

A previsão constitucional da utilização da Informática

Pedro Dias Venâncio *

pvenancio@ipca.pt

(recebido em 28 de Junho de 2007; aceite em 08 de Novembro de 2007)

Resumo: O artigo 35º da Constituição da República Portuguesa consagra, entre o leque dos Direitos, Liberdade e Garantias, a “Utilização da Informática”. Esta consagração constitucional tem sofrido uma constante evolução na recente história constitucional e foi já fundamento de uma decisão de inconstitucionalidade por omissão por parte do Tribunal Constitucional. É nos princípios consagrados neste artigo que assentará a legislação ordinária de protecção de dados pessoais.

Palavras-chave: informática; dados pessoais; direitos fundamentais; inconstitucionalidade por omissão

Abstract: The article 35º of the Portuguese Constitution states the right of “computer science use” among the fundamental rights, liberties and warranties. This constitutional asset has suffered a constant evolution in recent constitutional history, and was the object of an unconstitutionality decision by lack of law by the Portuguese Constitutional Court. The law of protection of personal data is based on the principles established by this article.

Keywords: computer science; personal data; fundamental rights; unconstitutionality decision by lack of law.

* ESG - Escola Superior de Gestão, Instituto Politécnico do Cávado e do Ave

1. Intróito

O presente artigo resulta da investigação desenvolvida no âmbito da disciplina de «Constitucional: Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional»¹, do Curso de Mestrado e Doutoramento em Direito Comercial, da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto.

A informática, como tecnologia, tem, ao mesmo tempo, um efeito libertador e um efeito inibidor da sociedade. Libertador na medida em que substitui o trabalho humano, no que ele tem de repetitivo e empobrecedor, através de automatismos ligados à robótica e da sua capacidade de análise de dados aplicada no processo de decisão de organizações, públicas e privadas, em matérias políticas, económicas, administrativas e mesmo sociais. E alienante, ou inibidora, na medida em que possibilita a recolha, tratamento, processamento e divulgação de informações de natureza pessoal, entrando de uma forma anteriormente inimaginável na vida privada dos cidadãos, sem que estes tenham possibilidade de controlo sobre essas informações e sua utilização.

Por fim, a informática é um potencial instrumento de abuso de poder e de manipulação de factos e de pessoas que jamais poderá ser descurado.

Justifica-se plenamente que, desde a sua versão original de 1976, a Constituição da República Portuguesa (CRP) tenha consagrado no seu artigo 35º a protecção das pessoas contra o tratamento informático de dados pessoais, reconhecendo-se, desde então, três direitos fundamentais nesta matéria: 1 – o direito à proibição do tratamento informático de certos tipos de dados pessoais; 2 – o direito ao conhecimento e acesso das pessoas aos seus próprios dados pessoais integrados em registos informáticos; 3 – a proibição do número nacional único, como forma de entrave à inter conexão de dados informatizados pelo Estado.

As revisões constitucionais que se seguiram viriam a ampliar a extensão deste artigo, nomeadamente quanto à proibição da inter conexão de dados pessoais informatizados e seu acesso por terceiros. Mais que isso, vieram também constatar que a consagração constitucional destes direitos e garantias não é suficiente, remetendo para a lei ordinária a definição e regulamentação do acesso a dados pessoais por terceiros.

Para alcançar o desejado equilíbrio entre “o dever de informar e a protecção de dados pessoais”, a legislação ordinária, em respeito pelos princípios constitucionais consagrados no artigo 35º da CRP, e demais direitos, liberdades e garantias, deverá cumprir dois objectivos: 1 – não obstruir as aplicações da informática que podem representar benefícios para o País, nomeadamente ao nível da desburocratização e maior eficácia da actividade administrativa; 2 – criar instrumentos técnicos, deontológicos e jurídicos necessários para a defesa eficaz do cidadão contra as ameaças que a técnica informática pode representar.

¹ Em que foi docente o Professor Doutor Manuel Afonso Pereira Vaz.

Por isso, a protecção dos dados pessoais face à informática não pode ser vista desligada de outros direitos, liberdades e garantias, em prol da unidade do leque de direitos fundamentais. Em particular, o tema da protecção de dados pessoais face à informática, deve ser visto também como uma forma de realização do princípio da igualdade, consagrado no artigo 13º da CRP, e da não discriminação, consagrado no artigo 26º n.º 1 da CRP, que reconhece a todos os cidadãos «*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 consagra o direito fundamental «*à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação*».

No presente artigo, necessariamente sucinto face à imensidão do tema, iremos analisar a evolução do tratamento constitucional e legislativo da utilização da informática, naquilo em que ela contende com os dados pessoais dos cidadãos. Começaremos por analisar a evolução constitucional do artigo 35º da CRP e o significado dessa evolução. Analisaremos, em seguida, a legislação ordinária actual de definição do conceito de dados pessoais, condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização, e a recente legislação específica relativa à protecção de dados pessoais no âmbito das telecomunicações e comunicações electrónicas.

Propositadamente, deixamos de fora deste artigo a análise das Directivas comunitárias relativas a estas matérias, bem como os diplomas portugueses relativos ao tratamento de dados pessoais e bases de dados da administração pública, bem como os especialmente relacionados com os dados de saúde.

Parte I – A Previsão Constitucional

1. Introdução

A Constituição da República Portuguesa (CRP) foi, em muitos campos, um diploma extraordinariamente avançado para a sua época². Se é verdade que o facto de resultar de uma ruptura constitucional, decorrente de uma revolução que depôs o anterior regime constitucional, permitiu a adopção das mais recentes ideias e técnicas legislativas, o certo é que, apesar do atraso em que o país se encontrava a nível tecnológico, esta soube ser um documento espantosamente avançado nessa área. O artigo 35º, consagrando direitos fundamentais no âmbito da utilização da informática, é um caso paradigmático deste vanguardismo tecnológico da CRP.

² Catarina Sarmento e Castro [“Direito da Informática, privacidade e dados pessoais”, Almedina, 2005, p. 32] salienta que a «*Constituição Portuguesa foi a primeira Constituição Europeia a integrar um dispositivo especial em matéria de protecção de dados pessoais*».

Igualmente sintomático é o facto de o legislador constitucional ter regulado a “utilização da informática” no âmbito do restrito leque de “direitos, liberdades e garantias”, ficando assim sujeito ao seu específico regime jurídico, expressamente previsto no artigo 18º da CRP³, do qual salientamos a especial efectividade jurídica que dele decorrem para os direitos abrangidos, face às suas 3 principais características: a aplicabilidade directa destes preceitos constitucionais; a vinculação de entidades públicas e privadas; e a reserva de lei⁴.

³ Apesar do núcleo essencial do regime jurídico dos direitos liberdade e garantias estar previsto no artigo 18º da CRP, conforme decorre da sua epígrafe, o mesmo resulta também do disposto nos artigos 19º, 20º, n.º 5, 21º, dentro da Parte I da CRP, e ainda dos artigos 165º n.º 1 alínea b), 272º n.º 3 e 288º alínea d) dispersos pela CRP. Preceitos dos quais, de acordo com José Carlos Vieira de Andrade [“Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, 3ª Edição, Almedina, 2004, p. 196] «decorre a preocupação de proteger com especial intensidade aqueles direitos, garantindo-lhes um máximo de efectividade».

⁴ Quanto à aplicabilidade directa dos direitos liberdades e garantias diremos que resulta do n.º 1 do artigo 18º da CRP que estes direitos são regras e princípios imediatamente eficazes e actuais por via directa da constituição, ou seja, são normas directamente reguladoras de relações jurídico-materiais e, nessa medida, directamente aplicáveis, porquanto dispensam a intervenção do legislador ordinário para a sua invocação pelos cidadãos. O que não significa que, em certos casos, não necessitem de uma concretização legislativa, mas nestes o legislador está vinculado não só à realização do conteúdo material objectivo consagrado constitucionalmente, como está vinculado a legislar, decorrendo da violação desse dever uma inconstitucionalidade por omissão (a este propósito ver adiante a nossa nota de rodapé n.º 9). Quanto à vinculação de entidades públicas e privadas, é de entender que nela devemos incluir como entidades públicas o legislador, os tribunais, a administração e todos os órgãos do Estado e como entidades privadas todas as pessoas singulares e colectivas, comerciais ou civis. Esta vinculação abrange todos os âmbitos funcionais dos sujeitos públicos ou privados e é independente da forma jurídica através da qual as entidades praticam os seus actos. Quanto à vinculação do legislador (público – Leis, Decretos-Leis e todas os demais actos normativos legislativos ou regulamentares; e privado – Estatutos, Regulamentos e demais normas internas de associações, sociedades, ou outras organizações colectivas privadas) tem-se entendido ela comportar um sentido proibitivo - não pode criar normas jurídicas contrárias às normas e princípios constitucionais que lesem direitos, liberdades e garantias – e um sentido positivo - tem o dever de conformar as relações do Estado e cidadãos ou entre os cidadãos entre si de acordo com os direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrados. Quanto à vinculação da administração (poder executivo) ela estende-se a toda a administração (central, regional, local, directa, indirecta, autónoma e concessionada) e significa que esta só deve executar as leis conformes com os direitos, liberdade e garantias constitucionais; deve executar as leis de acordo com a interpretação que melhor realize os direitos, liberdade e garantias constitucionais; no exercício de poder discricionário está obrigada a actuar em conformidade com os direitos, liberdades e garantias, nomeadamente enquanto critério decisivo para a interpretação de conceitos indeterminados (segurança pública, sigilo, segredo de estado); a violação de direitos, liberdades e garantias, pode originar a invalidade dos actos da administração (ex: Fiscal). Por fim, quanto à vinculação do poder judicial, deve entender-se que os Tribunais estão vinculados: à protecção dos direitos fundamentais (art. 202º n.º 2 CRP) e ao respeito pelos direitos fundamentais na sua actuação (art. 204º CRP), quer entendendo os direitos fundamentais como critérios orientadores da organização e procedimentos judiciais (ex.: processo penal); quer como elementos determinadores das próprias decisões judiciais: no âmbito da fiscalização judicial quando se coloca a questão da desconformidade da lei com direitos, liberdades e garantias constitucionais; no plano da eficácia vinculativa das decisões do Tribunal Constitucional; no domínio da delimitação de competências e definição dos poderes de cognição entre Tribunal Constitucional e os restantes Tribunais. Por fim, quanto à terceira característica do regime jurídico dos direitos liberdades e

Ainda assim, este artigo 35º tem sido dos artigos consagrados no título respeitante dos Direitos, Liberdade e Garantias (DLG) que mais alterações têm sofrido ao longo dos últimos 30 anos. Começemos então por analisar a evolução do artigo 35º da CRP

2. Evolução do artigo 35º da CRP

O texto original deste artigo da CRP de 1974⁵ continha apenas 3 números⁶.

O primeiro consagrava o direito de todo o cidadão a tomar conhecimento do conteúdo de registos mecanográficos a seu respeito, de se inteirar do fim a que se destinavam essas informações, e de exigir a rectificação e a actualização dos dados constantes desses registos. Com uma pequena evolução linguística, e apesar de uma restrição que lhe foi introduzida pela segunda revisão (Lei Constitucional n.º 1/1989, de 8 de Julho), actualmente continua com o mesmo âmbito da versão original.

O segundo número proibia o uso da informática para o tratamento de dados referentes a convicções políticas, fé religiosa ou vida privada, salvo quando se tratasse do processamento de dados não identificáveis para fins estatísticos.

O terceiro proibia a atribuição de um número nacional único. Esta proibição, foi justificada na época pelo receio que a concentração de toda a informação sobre cada cidadão numa única base de dados, por referência a um único número, pudesse potenciar o uso abusivo dessa informação, face à possibilidade de com ela construir uma imagem completa de cada cidadão em todos os seus traços económicos, sociais, físicos e psicológicos. Apesar desta proibição se manter até aos dias de hoje, alguns defendem que a mesma já não se justifica face às novas potencialidade

garantias – a reserva de lei (artigos 18º n.º 2 e 165º n.º 1 alínea b) CRP) – releva, do ponto de vista substancial, a dependência de autorização constitucional para a sua restrição, e do ponto de vista orgânico, a reserva de competência relativa da Assembleia da República. Para mais aprofundamento do tema *cf.* José Carlos Vieira de Andrade, *ob cit.*, p. 203 a 245.

⁵ O artigo 35º na sua versão original da CRP aprovada pelo Decreto de Aprovação da Constituição n.º 0 /1976, de 1976.04.10, sob a epígrafe de “Utilização da informática”, que se manteve inalterada até aos dias de hoje, continha apenas 3 números com o seguinte teor:

«1. Todos os cidadãos têm o direito de tomar conhecimento do que constar de registos mecanográficos a seu respeito e do fim a que se destinam as informações, podendo exigir a rectificação dos dados e a sua actualização.

2. A informática não pode ser usada para tratamento de dados referentes a convicções políticas, fé religiosa ou vida privada, salvo quando se trate do processamento de dados não identificáveis para fins estatísticos.

3. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos»

⁶ Que correspondem grosso modo aos actuais n.º 1, 3 e 5 do artigo 35º da CRP, como salienta Jorge Bacelar Gouveia, “Os direitos fundamentais à protecção dos dados pessoais informatizados”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 51, Lisboa, Dezembro de 1991, p. 703.

da informática em gerir o mesmo tipo de informação a partir de bases distintas conexas. Pense-se em todas as bases de dados do Estado já informatizadas (justiça, polícias, registos automóvel, predial, comercial e civil, hospitais, centros de saúde, segurança social, finanças, etc...).

Com a primeira revisão constitucional (Lei Constitucional n.º 1/1982, de 30 de Setembro⁷) fez-se a primeira alteração ao artigo 35º da CRP.

No n.º1 deste artigo foi substituída a expressão “registos mecanográficos” por “registos informáticos”, o que se tratou de uma mera actualização de terminologia técnica que em nada altera o sentido e o fim da norma⁸.

É introduzido um novo n.º 2 (passando o anterior a n.º 3) que vem proibir o acesso por terceiros a ficheiros com dados pessoais e a respectiva inter conexão.

O novo n.º 3 (corresponde ao antigo n.º 2, sendo que o anterior n.º 3 passa a ser o n.º 5) é ampliado, alargando a proibição do tratamento informático de dados aos elementos relativos às convicções filosóficas e à filiação partidária ou sindical do cidadão.

Introduz-se um novo n.º 4 que remete para a lei a tarefa de definir o conceito de dados pessoais para efeitos de registo informático. Esta introdução iria produzir um caso singular na nossa tradição constitucional. É que, encontrando-se o artigo 35º no leque dos DLG, há-de entender-se ser-lhe aplicável o regime imposto pelo artigo 18º da CRP quanto à força jurídica dos DLG, ou seja, serem preceitos directamente aplicáveis. Ora, este novo n.º 4 ao remeter para a lei a definição de dados pessoais tornou o n.º 2 do mesmo artigo constitucional dependente de intervenção do legislador ordinário para a sua exequibilidade.

⁷ Artigo 27º da Lei Constitucional n.º 1/1982 de 30 de Setembro (primeira revisão da CRP)

1 - No n.º 1 do artigo 35º a expressão «registos mecanográficos» é substituída pela expressão «registos informáticos».

2 - E aditado ao artigo 35º um novo n.º 2, com a seguinte redacção: «2. São proibidos o acesso de terceiros a ficheiros com dados pessoais e a respectiva inter conexão, bem como os fluxos de dados transfronteiriços, salvo em casos excepcionais previstos na lei.»

3 - O n.º 2 do artigo 35º passa a constituir o n.º 3 do mesmo artigo, sendo o seu texto substituído por: «3. A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa ou vida privada, salvo quando se trate do processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis.»

4 - Ao artigo 35º é aditado um n.º 4, com a seguinte redacção: «4. A lei define o conceito de dados pessoais para efeitos de registo informático.»

5 - O n.º 3 do artigo 35º passa a constituir o n.º 5 do mesmo artigo

⁸ Alguma doutrina entende que tal alteração terminológica operou uma ampliação substancialmente do seu âmbito de aplicação. Nesse sentido, Jorge Bacelar Gouveia, *ob cit.*, p. 704; e Paula Ribeiro de Faria, *anotações ao artigo 35º*, in *Constituição da República Portuguesa – Anotada*, coordenada por Jorge Miranda e Rui Medeiros, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, p. 375. Entendemos, no entanto, que uma interpretação extensiva do texto do artigo 35º, na sua versão original, sempre determinaria a sua aplicação aos registos informáticos, pelo que somos do entendimento que esta alteração tem essencialmente a virtude de actualizar a terminologia às novas tecnologias emergentes.

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional no processo 87-0298, com o acórdão n.º 89-182-P, de 1 de Fevereiro de 1989, veio a decidir-se pela verificação de uma «inconstitucionalidade por omissão da medida legislativa prevista no n.º 4 do artigo 35º da Constituição, necessária para tornar exequível a garantia constante do n.º 2 do mesmo artigo»⁹.

Finalmente, o n.º 3 da versão original passa a n.º 5, sem alterações, conservando essa posição e texto até aos dias de hoje.

A segunda revisão constitucional (Lei Constitucional n.º 1/1989, de 8 de Julho¹⁰) veio alterar novamente os números essenciais do artigo 35º da CRP e introduzir ainda um n.º 6.

⁹ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 182/89 de 01-02-1989, em que foi relator Mário de Brito, e publicado no DR I-A, de 2 de Março de 1989: «*Decisão: Verifica a inconstitucionalidade por omissão da medida legislativa prevista no n.º 4 do artigo 35 da Constituição, necessária para tornar exequível a garantia constante do n.º 2 do mesmo artigo. Sumário: I - A Constituição, na sua versão originária, atribuiu competência ao Conselho da Revolução para “velar pela emissão das medidas necessárias ao cumprimento das normas constitucionais, podendo para o efeito formular recomendações” – artigo 146º, alínea b) - e a Comissão Constitucional para “dar obrigatoriamente parecer sobre a existência de violação das normas constitucionais por omissão, nos termos e para os efeitos do artigo 279º” - artigo 284º, alínea b). II - Com a Primeira Revisão Constitucional, foi atribuída ao Tribunal Constitucional competência para apreciar e verificar o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais e por, verificada a inconstitucionalidade por omissão, dar conhecimento ao órgão legislativo competente (artigos 283º e 213º, n.º 1). III - Na ausência de definição constitucional do conceito de “omissão” para o efeito do artigo 283º, e pedindo-se, no caso em apreciação, que seja declarado o incumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis os n.ºs. 2 e 4 do seu artigo 35º, diga-se desde já que, quando a Constituição, depois de estabelecer determinado regime (regra), ressalva “casos excepcionais previstos na lei” e não se segue uma lei a estabelecer casos excepcionais, não há, em princípio, inconstitucionalidade por omissão: - ai, a conclusão a tirar é a de que não há excepções, por o legislador ordinário ter entendido não as estabelecer. IV - Mas, proibindo aquele n.º 2 o acesso de terceiros a ficheiros com dados pessoais, salvo em casos excepcionais previstos na lei, e remetendo o n.º 4 para a lei a definição do conceito de dados pessoais, é evidenciada a necessidade de “mediação legislativa” ou “interpositio legislatoris”, expressa no n.º 4, para definir o conceito de dados pessoais, a fim de tornar plenamente exequível a garantia constante do n.º 2. V - Ora, a verdade é que nenhuma das iniciativas legislativas apresentadas nesse sentido se converteu em lei e tal também já não poderá vir a acontecer, face ao disposto nos n.ºs. 4 e 5 do artigo 170º da Constituição, segundo os quais os projectos e as propostas de lei não votados na sessão legislativa em que foram apresentados não carecem de ser renovados nas sessões legislativas seguintes, “salvo termo de legislatura” (n. 4), e as propostas de lei caducam com a “demissão do Governo” (n. 5), bastando referir que a última iniciativa legislativa na matéria caducou com a dissolução da Assembleia da República pelo Decreto do Presidente da República n.º 12/87, de 27 de Abril, no seguimento da moção de censura ao Governo, publicada no Diário da República, I Série, n.º 86, de 13 do mesmo mês. VI - Verificados estão, pois, todos os pressupostos ou requisitos da existência de inconstitucionalidade por omissão e, por outro lado, não há qualquer dúvida acerca do “órgão legislativo competente” para as “medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais” - no caso, os n.ºs. 2 e 4 do artigo 35º -, uma vez que se trata do domínio dos “direitos, liberdades e garantias”, incluído na reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República».*

¹⁰ Artigo 20º da Lei Constitucional n.º 1/1989 de 8 de Julho (segunda revisão constitucional):

Nesta segunda revisão foi introduzido um limite ao n.º 1 do artigo 35º. Assim, o direito de acesso dos titulares aos seus dados pessoais constantes de registos informáticos fica restringido no caso de segredo de Estado e de segredo de justiça.

Os n.º 2 e 3 resultantes da anterior revisão mantêm-se inalterados, alargando-se as competências do legislador no âmbito da previsão do então n.º 4, passando a ser tarefa deste também a definição do conceito de bases e bancos de dados¹¹ e

1 - O n.º 1 do artigo 35º é substituído por: «1. Todos os cidadãos têm o direito de tomar conhecimento dos dados constantes de ficheiros ou registos informáticos a seu respeito e do fim a que se destinam, podendo exigir a sua rectificação e actualização, sem prejuízo do disposto na lei sobre segredo de Estado e segredo de justiça.»

2 - O n.º 2 do artigo 35º é substituído por: «2. É proibido o acesso a ficheiros e registos informáticos para conhecimento de dados pessoais relativos a terceiros e respectiva inter conexão, salvo em casos excepcionais previstos na lei.»

3 - O n.º 4 do artigo 35º é substituído por: «4. A lei define o conceito de dados pessoais para efeitos de registo informático, bem como de bases e bancos de dados e respectivas condições de acesso, constituição e utilização por entidades públicas e privadas.»

4 - Ao artigo 35º é aditado um novo n.º 6, com a seguinte redacção: «6. A lei define o regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiriços, estabelecendo formas adequadas de protecção de dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional.»

¹¹ No que concerne aos termos “bases de dados” e “banco de dados”, a Lei n.º 10/91, de 27 de Abril, chegou a consagrar as seguintes definições: Base de dados: «o conjunto de dados inter-relacionados, armazenados e estruturados com o controlo de redundância, destinados a servir uma ou mais aplicações informáticas»; e Banco de dados: «o conjunto de dados relacionados ou relacionáveis com um determinado assunto». Neste sentido, e no entendimento de A. G. Lourenço Martins [“Direito da Informática”, 2000, Almedina, p. 297 e ss.], «as bases de dados representam “um conjunto de dados destinados não tanto a ser consultados pelos utilizadores, mas sê-lo por programas correspondendo a aplicações distintas e de maneira a facilitar a evolução independente dos dados e dos programas”. Por seu turno, os bancos de dados seriam “um conjunto de dados relativos a um domínio determinado de conhecimento e organizado para ser oferecido à consulta dos utilizadores”». Pese embora a consagração constitucional e ordinária desta distinção legal, o legislador nacional não tirou qualquer consequência prática da mesma, não incidindo sobre uma ou outra direitos ou deveres distintos. Aliás, resultando o cumprimento da obrigação legisladora imposta pelo artigo 35º da CRP da oportunidade de transcrição de uma Directiva comunitária que nenhuma referência ou distinção fazia dos referidos termos, a sua inclusão na Lei n.º 10/91, de 27 de Abril, mais não constituiu que um cumprimento formal do imperativo constitucional. Acresce que as duas expressões são hoje indistintamente utilizadas para significar a mesma realidade, para o que certamente contribuiu o facto de, ao lado dos países de línguas latinas que privilegiavam a expressão “bancos de dados”, os países de língua anglo-saxónica usarem preferencialmente a expressão “base de dados” (data-base), assim se confundindo os termos na sua frequente utilização internacional [veja-se, a título meramente exemplificativo, a definição dada em “A Enciclopédia” – Volume 3, Editorial Verbo (para o jornal Público), 2004, p. 1065: «Banco de dados, Informática: Conjunto de informações classificadas e disponíveis, geralmente ordenadas por computador. O mesmo que base de dados.».]. Isso mesmo foi constatado pelo Livro Verde sobre “Os direitos de autor e o desafio tecnológico”, da Comissão das Comunidades Europeias, onde se pode ler que «actualmente, ambas as expressões são usadas indiscriminadamente, verificando-se, no entanto, uma tendência crescente para usar o termo geral bases de dados» [Livro Verde sobre “Os Direitos de Autor e o Desafio da Tecnologia”, da Comissão das Comunidades Europeias, COM (88), Capítulo 6, ponto 6.2.2(1)]. O legislador português acabou por seguir a tendência da evolução linguística, primeiro quando na revisão constitucional de 1997 (Lei Constitucional 1/1997, de 20 de Setembro) veio eliminar do artigo 35º a obrigação dos legislador ordinário definir os dois conceitos, em segundo lugar, quando na nova Lei da Protecção de Dados Pessoais (Lei n.º 67/98, de 1 de Setembro), que revogou e substituiu a

respectivas condições de acesso, constituição e utilização por entidades públicas e privadas.

Finalmente, esta segunda revisão constitucional introduz um novo n.º 6 que remete para a lei a definição do regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiriços, estabelecendo formas adequadas de protecção de dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional.

A última alteração ao artigo 35º da CRP foi produzida pela quarta revisão constitucional (Lei Constitucional n.º 1/1997, de 20 de Setembro¹²), da qual resulta o actual texto do artigo.

Lei 10/91, de 27 de Abril, eliminou da legislação ordinária a definição dos dois termos como representando conceitos distintos. E, de facto, este é o termo que melhor se coaduna com a Directiva n.º 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Março de 1996 relativa à protecção jurídica das bases de dados, no seu artigo 1º n.º 2, define “bases de dados” como sendo *«uma colectânea de obras, dados ou outros elementos independentes, dispostos de modo sistemático ou metódico e susceptíveis de acesso individual por meios electrónicos ou outros»*, não fazendo qualquer referência ou distinção com o conceito de “banco de dados”. De então para cá, embora os dois termos continuem a ser utilizados indistintamente, parece-nos claro que os legisladores, português e comunitário, optaram claramente pela expressão “base de dados”.

¹² Artigo 18.º da Lei Constitucional n.º 1/97 de 20 de Setembro (Quarta revisão constitucional)

1 – No n.º 1 do artigo 35.º da Constituição a expressão «de tomar conhecimento dos dados constantes de ficheiros ou registos informáticos a seu respeito e do fim a que se destinam» é substituída por «de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito»; é aditada a expressão «e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei», eliminando-se a parte final do preceito, que passa a ter a seguinte redacção: «1. Todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua rectificação e actualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei.»

2 – O n.º 2 do mesmo artigo passa a n.º 4, sendo eliminadas as seguintes expressões: «ficheiros e registos informáticos», «para conhecimento», «e respectiva inter-conexão», substituindo-se a expressão «relativos a» por «de», passando o preceito a ter a seguinte redacção: «4. É proibido o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos excepcionais previstos na lei.»

3 – No n.º 3 do mesmo artigo elimina-se «ou» entre «fé religiosa» e «vida privada» e são aditadas as seguintes expressões: «e origem étnica» entre «vida privada» e «salvo», «mediante consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para» entre «salvo» e «processamento», passando o preceito a ter a seguinte redacção: «3. 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.»

4 – O n.º 4 do mesmo artigo passa a n.º 2, com aditamento, in fine, da expressão «designadamente através de entidade administrativa independente» e a substituição de «para efeitos de registo informático bem como de bases e bancos de dados e respectivas condições de acesso, constituição e utilização por entidades públicas e privadas» por «bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização, e garante a sua protecção», passando a ter a seguinte redacção: «2. A lei define o conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização, e garante a sua protecção, designadamente através de entidade administrativa independente.»

Assim, o actual n.º 1 deixou de referir-se ao segredo de Estado e segredo de justiça como únicos limites admissíveis ao direito de acesso dos titulares aos seus dados pessoais inseridos em registos informatizados, para passar a contemplar uma autorização genérica para que a lei possa restringir esse direito. Relembremos que estamos no âmbito do regime específico dos DLG, pelo que esta autorização expressa é essencial para a constitucionalidade da emissão de leis restritivas nesta matéria, nos termos do artigo 18º n.º 2 da CRP.

Os n.º 2 e 4 mudam de posição, para além de sofrerem algumas alterações. A alteração da ordem vem apenas dar maior lógica sequencial à ordenação dos preceitos constantes dos números resultantes das sucessivas revisões que nem sempre tiveram esse encadeamento lógico em atenção.

Por outro lado, e quanto à alteração de conteúdo, o novo n.º 2 acrescenta ao texto herdado do anterior n.º 4, que a protecção dos dados pessoais será garantida por uma entidade administrativa independente [que nos termos da Lei actual é a Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPd)]¹³. O novo n.º 4 mantém a proibição do acesso a dados pessoais de terceiros, acrescentando-se nova autorização genérica para uma restrição legal desse direito: “salvo em casos excepcionais previstos na lei”. Novamente uma autorização constitucional essencial para a lei ordinária poder restringir este direito, por força do regime jurídico dos DLG. Elimina-se igualmente a obrigação de distinguir os conceitos de “banco de dados” e “bases de dados”¹⁴.

O n.º 3 é alargado, passando a proibição do uso da informática a abranger dados relativos à origem étnica das pessoas. Por outro lado, o tratamento desses dados passa a ser também possível em casos de consentimento expresso do titular e de autorização legal com garantias de não discriminação.

Mantém-se a redacção do n.º 5, continuando a CRP a prever a proibição de atribuição de um número nacional único aos cidadãos, apesar de o legislador ordinário, por diversas vezes, já ter discutido o interesse na criação desse número, como forma de simplificação e desburocratização do funcionamento da administração pública. Se bem que o mesmo argumento, das potencialidades actuais da informática de inter conexão de dados constantes de bases diferentes, que serve de fundamento aos que dizem que esta proibição é obsoleta, serve igualmente para

5 – Na parte inicial do n.º 6 do mesmo artigo é aditada a expressão «A todos é garantido livre acesso às redes informáticas de uso público, definindo a lei», bem como a expressão «e as» entre «transfronteiriços» e «formas adequadas», sendo eliminada a expressão «a lei define», passando o preceito a ter a seguinte redacção: «6. A todos é garantido livre acesso às redes informáticas de uso público, definindo a lei o regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiriços e as formas adequadas de protecção de dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional.»

6 – É aditado um novo n.º 7 ao mesmo artigo, com a seguinte redacção: «7. Os dados pessoais constantes de ficheiros manuais gozam de protecção idêntica à prevista nos números anteriores, nos termos da lei.»

¹³ Artigo 21º e seguintes da Lei n.º 67/98 de 26 de Outubro.

¹⁴ Ver supra nossa nota de rodapé n.º 11.

os que alegam a desnecessidade do Estado em criar o número nacional único para simplificar ou desburocratizar o funcionamento da máquina do Estado, sustentando-se que a inexistência de um número nacional único permitirá regular melhor a disponibilidade da informação aos agentes públicos em função da necessidade e do fim que visam realizar.

É igualmente alterado o n.º 6 do artigo 35º que passa a garantir a todos os cidadãos o livre acesso às redes informáticas de uso público. Este preceito deve ser entendido como uma afirmação do princípio constitucional de igualdade (art. 13º da CRP) no âmbito da informática, ou seja, a expressão da igualdade na moderna “Sociedade da Informação”

Finalmente acrescentou-se um n.º 7 ao artigo 35º da CRP que estabelece expressamente que a tutela que é conferida às informações processadas informaticamente se estende aos dados constantes de ficheiros manuais. Esta alteração, aparentemente retrocedente, justifica-se face ao alargamento da protecção constitucional dada a dados pessoais e ao leque de dados pessoais cujo tratamento é proibido, não se justificando que tal protecção não abrangesse as bases de dados não informatizadas, bem como à possibilidade de criação de bases de dados manuais impressas a partir de aplicações informáticas, assim subvertendo a lógica da protecção, caso esta se mantivesse de aplicação exclusiva ao tratamento informatizado de dados pessoais.

Parte II – Transposição para a Legislação Ordinária

3. Evolução

Pese embora a protecção de dados pessoais face à informática estar consagrada, desde a versão original da CRP de 1976, e, desde a primeira revisão constitucional de 1982, o artigo 35º impor ao legislador a definição de “dados pessoais”, só em 1991, com a Lei n.º 10/91, de 27 de Abril¹⁵, o legislador veio regular esta matéria, cumprindo esta imposição constitucional. Esta lei fez também, nessa altura, a necessária harmonização europeia, seguindo os princípios da Convenção 108 do Conselho da Europa sobre a protecção das pessoas relativamente ao tratamento

¹⁵ A Lei n.º 10/91, de 27 de Abril, foi a primeira lei ordinária de protecção e dados pessoais, tendo sido aprovada na sequência do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 182/89, publicado no DR I-A, de 2 de Março de 1989, que julgou a existência de uma inconstitucionalidade por omissão por inexistência de lei que definisse e regulasse o acesso a dados pessoais em cumprimento do disposto no artigo 35º da CRP (cfr. nossa nota n.º 5).

automatizado de dados pessoais, adoptada em Estrasburgo, a 28 de Janeiro de 1981¹⁶.

Num momento posterior, também a União Europeia se viria a pronunciar sobre esta matéria através da Directiva n.º 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, cujos princípios só viriam a ser transpostos para o direito português pela Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro (actual Lei da Protecção de Dados Pessoais).

Mais recentemente, a Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto, veio transpor para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 58/CE/2002, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas, revogando a Lei n.º 69/1998, de 28 de Outubro, que transpunha para a ordem portuguesa a anterior Directiva n.º 7/66/CE do Parlamento e do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997, passando a ser a legislação que se aplica especificamente ao tratamento de dados pessoais no sector das telecomunicações e/ou comunicações electrónicas.

4. A Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro

O conceito de dados pessoais é, actualmente, definido pela Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro (Lei da Protecção de Dados Pessoais) no seu artigo 3º, alínea a): *«qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respectivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (“titular dos dados”); é considerada identificável a pessoa que possa ser identificada directa ou indirectamente, designadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social;»*

A Lei n.º 10/91, de 29 de Abril, definia como públicos os dados relativos ao nome completo, filiação, data de nascimento, freguesia de nascimento, número de bilhete de identidade e arquivo emissor (artigo 2º alínea b)). Entendendo-se, então, que os dados relativos a “condenações em processo crime” e “estado de saúde” eram dados pessoalíssimos, sendo pessoais todos os outros, incluindo a morada. A nova lei de protecção de dados pessoais (Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro), inversamente, opta por não definir expressamente os dados públicos, pelo que terá que se entender os mesmos *a contrario sensu*, ou seja, por oposição à definição dada para os dados pessoais. Desta opção resulta, pelo menos, uma clarificação do conceito de dados pessoais enquanto objecto do n.º 2 do artigo 35º da CRP.

¹⁶ Convenção 108 do Conselho da Europa (Convenção para a Protecção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carácter Pessoal), adoptada em Estrasburgo, a 28 de Janeiro de 1981. Aprovada pela Assembleia da República pela Resolução n.º 23/93, de 9 de Julho. Ratificada pelo Presidente da República pelo Decreto n.º 21/93.

Há ainda a considerar os “dados sensíveis”, também chamados de “pessoalíssimos”, cujo tratamento é, em princípio, proibido, e que vêm enumerados no n.º 1 do artigo 7º da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro: «É proibido o tratamento de dados pessoais referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem racial ou étnica, bem como o tratamento de dados relativos à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos», correspondendo ao prescrito no n.º 3 do actual artigo 35º da CRP.

Nos termos do artigo 4º da Lei 67/98, de 26 de Outubro, esta lei «aplica-se ao tratamento de dados pessoais por meios total ou parcialmente automatizados, bem como ao tratamento por meios não automatizados de dados pessoais contidos em ficheiros manuais ou a estes destinados». Ficando excluídos desta protecção o tratamento de dados efectuado por pessoa singular no âmbito de actividades exclusivamente pessoais ou domésticas.

4.1. Tratamento de dados pessoais

Nos termos do artigo 5º da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, os dados pessoais devem ser:

- a) *Tratados de forma lícita e com respeito pelo princípio da boa fé;*
- b) *Recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas, não podendo ser posteriormente tratados de forma incompatível com essas finalidades;*
- c) *Adequados, pertinentes e não excessivos relativamente às finalidades para que são recolhidos e posteriormente tratados;*
- d) *Exactos e, se necessário, actualizados, devendo ser tomadas as medidas adequadas para assegurar que sejam apagados ou rectificadas os dados inexactos ou incompletos, tendo em conta as finalidades para que foram recolhidos ou para que são tratados posteriormente;*
- e) *Conservados de forma a permitir a identificação dos seus titulares apenas durante o período necessário para a prossecução das finalidades da recolha ou do tratamento posterior».*

Revestem aqui especial importância os princípios da “adequação e pertinência”¹⁷ e do “respeito pelo fim”¹⁸ que determinou a recolha dos dados, no sentido em que apenas podem ser recolhidos e tratados os dados pessoais na estrita medida em que

¹⁷ Nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 5º da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, os dados pessoais constantes de bases de dados devem ser «Recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas, não podendo ser posteriormente tratados de forma incompatível com essas finalidades;»

¹⁸ Nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 5º da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, os dados pessoais constantes de bases de dados devem ser «Adequados, pertinentes e não excessivos relativamente às finalidades para que são recolhidos e posteriormente tratados;»

sejam necessários para a realização do fim a que se destina essa recolha e tratamento.

Da conjugação destes diplomas com as normas constitucionais e internacionais aplicáveis, temos que, em princípio, é proibido o acesso a ficheiros e registos informáticos para conhecimento de dados pessoais de terceiros (art. 35º C. R. P.). Logo, a qualificação dos dados como pessoais ou públicos releva para saber da sua acessibilidade por terceiros. Sendo que aos vários graus de dados pessoais correspondem também graus diferentes de protecção, desde logo, porque os dados tidos por “pessoalíssimos” (ou sensíveis) não podem sequer ser objecto de tratamento informático (salvo as excepções do artigo 7º da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro), havendo quanto aos outros que respeitar os diferentes direitos e deveres consagrados dos artigos 5º, 6º, 8º e 9º Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro.

4.2. Interconexão de dados

Na definição dada pela Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, inter conexão de dados pessoais é: «forma de tratamento que consiste na possibilidade de relacionamento dos dados de um ficheiro com os dados de um ficheiro ou ficheiros mantidos por outro ou outros responsáveis, ou mantidos pelo mesmo responsável com outra finalidade».

Nos termos do artigo 9º desta lei, a inter conexão que não esteja legalmente prevista está sujeita a autorização da Comissão Nacional de Protecção de Dados, cumprindo assim a disposição do actual n.º 2 do artigo 35º da CRP.

A inter conexão de dados pessoais deve igualmente respeitar os princípios do “respeito pelo fim” e da “adequação e pertinência”, e não implicar a diminuição dos direitos liberdades e garantias dos titulares dos dados.

4.3. Direitos dos titulares dos dados

A Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, desdobra os direitos do titular dos dados em quatro direitos distintos: o direito de informação (artigo 10º), o direito de acesso (artigo 11º), o direito de oposição (artigo 12º) e a proibição de decisões individuais automatizadas (artigo 13º).

O direito de informação corresponde, por um lado, directamente à consagração da faculdade constante da parte final do n.º 1 do artigo 35º da CRP, «o direito de conhecer a finalidade a que se destinam». E, por outro, é uma condição necessária à realização plena dos demais direitos consagrados. Só tendo conhecimento dos fins a que se destinam as bases de dados e os dados efectivamente recolhidos e aí introduzidos, o cidadão poderá exercer plenamente o direito de oposição,

nomeadamente quanto ao respeito dos princípios da “adequação e pertinência” e “respeito pelo fim”¹⁹.

O direito de acesso corresponde ao expressamente consagrado no início do mesmo número do artigo 35º: «*todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhe digam respeito*». Catarina Sarmento e Castro²⁰ refere, a propósito deste direito, que o mesmo abrange, desde logo, o “direito à curiosidade”, a saber se sobre si estão a ser coligidos quaisquer dados, mas também o direito a “aceder”, directa ou indirectamente, a esses dados, de forma a poder conhecer efectivamente os dados pessoais seus que estão compilados por qualquer entidade pública ou privada.

O direito de oposição resulta, em primeiro lugar, das faculdades de actualização e rectificação previstas no n.º 1 do artigo 35º da CRP. MAS nele se espelham também as opções do legislador ordinário, no âmbito da autorização constitucional concedida no n.º 2 do artigo 35º da CRP para este definir as condições aplicáveis ao tratamento de dados pessoais. Assim, o legislador ordinário procurou restringir as utilizações abusivas de dados pessoais e potencialmente lesivas da privacidade e sossego dos cidadãos contra a sua vontade, permitindo as que se afigurem essenciais ao normal desenvolvimento das actividades comerciais, sociais e culturais da sociedade.

A proibição de decisões individuais automatizadas não resulta directamente do sentido literal do artigo 35º da CRP, constituindo antes uma interpretação deste artigo enquanto norma de protecção do cidadão face aos riscos da utilização da informática como instrumento limitador ou violador dos princípios da igualdade e da não discriminação, consagrados nos artigos 13º e 26º n.º 1 da CRP. Considerando os riscos de discriminação resultantes de um tratamento exclusivamente informatizado da informação pertinente à tomada de uma decisão, o artigo 13º da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, vem consagrar que toda a pessoa tem o direito a não ficar sujeita a uma decisão, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que a afecte de modo significativo, tomada exclusivamente com base num tratamento automatizado de dados destinado a avaliar determinados aspectos da sua personalidade, designadamente a sua capacidade profissional, o seu crédito, a confiança de que é merecedora ou o seu comportamento.

¹⁹ Nesse sentido, Catarina Sarmento e Castro [ob cit., p. 35] refere que «*o seu direito à informação ou ao conhecimento ultrapassa, por isso, o mero direito de aceder/conhecer e corrigir os dados tratados, abrangendo também o direito de saber o fim a que se destinam. Como veremos, o conhecimento deste fim pode vir a ser determinante para sustentar a existência de um desvio da finalidade do tratamento dos dados*».

²⁰ Ob cit., p. 247 a 249.

4.4. Outras disposições

Em cumprimento do exigido pela segunda parte do n.º 6 do artigo 35º da CRP, a Lei 67/98, de 26 de Outubro, regula ainda a transferência de dados pessoais para fora da União Europeia (artigos 19º e 20º), e para os efeitos da parte final do n.º 2 do mesmo artigo constitucional, cria e regula a Comissão Nacional de Protecção de Dados (artigo 21º a 32º). São atribuições essenciais da CNPD: 1) controlar e fiscalizar o cumprimento das disposições legais e regulamentares em matéria de protecção de dados pessoais, em rigoroso respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades e garantias consagradas na Constituição e na lei; 2) Emitir parecer sobre disposições legais, bem como sobre instrumentos jurídicos em preparação em instituições comunitárias e internacionais, relativos ao tratamento de dados pessoais; 3) Autorizar ou registar, consoante os casos, os tratamentos de dados pessoais nos termos da lei²¹.

Nos artigos 33º e seguintes regula-se a tutela administrativa e jurisdicional de dados pessoais.

5. A Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto

A Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto, veio transpor para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 58/CE/2002, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas.

O n.º 2 do artigo 1º da Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto, precisa que *«a presente lei aplica-se ao tratamento de dados pessoais no contexto das redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público, especificando e complementando as disposições da Lei n.º 67/1998, de 26 de Outubro (Lei da Protecção de Dados Pessoais)»*.

Pese embora estar no âmbito dos dados pessoais, o n.º 3 do artigo 1º da Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto, vem alargar a sua aplicação à *«protecção dos interesses*

²¹ A Comissão Nacional de Protecção de Dados, tem tido um importante trabalho, não só no registo e fiscalização do cumprimento da Lei de Protecção de Dados Pessoais, mas também na emissão de pareceres, nas mais variadas áreas, interpretando a legislação de protecção de dados pessoais e procurando disciplinar e criar regras de actuação de acordo com a legislação vigente. Salientamos, a título meramente exemplificativo, a Deliberação 41/2006 da Comissão Nacional de Protecção de Dados: aplicável ao tratamento de dados por Serviços de Segurança, Higiene e Saúde no Trabalho (disponível em www.cnpd.pt), onde a CNPD se pronuncia neste âmbito sobre: a entidade responsável pelo tratamento; condições de legitimidade; categorias de dados tratados; regras específicas quanto ao tratamento de dados; regras de comunicação da ficha clínica; e o prazo de conservação dos dados recomendável.

legítimos dos assinantes que sejam pessoas colectivas na medida em que tal protecção seja compatível com a sua natureza»²².

O seu artigo 2º estabelece as definições que determinam o âmbito de aplicação desta lei, nomeadamente: «Comunicação electrónica»²³, «Assinante»²⁴, «Utilizador»²⁵, «Dados de tráfego»²⁶, «Dados de localização»²⁷, «Serviços de valor acrescentado»²⁸, «Chamada»²⁹. Trata-se de uma técnica legislativa muito contestada mas que poderá ter a sua utilidade quando o direito se expande para novas áreas científicas cujos conceitos são ainda alheios à legislação, à doutrina e à jurisprudência. Bom seria que, uma vez definidos os conceitos num diploma, o legislador se abstivesse de construir novas definições similares em diplomas distintos, gerando a confusão entre os intérpretes.

No restante diploma, e para o que aqui nos interessa, são definidas as obrigações dos prestadores de serviços de telecomunicações e comunicações electrónicas cujo fim será, em última instância, assegurar condições de respeito pelos direitos consagrados no artigo 35º da CRP e Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, no particular âmbito das telecomunicações e comunicações electrónicas, mormente impedindo o acesso de terceiros aos dados pessoais dos utilizadores destes meios de

²² Relembremos que nos termos do n.º 2 do artigo 12º da CRP «As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza».

²³ **Comunicação electrónica:** «qualquer informação trocada ou enviada entre um número finito de partes mediante a utilização de um serviço de comunicações electrónicas acessível ao público; com exclusão das informações enviadas no âmbito de um serviço de difusão ao público em geral, através de uma rede de comunicações electrónicas, que não possam ser relacionadas com o assinante de um serviço de comunicações electrónicas ou com qualquer utilizador identificável que receba a informação» [artigo 2º da Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto].

²⁴ **Assinante:** «a pessoa singular ou colectiva que é parte num contrato com uma empresa que forneça redes e ou serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público para fornecimento desses serviços» [artigo 2º da Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto].

²⁵ **Utilizador:** «qualquer pessoa singular que utilize um serviço de comunicações electrónicas acessível ao público para fins privados ou comerciais, não sendo necessariamente assinante desse serviço» [artigo 2º da Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto].

²⁶ **Dados de tráfego:** «quaisquer dados tratados para efeitos do envio de uma comunicação através de uma rede de comunicações electrónicas ou para efeitos da facturação da mesma» [artigo 2º da Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto].

²⁷ **Dados de localização:** «quaisquer dados tratados numa rede de comunicações electrónicas que indiquem a posição geográfica do equipamento terminal de um assinante ou de qualquer utilizador de um serviço de comunicações electrónicas acessível ao público» [artigo 2º da Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto].

²⁸ **Serviços de valor acrescentado:** «todos aqueles que requeiram o tratamento de dados de tráfego ou de dados de localização que não sejam dados de tráfego, para além do necessário à transmissão de uma comunicação ou à facturação da mesma» [artigo 2º da Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto].

²⁹ **Chamada:** «qualquer ligação estabelecida através de um serviço telefónico acessível ao público que permite uma comunicação bidireccional em tempo real» [artigo 2º da Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto].

comunicação, garantindo assim a sua segurança e confidencialidade. Definem-se ainda os específicos direitos dos utilizadores de serviços de telecomunicações e comunicações electrónicas enquanto titulares de dados pessoais.

5.1. Obrigações do prestador de serviços

O artigo 3º da Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto, estabelece as condições de segurança nas telecomunicações que devem ser garantidas pelos prestadores de serviços, com vista à protecção da confidencialidade das comunicações e garantia de eficaz impedimento de acesso aos dados pessoais dos utilizadores por terceiros. Mais concretamente, estabelece um princípio de colaboração entre as empresas fornecedoras de serviços de comunicações electrónicas, no sentido de garantir a segurança dos seus serviços e da própria rede. De certa forma, a própria lei vem prever a necessidade prática de auto regulamentação e coordenação das entidades públicas ou privadas responsáveis pela criação, manutenção e exploração de redes de comunicações electrónicas como única forma de assegurar a sua segurança efectiva. Nesse sentido, esta lei segue o caminho daqueles que entendem que o Estado de Direito deve devolver a regulamentação dos novos campos da ciência e do comércio aos próprios agentes privados que, no seu próprio interesse, o podem fazer com maior conhecimento, actualidade e garantias de efectividade.

O artigo 4º da Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto, visa garantir a confidencialidade das comunicações, impondo às empresas prestadores de serviços de redes e de comunicações electrónicas a manutenção de sistemas de segurança que garantam a inviolabilidade das comunicações e respectivos dados de tráfego, proibindo-as também de utilização de qualquer meio de interceptação ou vigilância de comunicações e dos respectivos dados de tráfego sem o consentimento prévio e expresso dos utilizadores.

O n.º 1 do artigo 5º da Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto, vem expressamente estipular que “apenas é permitido” o acesso ou armazenamento de informações obtidas através de redes de comunicações electrónicas quando se reúnam duas condições cumulativas: 1 - a prévia informação ao assinante ou utilizador nos termos da Lei de Protecção de Dados Pessoais (Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro); 2 - ser facultado ao assinante ou utilizador o direito de recusar esse processamento.

O n.º 2 deste artigo 5º permite, no entanto, o armazenamento ou acesso na medida em que este seja necessário, em duas situações: efectuar ou facilitar a transmissão de uma comunicação, e fornecer um serviço expressamente solicitado. Ou seja, quando tal é indispensável à prestação de um serviço tácita ou expressamente solicitado pelo utilizador. Na medida em que os dois números deste artigo se limitam a enunciar taxativamente as situações em que o armazenamento ou acesso a informações através de rede de comunicações electrónicas é permitido, teremos de concluir, *a contrario sensu*, que em todas as demais situações isso é proibido, pelo que a regra será a da proibição do armazenamento e acesso a

informação, conforme resulta da aplicação directa dos DLG consagrados nos n.º 2 e 4 do artigo 35º da CRP.

Em salvaguarda do princípio da confidencialidade, o n.º 1 do artigo 6º da Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto, estabelece como regra que: os dados de tráfego³⁰ devem ser eliminados ou tornados anónimos quando deixem de ser necessário para efeitos da transmissão das comunicações. Admite-se, naturalmente, o tratamento de dados de tráfego necessários à facturação dos assinantes e ao pagamento de interligações (n.º 2 do artigo 6º). Os n.º 3, 4 e 5, estabelecem as regras de tratamento destes dados, estabelecendo ainda o n.º 6 do mesmo artigo o princípio que o tratamento dos dados de tráfego deve estar limitado a determinado número de trabalhadores, seguindo-se aqui também as regras dos artigos 14º a 16º da Lei de Protecção de Dados Pessoais (Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro) quando às regras de segurança e confidencialidade.

O artigo 7º da Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto, vem estabelecer a regra da proibição de tratamento de dados de localização³¹, excepto se forem tornados anónimos como forma de garantir a confidencialidade das comunicações e privacidade da vida privada dos assinantes e utilizadores. Excepção a esta regra é também o registo, tratamento e transmissão de dados de localização quando dirigidos às organizações com competência legal para receber chamadas de emergência (artigo 7º n.º 2). Finalmente é permitido o tratamento de dados de localização para processamento na medida e pelo tempo necessário para a prestação de serviços de valor acrescentado, desde que seja obtido o consentimento prévio dos assinantes ou utilizadores (artigo 7º n.º 3).

5.2. Direitos dos utilizadores de serviços

Nos termos do artigo 8º da Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto, os assinantes³² têm direito a receber facturas não detalhadas, entendendo-se que a emissão de facturas detalhadas deve conciliar o direito dos assinantes com o direito à privacidade dos utilizadores autores das chamadas e dos assinantes chamados. Por esse motivo, estabelecem-se nos artigos seguintes restrições à identificação de linha chamadora, chamada e conectada (artigo 9º) e restrições à utilização e divulgação dos seus dados pessoais (artigo 13º).

O artigo 13º debruça-se sobre a inclusão e divulgação de dados pessoais através de listas de assinantes, impondo deveres de informação, e o direito dos assinantes, em primeiro lugar, decidir da inclusão dos respectivos dados nestas listas e,

³⁰ Ver nota de rodapé n.º 26.

³¹ Ver nota de rodapé n.º 27.

³² Ver nota de rodapé n.º 24.

posteriormente, “verificar, corrigir, alterar ou retirar os dados incluídos nas referidas listas”.

5.3. Regime sancionatório

A violação das regras, direitos e deveres, impostos pela Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto, constitui contra-ordenação punível com coima de 1500 € a 25000 €. Nos termos do artigo 16º em todas as questões omissas aplicam-se subsidiariamente as normas relativas à protecção de dados pessoais, nomeadamente os artigos 33º a 39º da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro.

6. Conclusão

O direito consagrado pelo artigo 35º da CRP é essencialmente um direito de liberdade, com uma natureza negativa, no sentido da proibição de acesso e utilização dos seus dados pessoais por terceiros, e também com uma natureza positiva, no sentido de garantir ao cidadão a possibilidade de supervisionar o uso da informação que lhe diz respeito. Mas, acima de tudo, com uma natureza de garantia, face às possibilidades de restrições às liberdades dos cidadãos por abuso ou manipulação dos seus dados pessoais.

Nesse sentido pode ler-se, Paula Ribeiro de Faria³³: *«A necessidade da tutela do indivíduo relativamente ao uso da informática faz-se sentir cada vez com mais premência tendo em conta as possibilidades de recolha e de armazenamento de informação relativa aos cidadãos por parte de terceiros e dos próprios poderes públicos, e a facilidade e a velocidade de acesso e de cruzamento de todos esses dados. Têm-se vindo assim a alargar de forma assustadora as possibilidades de compressão dos direitos individuais ao nível dos circuitos informacionais, tornando justificado o receio da construção de um Big Brother no mais puro sentido Orwelliano (designadamente onde está em causa a concentração de informação do Estado)»*.

Assim, pese embora não existir consenso a nível internacional quanto à necessidade e oportunidade de incluir no texto constitucional uma referência expressa aos direitos do cidadão face à utilização da informática, nomeadamente, pela natureza instável do objecto de regulação, decorrente da sua contínua e exponencial evolução, (e que as sucessivas revisões do artigo 35º da CRP bem comprovam), somos do entendimento que a essencialidade dos direitos protegidos e a gravidade do risco inerente ao (abuso desta tecnologia justifica a dignidade constitucional da sua protecção).

³³ Paula Ribeiro de Faria, anotação III ao artigo 35º, ob. cit., p. 379 e 380.

A criação de bases de dados de clientes, fornecedores, empresas, instituições, etc., tornou-se prática corrente entre os agentes económicos, sociais e culturais. Por outro lado, massificou-se a utilização de telecomunicações e comunicações electrónicas. Os conflitos relativos ao uso de dados pessoais estão na ordem do dia, repetem-se cada vez mais nos nossos Tribunais, e suscitam uma exponencial intervenção da CNPD, de que os inúmeros pareceres já emitidos sobre casos concretos são exemplo. Sucodem-se novas tecnologias e potencialidades de tratamento, inter conexão e transmissão de dados que, dia para dia, colocam novas questões por resolver ao Direito.

Face a esta realidade em mutação, o modelo de protecção através de legislação ordinária constitucionalmente imposta e alicerçada num DLG, por si só directamente aplicável, é, no nosso entender, aquele que melhor salvaguarda o cidadão perante qualquer lacuna ou imprecisão legal, em particular, face a uma actuação potencialmente lesiva do próprio Estado

Fontes

<http://www.anacom.pt> (site oficial da Autoridade Nacional de Comunicações)
<http://www.dgsi.pt> (Bases Jurídico-Documentais do Instituto das Tecnologias de Informação na Justiça - Ministério da Justiça)
<http://www.tribunalconstitucional.pt> (site oficial do Tribunal Constitucional)
<http://www.verbojuridico.net> (site jurídico do Dr. Joel Timóteo Ramos Pereira)
<http://www.cnpd.pt/> (site da Comissão Nacional de Protecção de Dados)

Referências Bibliográficas

Monografias

ANDRADE, José Carlos Vieira de, “Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, 3ª Edição, Almedina, 2004
ASCENSÃO, José de Oliveira, “Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação”, Almedina, 2001,
CANOTILHO, J. J., Gomes, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 6ª Edição, Almedina, 2004.
CANOTILHO, J. J. Gomes, anotações ao artigo 35º, Constituição da República Portuguesa – Anotada, Almedina, 2001, p. 374 a 389;
CAREY, Peter, “Data Protection – A practical guide to UK and EU Law”, Second Edition, Oxford, University Press, 2004.
COMISSÃO EUROPEIA, “Protecção de dados na União Europeia”, Serviços de Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, Luxemburgo, 2001;
COMISSÃO EUROPEIA, Livro Verde sobre “Os Direitos de Autor e o Desafio da Tecnologia”, da Comissão das Comunidades Europeias, 1988.

- FARIA, Paula Ribeiro de, anotações ao artigo 35º, in “Constituição da República Portuguesa – Anotada”, Tomo I, coordenada por Jorge Miranda e Rui Medeiros, Coimbra Editora, 2005, p. 374 a 389.
- GONÇALVES, Maria Eduarda, “Direito da Informação”, Almedina, 2003.
- MARQUES, Garcia e MARTINS, Lourenço, “Direito da Informática”, Almedina, 2000.
- PEREIRA, Joel Timóteo Ramos, Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação, Quid Júris, 2004;
- SARMENTO E CASTRO, Catarina, “Direito da Informática, privacidade e dados pessoais”, Almedina, 2005.
- SOARES FARINHO, Domingos, “Intimidade da vida privada e media no ciberespaço”, Almedina, 2006.

Artigos

- FARIA COSTA, José de, “*As telecomunicações e a privacidade: o olhar (in)discreto de um penalista*”, in “As telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação”, Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1999, p. 49 a 78.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar, “*Os direitos fundamentais à protecção dos dados pessoais informatizados*”, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 51, Lisboa, Dezembro de 1991;
- GUERRA, Amadeu, “*Telecomunicações e protecção de dados*”, in “*As telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*”, Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1999, p. 107 a 121.
- MARQUES, Garcia, “*Telecomunicações e protecção de Dados (Do número nacional único aos novos atentados à vida privada)*”, in “As telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação”, Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1999, p. 81 a 105.
- RODRIGUES, Avelino, “*Para uma axiologia da Comunicação Social*”, in “As telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação”, Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1999, p. 123 a 129.