Membros no exercício de actividades relativas à aplicação do presente capítulo, e à livre circulação desses dados. A observância dessas normas fica sujeita ao controlo de autoridades independentes.

³ Artigo 8.º da Carta (Protecção de dados pessoais):

1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.
2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento legal, 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 rectificação.
3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.

normativo em matéria de protecção de dados. Na verdade, o Tratado de Lisboa foi a oportunidade ideal para rever o regime da protecção de dados pessoais na União, harmonizando as regras aplicáveis e colmatando as lacunas existentes⁴.

A par do Tratado de Lisboa, os próprios avanços tecnológicos e a globalização também ditaram a necessidade de adopção de um quadro institucional mais firme e de um quadro normativo mais coerente. Por isso mesmo, a Comissão propôs o reforço dos direitos das pessoas, o aprofundamento da vertente relativa ao mercado interno e a revisão das normas de protecção de dados no domínio da cooperação policial e judiciária em matéria penal⁵.

De acordo com a Autoridade Europeia para a Protecção de Dados (AEPD)⁶, a revisão do actual quadro é necessária e a comunicação da Comissão oferece o enquadramento adequado para uma revisão bem orientada.

Não obstante a protecção de dados ser reconhecida como um direito fundamental, tal não significa que deva prevalecer sempre sobre outros direitos e interesses importantes numa sociedade democrática, pelo que podem ser necessárias limitações ao exercício do direito. No entanto, estas limitações devem ser excepcionais, devidamente justificadas e nunca podem afectar os elementos essenciais do próprio direito.

No entender da Autoridade, um (único) diploma de protecção de dados, que incluísse a cooperação policial e judiciária em matéria penal, seria uma das principais melhorias que um novo quadro jurídico poderia trazer. Trata-se, aliás, de uma condição *sine qua non* para uma eficaz protecção de dados no futuro.

A este respeito, note-se que a distinção entre as actividades do sector privado e as do sector de aplicação da lei está cada vez mais imprecisa (vejam-se os acordos PNR - *Passenger Name Records* e a Directiva 2006/24), além de que não há diferenças fundamentais entre as autoridades policiais e judiciárias e outras autoridades responsáveis pela aplicação da lei, como as fiscais, aduaneiras, antifraude, imigração, sujeitas à Directiva 95/46.

Além disso, a maioria dos Estados-Membros transpôs a Directiva 95/46 e a Convenção 108, tornando-as também aplicáveis às suas autoridades policiais e judiciais. A inclusão da polícia e da justiça no diploma geral de protecção de dados não só ofereceria mais garantias aos cidadãos como facilitaria o trabalho das autoridades, dado que ter de aplicar

⁴ Paul De Hert e Vagelis Papakonstantinou, “The proposed data protection Regulation replacing Directive 95/46/EC: A sound system for the protection of individuals”, p. 131: “[The Lisbon Treaty is] the opportunity thus finally came for a rework on the EU data protection model in order to address shortcomings of the past and make better use of the newly acquired legal status”.

⁵ COM (2010) 609 final.

⁶ Parecer da AEPD de 22 de Junho de 2011.

vários conjuntos de regras é pesado, desnecessariamente moroso e dificulta a cooperação internacional.

A AEPD nota, igualmente, que é importante que a Comissão não deixe para trás a protecção de dados no domínio da Política Externa e de Segurança Comum. Na verdade, o antigo 2.º Pilar da União não oferece, actualmente, um quadro legal aplicável nesta matéria, apesar da recente criação das chamadas *terrorists' blacklists*, que reúnem dados pessoais de suspeitos de terrorismo e que, por isso, afectam directamente o direito à protecção de dados pessoais destes indivíduos.

Ora, em 25 de Janeiro do ano corrente, a Comissão apresentou, então, a reforma global das regras de protecção de dados, propondo reforçar o controlo exercido pelos utilizadores sobre os seus dados e reduzir os custos para as empresas, respeitando os direitos fundamentais das pessoas e impulsionando a confiança dos consumidores e a economia digital da Europa.

Como já foi referido, os progressos tecnológicos e a globalização alteraram profundamente o modo de recolha, acesso e utilização dos dados pessoais. Além disso, os 27 Estados-Membros transpuseram a Directiva 95/46 de forma diferente, o que levou a divergências na sua aplicação. A reforma global apresentada pela Comissão harmoniza, actualiza e moderniza os princípios estabelecidos na Directiva de 95 e inclui uma comunicação⁷ que apresenta duas propostas legislativas: uma proposta de regulamento⁸ que define o quadro geral europeu para a protecção dos dados e uma proposta de directiva⁹ relativa à protecção de dados pessoais para efeitos de prevenção, investigação, detecção e repressão de infracções penais e de actividades judiciárias conexas.

A proposta de regulamento, que visa substituir a Directiva 95/46, clarificando, de um modo geral, o regime, determina um novo âmbito de aplicação territorial, abrangendo também as empresas não estabelecidas na União Europeia que oferecem bens ou serviços ou monitorizem o comportamento dos cidadãos europeus. Actualiza as definições legais, introduzindo, por exemplo, a violação de dados pessoais, dados genéticos, dados biométricos,

⁷ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Protecção da privacidade num mundo interligado; Um quadro europeu de protecção de dados para o século XXI (COM (2012) 9 final).

⁸ Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (regulamento geral sobre a protecção de dados) (COM (2012) 11 final).

⁹ Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, detecção e repressão de infracções penais ou de execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados (COM (2012) 10 final).

dados relativos à saúde, regras vinculativas para empresas e crianças. Além disso, reforça o consentimento, acrescentando o termo explícito à sua definição.

A proposta de regulamento consagra novos princípios em matéria de protecção de dados: a transparência e a responsabilidade do responsável pelo tratamento, tal como a protecção de dados desde a concepção e a protecção de dados por defeito. Além disso, estabelece condições suplementares para a licitude do tratamento de dados pessoais de crianças.

Aos responsáveis pelo tratamento e aos subcontratantes são atribuídas mais obrigações e os titulares dos dados, além de verem os seus direitos reforçados, têm agora direito ao esquecimento e à portabilidade dos dados.

Sublinhe-se que a notificação geral à autoridade de controlo deixa de ser obrigatória, impondo-se a obrigação de notificação de violações de dados pessoais.

Quanto às autoridades de controlo, alarga-se a missão destas autoridades à cooperação mútua entre si e com a Comissão, atribui-se uma nova competência, o chamado balcão único, e novos poderes. Além disso, cria-se o Comité Europeu para a Protecção de Dados.

Por seu turno, a proposta de directiva, que visa revogar a Decisão-Quadro 2008/977, também alarga o seu âmbito de aplicação às actividades de tratamento de dados realizadas pelas autoridades policiais e judiciárias a nível meramente nacional.

É de destacar a introdução da distinção entre dados pessoais de diferentes categorias de titulares e entre as diferentes categorias de dados, em função do seu nível de precisão e fiabilidade. Além disso, clarificam-se as condições de licitude do tratamento, que são taxativas, os direitos do titular dos dados e as modalidades de exercício dos direitos, que são agora previstos de forma detalhada.

Saliente-se que se alarga a missão das autoridades nacionais de controlo ao objecto da directiva e que o Comité Europeu para a protecção de dados, criado pelo regulamento geral de protecção de dados, exercerá as suas atribuições também neste contexto.

No que concerne à proposta de regulamento, a Comissão parece ter em devida conta as críticas de falta de harmonização do regime, propondo um instrumento directamente aplicável aos cidadãos. Além disso, reforça efectivamente os direitos das pessoas e o papel dos responsáveis pelo tratamento, fortalecendo os princípios e os direitos de protecção de dados. É, sem dúvida, uma causa para celebrar os direitos humanos, como defendem Paul De Hert e Vagelis Papakonstantinou¹⁰.

¹⁰ Paul De Hert e Vagelis Papakonstantinou, “The proposed data protection Regulation replacing Directive 95/46/EC: A sound system for the protection of individuals”, p. 142.

No entanto, para o domínio da polícia e da justiça, a Comissão escolheu uma directiva, um instrumento diferente e separado, não respeitando o parecer da AEPD, que se pronunciou no sentido da inclusão deste domínio no quadro geral. Acresce que a Comissão não fundamenta a sua escolha nem explica a não inclusão destas matérias no regulamento geral. Ora, a proposta de regulamento contrasta, assim, com a proposta de directiva, que não traz o mesmo efeito benéfico nem o mesmo grau de protecção aos cidadãos¹¹. Esta distinção, mantida na reforma, provou ser, ao longo dos anos, artificial, assistindo-se, cada vez mais, à partilha de dados pessoais entre entidades privadas e públicas¹².

Além disso, a Comissão adopta uma linguagem demasiadamente permissiva em alguns artigos da proposta de directiva. Por exemplo, nos artigos 5.º e 6.º usa-se a expressão “na medida do possível” e no artigo 10.º referem-se “medidas razoáveis”, dando uma larga margem de manobra aos Estados-Membros.

Destaque-se, no entanto, que se respeitou a sugestão da AEPD no que toca à distinção entre as diferentes categorias de dados em função da sua precisão e fiabilidade e entre as várias categorias de pessoas.

Assim, enquanto a proposta de regulamento, tal como já foi referido, reforça os princípios de protecção de dados no Mercado Interno, a directiva proposta levanta sérias dúvidas sobre a protecção oferecida no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça. A Política Externa e de Segurança Comum continua sem um quadro de protecção de dados.

As propostas da Comissão serão transmitidas ao Parlamento Europeu e aos Estados-Membros, reunidos em Conselho de Ministros, para serem debatidas. Produzirão efeitos dois anos após a sua adopção.

Bibliografia Específica

¹¹ Paul De Hert e Vagelis Papakonstantinou, “The proposed data protection Regulation replacing Directive 95/46/EC: A sound system for the protection of individuals”, p. 132: “The Commission’s choice for a Regulation to replace Directive 95/46/EC contrasts with its choice for a Directive to replace the 2008/977/JHA Framework Decision. We believe this approach does not bring the same beneficial effect as far as their scope of protection is concerned.”.

¹² Paul De Hert e Vagelis Papakonstantinou, “The proposed data protection Regulation replacing Directive 95/46/EC: A sound system for the protection of individuals”, p. 132: “This distinction, that is maintained in the reform, has proven over the years to be schematic and artificial. Today, datasets that are created by private data controllers for their own purposes may be accessed at some future point by law enforcement agencies. The opposite is not inconceivable too. Case law provides very little assistance to this end. The distinction in scope between the two instruments is therefore extremely difficult, if not impossible, to make. By insisting on two separate instruments for each type of processing, the Commission risks to prolong ambiguity in the field each time law enforcement agencies and the private sector interact.”.

HERT, Paul De, PAPAKONSTANTINO, Vagelis, “The proposed data protection Regulation replacing Directive 95/46/EC: A sound system for the protection of individuals”, Computer Law & Security Review 28, 2012, 130-142

Inês Oliveira Andrade de Jesus, Doutoranda da FDUNL

Dezembro de 2012

Declaro que o texto que apresento é da minha autoria, sendo exclusivamente responsável pelo respectivo conteúdo e citações efectuadas.