

DELIBERAÇÃO N.º 1239/2014

Solicita o Senhor Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias pronúncia da Comissão Nacional de Protecção de Dados – CNPD sobre o entendimento fundamentado acerca das competências objeto do ofício n.º 3184 do Magnífico Reitor da Universidade do Porto, bem como sobre a margem de entendimento existente para ser dirimido o conflito em causa.

O referido ofício foi emitido em resposta ao ofício da CNPD (n.º 8188), no qual, em execução da Deliberação n.º 241/2014, se alertava para a incompatibilidade do despacho de homologação, proferido pelo Reitor da Universidade do Porto, de um parecer dos serviços jurídicos dessa instituição com a Constituição da República Portuguesa, o Direito da União Europeia e a Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, e para a urgência de se repensar o teor do mesmo.

A CNPD é a entidade administrativa independente, com poderes de autoridade, que tem por função controlar e fiscalizar o cumprimento das normas jurídicas em matéria de proteção de dados pessoais, nos termos descritos nos artigos 21.º e ss. da Lei de Proteção de Dados Pessoais, a Lei n.º 67/98, de 26 de outubro (doravante, LPD).

Tem esta entidade entendido que o regime jurídico aplicável à matéria de acesso por terceiros a dados pessoais, independentemente da natureza jurídica da entidade que os conserva, é o previsto na LPD – posição explanada na Deliberação n.º 241/2014, de que foi dado conhecimento a Sua Excelência a Presidente da Assembleia da República, bem como à Comissão a que Vossa Excelência preside.

A questão prende-se com a sobreposição do objeto daquele diploma legal com o objeto da Lei n.º 46/2007, de 24 de agosto (doravante, LADA), na parte em que ambos pretendem regular o acesso a dados pessoais, atribuindo competências para apreciar esse acesso a duas entidades administrativas independentes distintas: a CNPD e a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA).

I. DIFERENÇAS DE REGIME

Os dois diplomas contêm regimes de acesso a dados pessoais diferentes. Se o objeto da presente pronúncia diz essencialmente respeito ao regime de acesso a dados pessoais de terceiros, *in casu*, estudantes universitários, a este ponto não se limitam as diferenças de regime. Todavia, ater-nos-emos nesta sede apenas àqueles aspetos de regime com repercussões diretas sobre os termos do acesso por terceiros.

Antes, porém, impõe-se um esclarecimento prévio:

- a. Cumpre, em primeiro lugar, deixar claro que o acesso a dados pessoais constitui um tratamento de dados pessoais, de acordo com o disposto no artigo 3.º, alínea b), da LPD, que nesse ponto transpõe rigorosamente a definição contida na alínea b) do artigo 2.º da Diretiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais e à livre circulação desses dados. Isto porque o acesso a dados pessoais envolve sempre uma operação de comunicação ou consulta de dados pessoais.
- b. Em segundo lugar, de acordo com a alínea a) do n.º 1 da LPD (que também neste ponto transpõe o conceito assumido na alínea a) do artigo 2.º da Diretiva 95/46/CE) constituem dados pessoais quaisquer informações relativas a uma pessoa singular identificada ou identificável. O que significa que são sempre dados pessoais as informações relativas à identidade, às características ou a comportamentos de pessoas (portanto, entre outros, o nome, a morada, o número de identificação civil ou o número de identificação fiscal, mas também

as opiniões ou avaliações sobre pessoas ou sobre os seus conhecimentos ou condutas)¹.

E a eventual circunstância de os dados pessoais terem sido publicados – como sucederá com as classificações obtidas nas diferentes disciplinas – não afasta essa natureza, nem liberta qualquer ulterior tratamento, que sobre eles incida, do regime jurídico de protecção de dados pessoais². Aliás, bem se compreende que uma coisa é a divulgação genérica de pautas de avaliação de um conjunto de estudantes identificados, coisa diferente um registo da história da vida de cada estudante num estabelecimento de ensino, com informação estruturada e sistematizada sobre ele.

- c. Em terceiro lugar, é certo que a LPD regula o acesso a dados pessoais, uma vez que as regras e princípios nela estabelecidos valem para os tratamentos de dados pessoais não excluídos pelo mesmo diploma, nem objeto de expressa exclusão por outros diplomas legais. Assim, ao acesso a dados pessoais aplicam-se os princípios do artigo 5.º, maxime o princípio da finalidade, bem como as condições de legitimidade para a sua realização prescritas nos artigos 6.º, 7.º, 8.º, ou ainda as garantias do direito à protecção de dados pessoais consagradas nos artigos 10.º, 11.º e 12.º, todos da LPD.
- d. Em quarto lugar, cumpre destacar que todo e qualquer tratamento de dados pessoais obedece ao princípio da finalidade – quer isto dizer que os dados pessoais só podem ser tratados (seja qual for a operação em que o tratamento se traduza) para fins específicos e reconhecidos como legítimos. Razão por que não basta haver lei a autorizar a realização de um tratamento, é ainda

¹ Neste sentido, v. Acórdãos do TJUE C-28/08, de 29.06.2010 (n. 68-69), e C-101/2011, de 6.11.2003, bem como Parecer n.º 3/2013, de 2 de abril de 2013, aprovado pelo Grupo de Trabalho do Artigo 29.º, pp. 7 e 10 e 35-36.

² Neste sentido, v. Parecer n.º 3/2013, cit., pp. 35-36; e acórdão do TJUE C-131/12, de 13.05.2014 (n. 30).

imperativo que o tratamento esteja justificado com uma específica finalidade. É o que decorre do n.º 1 do artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), da alínea b) do n.º 1 do artigo 5.º da LPD, que transpõe o disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 6.º da Diretiva 95/46/CE, e do artigo 8.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia³. Este é um princípio fundamental nesta matéria, por só assim se poder assegurar a transparência dos tratamentos de dados pessoais, a sua previsibilidade e o controlo da utilização dos dados⁴.

- e. Finalmente, importa recordar que os direitos à reserva da intimidade da vida privada, à proteção de dados pessoais e de acesso aos arquivos e registos administrativos são direitos fundamentais protegidos pela Constituição numa determinada medida. Com isto pretende sublinhar-se que os direitos não estão constitucionalmente protegidos na sua máxima capacidade afirmativa.

Concretamente, em relação à tutela dos direitos à proteção de dados pessoais e de acesso aos arquivos e registos administrativos contém a CRP autorizações de restrição legal. Todavia, o legislador ordinário não é livre na definição dessas restrições: não apenas por estar subordinado ao princípio da proporcionalidade e ao respeito pelo conteúdo essencial dos direitos – nos termos definidos no artigo 18.º da CRP –, como também por se encontrar subordinado ao Direito da União Europeia e, especificamente, à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e às diretivas aplicáveis nesta matéria.

Cumpre, então, apreciar a questão.

³ Sobre o princípio da finalidade, v. Parecer n.º 3/2013, cit., *passim*.

⁴ V. J.J. Gomes Canotilho/ Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, Coimbra, 2007, p. 553.

1. O regime de acesso aos dados pessoais por terceiro na LADA e na LPD

Na LADA, o acesso por terceiros a dados pessoais contidos em documentos administrativos é livre, como decorre do disposto no artigo 5.º do mesmo diploma legal – «[t]odos, sem necessidade de enunciar qualquer interesse, têm direito de acesso aos documentos administrativos».

Simplemente, de acordo com o conceito de documentos administrativos estabelecido nesta lei, tal acesso pode implicar o acesso a dados pessoais, porventura sensíveis – (sobre o conceito de dados pessoais sensíveis v. artigo 7.º da LPD). E isto porque a LADA apenas condiciona o acesso a documentos que contenham dados pessoais abrangidos pela reserva da intimidade da vida privada, ou que revelem apreciação ou juízo de valor – de acordo com os conceitos neste diploma vertidos, os documentos administrativos que contenham informação desta natureza merecem a qualificação de documentos nominativos, cujo regime de acesso está definido no n.º 5 do artigo 6.º⁵.

Ao contrário, a LPD, no seu artigo 6.º, faz depender o acesso por terceiros a dados pessoais (não sensíveis) a um conjunto de situações especificadas⁶.

Quanto aos dados sensíveis, na medida em que estes, tal como definidos no n.º 1 do artigo 7.º da LPD, não se restringem aos dados que abrangem a reserva da intimidade

⁵ Neste caso, de acordo com o estatuído no artigo 6.º, n.º 5, da LADA é reconhecido direito de acesso se o requerente «estiver munido de autorização escrita da pessoa a quem os dados digam respeito ou demonstrar interesse direto, pessoal e legítimo suficientemente relevante segundo o princípio da proporcionalidade».

⁶ Ou seja: o consentimento inequívoco do seu titular ou a demonstração da necessidade daquele para execução de obrigação estipulada em contrato de que seja parte o titular dos dados, para cumprimento de obrigação legal, para proteção de interesses vitais do titular, quando este não esteja capaz de dar o seu consentimento, para execução de missão de interesse público ou no exercício de autoridade pública por parte do responsável pelo tratamento ou pelo terceiro destinatário dos dados, ou ainda para prossecução de interesses legítimos do responsável pelo tratamento de dados ou de terceiro, desde que não devam prevalecer os interesses ou direitos, liberdades e garantias do titular dos dados.

da vida privada, desde logo porque o conceito de vida privada é mais amplo, o regime de acesso a tais dados fica ainda mais condicionado pelas exigências contidas nos n.ºs 2 a 4 do mesmo artigo⁷.

Dando exemplos com relevância para o caso concreto, nos termos do artigo 5.º da LADA, é livre o acesso a informação sobre o local de residência, o número de contacto telefónico, o endereço eletrónico, o número de identificação civil ou o número de identificação fiscal dos estudantes inscritos numa universidade pública.

O número de inscrições/reprovações numa mesma disciplina, as classificações obtidas, os exames eventualmente anulados, atestados médicos, informação sobre pedido e obtenção de apoio social – com os elementos solicitados para o efeito que, nos termos da lei e do regulamento aplicável, envolve a declaração de rendimentos para efeito de IRS de todos os membros do seu agregado familiar, ou atestado de deficiência – revela claramente informação sobre a vida privada dos titulares dos dados (estudante e seu agregado familiar). Simplesmente, o conceito da vida privada e o conceito de reserva da intimidade da vida privada não são coincidentes, sendo aquele protegido pela LPD, nos termos do seu artigo 7.º, e não pelo n.º 5 do artigo 6.º da LADA.

⁷ A saber, existência de disposição legal específica a prever tal tratamento ou autorização da CNPD, desde que motivos de interesse público importante determinem a indispensabilidade do tratamento para o exercício das atribuições legais ou estatutárias do responsável ou se houver consentimento expresso do titular dos dados, com garantias de não discriminação e com as medidas de segurança previstas no artigo 15.º da LPD. E os n.ºs 3 e 4 do artigo 7.º correspondem a normas de autorização pela Lei do tratamento de dados nas circunstâncias nelas fixadas, de que se destaca a hipótese de os dados terem sido manifestamente tornados públicos pelo seu titular, e das suas declarações se possa deduzir legitimamente o correspondente consentimento.

2. Competências sobrepostas da CNPD e da CADA

Atente-se ainda num outro aspeto. O acesso a dados pessoais de terceiros pressupõe uma utilização para finalidade diferente da que determinou a recolha dos mesmos, consubstanciando um desvio de finalidade – cf. alínea a) do n.º 1 do artigo 5.º da LPD.

Ora, a alínea c) do n.º 1 do artigo 23.º da LPD atribui em especial à CNPD o poder de *autorizar excecionalmente a utilização de dados pessoais para finalidades não determinantes da recolha*, disposição que não é afastada pela LADA, nem expressa, nem implicitamente.

Na verdade, a LADA confere à CADA competência de pronúncia sobre o acesso por terceiros a documentos contendo dados pessoais, quando conservados por entidades abrangidas pelo artigo 4.º do mesmo diploma. Uma vez que a LADA não integra nenhuma disposição específica sobre a autorização de desvio de finalidade dos dados pessoais conservados pelas instituições públicas, não se afigura que aquela tenha revogado o disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 23.º da LPD.

Donde se conclui termos duas entidades públicas com competência para pronúncia sobre a mesma matéria (sendo certo que estão subordinadas a regimes jurídicos distintos).

3. Diferença de poderes da CNPD e da CADA

Uma outra diferença com relevo prático evidente prende-se com a natureza dos poderes atribuídos por lei à CNPD e à CADA.

A CNPD dispõe de poderes de supervisão prévia e sucessiva (poderes de autorização e de proibição de tratamentos de dados pessoais, e de fiscalização) e ainda de poderes sancionatórios.

Ora, a previsão destes poderes é imprescindível para a tutela plena do direito de acesso à informação pessoal pelo próprio titular, mas também para garantir em

concreto a proteção dos dados pessoais – e por essa razão a Diretiva 95/46/CE os consagra. Na verdade, a CNPD pode proibir tratamentos de dados pessoais, como seja a comunicação de dados por si não autorizada (cf. alínea b) do n.º 3 do artigo 22.º da LPD), dispondo ainda do poder de executar coercivamente as suas decisões. Assim, por exemplo, em caso de incumprimento da deliberação da CNPD que determina a comunicação de dados ao titular dos mesmos ou que ordena o cumprimento de outro dever relacionado com a efetivação do direito de acesso (entendido em sentido amplo), pode esta entidade obter, pelo recurso à força se necessário, os elementos exigidos – cf. alínea b) do n.º 3 do artigo 22.º da LPD e artigos 149.º, n.º 2, e 157.º, n.ºs 1 e 2, do Código do Procedimento Administrativo.

Ora, a LADA não confere quaisquer poderes de decisão executória, de fiscalização ou sancionatórios à CADA no âmbito do acesso a documentos administrativos, não dispondo esta de mecanismos jurídico-administrativos semelhantes que lhe permitam assegurar o direito de acesso a dados pessoais pelo próprio titular, ou o efetivo acesso ou não acesso a informação por terceiro.

4. Utilização dos dados para finalidade distinta da que determinou o acesso

Há ainda um outro aspeto de regime ostensivamente distinto num e noutro diploma legal: referimo-nos agora à consequência jurídica prevista em caso de desvio de finalidade do tratamento (acesso) de dados pessoais de terceiros. De acordo com o n.º 2 do artigo 8.º da LADA, a utilização para finalidade distinta da que determinou o acesso por terceiro implica a responsabilidade civil pelas perdas e danos causados. Enquanto, por aplicação do artigo 43.º, n.º 1, alínea c), da LPD, a mesma conduta origina responsabilidade criminal.

II. CONSEQUÊNCIAS DAS DIFERENÇAS DE REGIME

As diferenças de regime, aqui expostas de modo simplificado e resumido, provocam as seguintes consequências relevantes em termos de tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos.

1. Incumprimento do Direito da União Europeia

1.1. Incumprimento da Diretiva 95/46/CE

A LADA regula o acesso a dados pessoais contidos em documentos administrativos sem adequar o respetivo regime à Diretiva 95/46/CE, relativa à proteção de dados pessoais. Na medida em que afasta implicitamente a aplicação da LPD quanto a este específico tratamento de dados pessoais (o acesso a dados pessoais por terceiros constantes de documentos administrativos), a LADA teria de consagrar os princípios e regras previstos pela Diretiva nessa matéria, ou seja, proceder à transposição da referida Diretiva. Ao não o fazer verifica-se o incumprimento do Direito da União Europeia.

Com efeito, a LADA não faz referência formal à Diretiva 95/46/CE, como se impunha; não utiliza os conceitos de dados pessoais, de tratamento de dados e de consentimento do titular dos dados definidos nesta Diretiva; sobretudo, não estabelece o regime substantivo imposto pela Diretiva para o acesso a dados por terceiro – o que é evidente quando se estabelece que é livre o acesso aos documentos administrativos contendo dados pessoais (cf. artigo 5.º da LADA) e se compara com as condições para tal acesso definidas no artigo 7.º da Diretiva 95/46/CE. E as condições consideradas pela Diretiva 95/46/CE imprescindíveis para esse acesso são ainda mais apertadas se em causa estiverem dados sensíveis – cf. artigo 8.º da mesma Diretiva.

Destaque-se ainda que a mesma disposição legal desrespeita o princípio da finalidade do tratamento, previsto na alínea b) do n.º 1 do artigo 6.º da Diretiva, bem como no artigo 8.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Como se disse acima (cf. I.), todo o tratamento de dados tem de ter uma finalidade específica; no caso do acesso a dados pessoais, o que está em causa é a consulta ou

comunicação de dados pessoais que foram recolhidos para um determinada finalidade. Impõe-se, pois, a verificação da compatibilidade da nova finalidade visada pela consulta ou comunicação com a finalidade para que os dados foram recolhidos. Pelo que uma norma legal que pretende servir de base legitimante do acesso sem considerar, nem impor, a invocação de um interesse ou especificação do fim visado com o acesso não assegura o cumprimento do princípio da finalidade⁸.

Demonstração bastante de que a LADA não concretiza, nem garante o respeito pelo princípio da finalidade encontra-se no n.º 2 do artigo 8.º deste diploma legal: apenas se sanciona o desvio de finalidade quando em causa esteja a utilização de dados pessoais contidos em documentos nominativos, ou seja, de dados abrangidos pela reserva da intimidade da vida privada. Para os restantes, não há qualquer tipo de tutela, porque, em clara violação do Direito da União Europeia, não há vinculação de finalidade.

1.2. Incumprimento da Diretiva 2003/98/CE

A LADA pretende transpor a Diretiva 2003/98/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de novembro de 2003, relativa à reutilização de informações do setor público. Todavia, esta diretiva salvaguarda o regime europeu da proteção de dados: com efeito, o n.º 4 do artigo 1.º da Diretiva 2003/98/CE estabelece inequivocamente que a mesma «não modifica, nem de modo algum afeta o nível de proteção dos indivíduos relativamente ao processamento de dados pessoais nos termos do direito nacional e comunitário, nem altera, em particular, as obrigações e direitos estabelecidos na Diretiva 95/46/CE». Junte-se que o considerando 21 prevê que a Diretiva «deve ser aplicada e executada no pleno cumprimento dos princípios relativos à proteção de dados pessoais, nos termos da Diretiva 95/46/CE».

Aliás, a Diretiva 2003/98/CE tem o cuidado de explicitar no n.º 5 do artigo 2.º que o conceito de dados pessoais é o definido na Diretiva 95/46/CE – precisamente para que não se hesite quanto a saber que tipo de informação pode integrar os documentos

⁸ Parecer n.º 3/2013, cit., pp. 10-14.

públicos reutilizáveis, isto é, para deixar claro o que constitui dado pessoal para efeito de definir os limites dessa reutilização. Assim, o diploma legal de transposição da Diretiva 2003/98/CE não pode, sob pena de a violar, deixar de utilizar o mesmo conceito de dados pessoais, de modo a delimitar o seu âmbito de aplicação. Ao não o ter feito, a LADA não cumpriu a diretiva que pretendia transpor.

O que, aliás, é causa direta da impossibilidade de articulação dos dois diplomas legais, porventura por via da aplicação subsidiária da LPD. Esse congraçamento dos dois regimes é prejudicado pela falta de uniformidade terminológica e coerência conceptual dos diplomas (*v.g.*, conceito de dados pessoais, atributos do consentimento).

Particular destaque, pelo paralelismo das situações analisadas, merece aqui o Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) C-28/08, de 29.06.2010.

Estava em causa apreciar a validade de uma decisão da Comissão Europeia sobre o pedido de acesso à ata de uma reunião, da qual constavam os nomes de alguns participantes. O TJUE anulou a decisão do Tribunal de Primeira Instância pela interpretação que deu ao artigo 4.º do Regulamento (CE) n.º 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, preceito que remete para o Regulamento (CE) n.º 45/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Dezembro de 2000, 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. Aí se lê, nos n.ºs 63-64:

Daqui resulta que, quando por meio de um pedido baseado no Regulamento n.º 1049/2001 se pretende obter o acesso a documentos que incluem dados pessoais, as disposições do Regulamento n.º 45/2001, incluindo os seus artigos 8.º e 18.º, passam a ser integralmente aplicáveis.

Não tendo tomado em consideração a remissão do artigo 4.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 1049/2001 para a legislação da União relativa à protecção de dados pessoais e, por conseguinte, para o Regulamento n.º 45/2001, o Tribunal

de Primeira Instância afastou desde logo, no n.º 107 do acórdão recorrido, a aplicação do artigo 8.º, alínea b), do Regulamento n.º 45/2001 e, no n.º 109 desse acórdão, a aplicação do artigo 18.º do mesmo regulamento. Ora, os referidos artigos constituem disposições essenciais do regime de protecção criado pelo Regulamento n.º 45/2001.

Por conseguinte, a interpretação particular e limitativa que o Tribunal de Primeira Instância fez do artigo 4.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 1049/2001 não corresponde ao equilíbrio que o legislador da União pretendeu criar entre os dois regulamentos em causa.

É precisamente para esta conclusão que se pretende chamar a atenção: o legislador da União Europeia pretendeu criar um específico equilíbrio entre o direito de acesso e o direito à protecção de dados pessoais que a LADA não espelha. Por outras palavras, o legislador nacional não consagrou o equilíbrio entre os dois direitos fundamentais que o legislador comunitário gizou, não apenas para os organismos públicos europeus, mas também para os Estados-Membros da União Europeia – e que especificamente está refletido nas Diretivas 95/46/CE e 2003/98/CE.

1.3. Dever de desaplicação da LADA

Por essa razão, e por força do princípio do primado do direito da União Europeia sobre o direito dos Estados Membros, a CNPD, enquanto entidade administrativa, está obrigada a desaplicar a LADA, tanto mais que em causa estão normas jurídicas produtoras de efeitos diretos na ordem jurídica dos Estados Membros⁹.

Em consequência da desaplicação daquele diploma legal, a CNPD conhece e decide, de acordo com o disposto na LPD, os pedidos de acesso a dados pessoais que lhe

⁹ Cf. acórdão *Fratelli Costanzo*, de 22 de junho de 1989, do Tribunal de Justiça da União Europeia. É claramente o que sucede com as normas que preveem os direitos de acesso e retificação dos dados pelo seu titular, mas também com aquelas que preveem o direito à protecção dos dados pessoais contra ingerências de terceiros.

são submetidos, por ser a entidade administrativa independente que, nos termos da LPD, dispõe de competência para o efeito.

2. Violação da Constituição da República Portuguesa

2.1. Violação do princípio da igualdade de tratamento dos cidadãos perante a lei, quanto à proteção dos dados pessoais

A evidente diferenciação de tratamento dos titulares de dados pessoais, consoante os seus dados se encontrem na posse de entidades públicas e restantes entidades indicadas no artigo 4.º da LADA, ou na posse de entidades privadas por este artigo não abrangidas, viola o disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 13.º da CRP.

As diferenças de regime, assinaladas acima no ponto I.1., só podem resultar do princípio da transparência administrativa subjacente ao direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, consagrado no nº 2 do artigo 268.º da CRP.

Mas o princípio da transparência não impõe nem fundamenta, por si só, a abertura de todos os documentos administrativos à consulta ou mesmo curiosidade de terceiros. A *ratio* subjacente à LADA é a de assegurar um controlo pelos cidadãos das decisões administrativas, prevenindo por esta via atuações administrativas parciais ou inquinadas de vício de desvio de poder. E para tal controlo, os cidadãos não precisam, por regra, de conhecer, de ter acesso a informação individualizada ou individualizável; na generalidade das situações, será suficiente o conhecimento dos dados anonimizados.

Repare-se que, nos termos definidos na LADA, os dados pessoais dos estudantes podem ser divulgados a terceiros, sem ter que se invocar qualquer interesse, no caso de aqueles estarem na posse de uma entidade abrangida pelo artigo 4.º da LADA; se quem os possuir for uma entidade de direito privado, nos termos da LPD tal acesso por um terceiro é vedado, apenas sendo permitido nas situações especificadas no

artigo 6.º da LPD ou no artigo 7.º LPD – quando em causa estejam dados relativos à vida privada (como se exemplificou em I.1.).

No limite, será a situação económica do cidadão que determinará a menor ou maior confidencialidade dos dados pessoais dos estudantes do ensino superior. Uma tal solução é evidentemente contrária ao princípio da igualdade e à proibição constitucional de discriminação em função da situação económica do cidadão (artigo 13.º, n.º 2, da CRP), não existindo fundamento constitucional que justifique, em abstrato ou em concreto, tal diferenciação discriminatória. A democratização do ensino, o princípio da transparência da administração escolar ou o princípio da gratuitidade do ensino não podem, num Estado de Direito, significar a devassa do percurso escolar do estudante e da sua vida.

Com o que se conclui que a LADA, no artigo 5.º e no n.º 5 do artigo 6.º, ao estabelecer um regime jurídico diferenciado de tutela do direito, liberdade e garantia à proteção dos dados pessoais, viola o artigo 13.º, n.ºs 1 e 2, da CRP. Precisamente, por discriminar os cidadãos cujos dados pessoais se encontrem em instituições públicas de ensino superior, por comparação com aqueles cujos dados estejam na posse de instituições privadas similares, e por aparente referência a um princípio que não reclama uma tal diferenciação – o princípio da transparência administrativa.

A isto acresce o facto de o n.º 3 do artigo 35.º da CRP, quando se refere aos termos em que é admissível o tratamento de dados pessoais, exigir que a autorização prevista por lei seja acompanhada de *garantias de não discriminação*. Tendo presente que o acesso representa uma operação de tratamento de dados, forçoso se mostra concluir que a lei que permita o acesso a dados pessoais de terceiros não pode deixar de cumprir esta exigência – o que, como se acaba de expor, não resulta salvaguardado no atual regime legal.

Demais, como se referiu supra, também o princípio da finalidade consagrado no n.º1 do artigo 35.º da CRP é desrespeitado, quando a LADA reconhece legitimidade ao acesso sem que se tenha de invocar qualquer interesse ou objetivo, portanto, sem prever o filtro da especificação e da compatibilidade da finalidade.

2.2. Violação do princípio da igualdade decorrente da diferença de regimes em caso de desvio da finalidade do acesso

A utilização dos dados pessoais pelo terceiro para finalidade distinta da que determinou o acesso implica, como se mencionou em I.4., consequências jurídicas distintas num e noutro regime. Parece-nos evidente que a solução legal de criminalização ou não criminalização de uma mesma conduta não pode ficar dependente da natureza jurídica de quem detém originalmente os dados pessoais, para mais se se trata de qualificar como crime a utilização dos dados para fim diferente quando os mesmos se encontram na posse de sujeito de direito privado e não atribuir tal qualificação quando estejam na posse de sujeito de direito público. Com efeito, não se alcança o fundamento para tal diferença de regime.

Na verdade, a mesma razão de tutela do direito à proteção de dados pessoais, que está na base da criminalização da conduta que traduz o desvio de finalidade de um qualquer tratamento de dados pessoais, se faz sentir, com pelo menos a mesma intensidade, na situação prevista na LADA.

A este propósito, cumpre recordar que a solução adotada na LPD, quanto ao desvio de finalidade, é uma concretização do princípio da finalidade consagrado no n.º 1 do artigo 35.º da CRP e na Diretiva 95/46/CE. O preceituado no n.º 2 do artigo 8.º da LADA confere uma proteção distinta, mais fraca do que a que resulta do artigo 43.º, n.º 2, alínea c), da LPD, sem aparente fundamento, em violação clara do princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º, n.ºs 1 e 2, da CRP.

2.3. Violação do disposto no n.º 4 do artigo 35.º da CRP

O artigo 35.º, n.º 4, da CRP estabelece como regra que o acesso a dados pessoais de terceiros é proibido, admitindo que a lei preveja exceções a essa regra.

Em primeiro lugar, cumpre notar que a CRP, no n.º 2 do artigo 35.º, remete para lei a definição do conceito de dados pessoais. Sendo certo de que a lei que contém tal definição é a LPD (cf. alínea a) do artigo 3.º), de resto, em transposição da Diretiva 95/46/CE), toda a norma jurídica que defina os termos ou as condições em que se realiza qualquer tratamento de dados pessoais (incluindo o acesso) tem de partir deste conceito legal. Daí que, como se referiu supra (I. 1.2.), mal se entenda que a definição legal de exceções à proibição de acesso a dados pessoais não tome como referência o conceito de dados pessoais previsto na LPD.

Sucede que a LADA, no seu artigo 5.º assume como regra o acesso livre a documentos administrativos contendo dados pessoais, mesmo que sensíveis, transformando em regra aquilo que a Constituição apenas admite como exceção.

Ora, o carácter de norma excecional não se compagina com uma norma geral de acesso aos dados pessoais. A CRP não confere, pois, ao legislador ordinário um mandato para transformar em princípio-regra o que definiu como exceção. Por contrariar o disposto no n.º 4 do artigo 35.º da CRP, ultrapassando além disso a autorização constitucional para legislar sobre esta matéria, o artigo 5.º da LADA não pode deixar de ser considerado inconstitucional. E esta conclusão é independente do valor ou direito que possa estar na base da previsão da exceção.

III. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Importa por último destacar que a CNPD emite, no âmbito da sua função de supervisão dos tratamentos de dados pessoais, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 23.º da LPD, autorizações que amiúde contêm proibições de comunicação de dados pessoais e, portanto, do acesso por terceiros. Sucede porém que, quando a LADA reconhece às entidades enumeradas no seu artigo 4.º o poder de decidir permitir o acesso a documentos contendo dados pessoais, e à CADA o poder de se pronunciar em sentido diferente do decidido pela CNPD, está a legitimar o incumprimento da decisão da CNPD. Decisão esta que é vinculativa, suscetível de execução coerciva e, não tendo sido objeto de impugnação, se consolidou na ordem

jurídica. Demais, as alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 43.º da LPD criminalizam, com pena de prisão, quem intencionalmente incumpra o teor das autorizações.

Este resultado – uma entidade administrativa pronunciar-se, ainda que sem força vinculativa, num sentido que tenha como resultado a violação de uma autorização administrativa emitida por entidade administrativa distinta – impede os destinatários de antecipar por que padrão devem orientar as suas condutas, gerando forte insegurança jurídica.

IV. CONCLUSÃO

1. Com os fundamentos acima expostos, a CNPD entende que a LADA tem de ser desaplicada em matéria de acesso a dados pessoais de terceiros, não se alcançando outra solução, no caso concreto em apreço, que salvguarde as normas vigentes nesta matéria no ordenamento jurídico português, maxime as previstas no Direito da União Europeia e na CRP.
2. Entende, por isso, a CNPD que o regulamento de uma instituição do ensino superior que defina como de livre acesso a informação constante no registo pessoal do estudante por que aquela seja responsável viola a CRP, o Direito da União Europeia e a LPD, devendo por isso aquele regulamento ter-se por nulo e de não aplicação concreta.
3. O acesso por terceiros a dados pessoais de estudantes do ensino superior que constam dos registos da instituição de ensino – designadamente, dados de identificação civil e fiscal, dados de contacto, outra informação, tal como se está matriculado, ano em que se encontra ou esteve matriculado, quantas inscrições teve por disciplina, disciplinas em que mereceu reprovação ou obteve aprovação e respetiva classificação, se requereu e gozou de apoio social, informação de rendimentos e outra registada para a atribuição de apoio social, deficiências, atestados médicos – só poderá ocorrer nos termos da LPD, em conformidade com a CRP e o Direito da União Europeia.

Nestes termos, se apenas estiver em causa informação pessoal não sensível, haverá legitimidade para o acesso se houver consentimento (inequívoco, específico e livre) do estudante (cf. proémio do artigo 6.º da LPD), ou se tal acesso for necessário para prossecução de interesses legítimos do responsável pelo acesso (*in casu*, a Universidade) ou do terceiro a quem os dados sejam comunicados (*v.g.*, os pais do estudante maior de idade; jornalista), desde que não devam prevalecer os interesses ou os direitos, liberdades e garantias do titular dos dados (alínea f) do artigo 6.º da LPD).

Assim, não pode um terceiro aceder aos dados pessoais dos estudantes do ensino superior sem revelar ser titular de um interesse legítimo que reclame o acesso. E ainda assim, apenas se não deverem prevalecer os interesses e direitos, liberdades e garantias do titular dos dados (sendo também de considerar a circunstância de, num quadro de normalidade, os titulares dos dados estarem em condições de emitir a declaração de consentimento).

Se se pretender o acesso a dados sensíveis, determina o artigo 7.º da LPD que tal dependa do consentimento expreso, livre e específico do titular dos dados, com garantias de não discriminação.

4. Na prossecução das suas atribuições legais, mantém a CNPD vontade e disponibilidade para encontrar uma solução para as questões aqui suscitadas, manifestando abertura a qualquer forma de cooperação, quer no plano das relações interadministrativas, quer no plano normativo.

Todavia, não vê que, sem alteração do atual quadro legal, possa nesta fase tomar outra posição sobre esta matéria que não a acima exposta.

Lisboa, 22 de julho de 2014



Filipa Calvão (Presidente da CNPD)