

PARECER N.º 78/2014

I. Do Pedido

O Diretor-Geral de Política Externa do Ministério dos Negócios Estrangeiros solicitou à Comissão Nacional de Protecção de Dados (doravante, CNPD) parecer sobre a Convenção Europeia sobre o Acesso a Documentos Oficiais (Convenção n.º 205) do Conselho da Europa.

A CNPD é chamada a pronunciar-se nos termos do artigo 22.º, n.º 1, da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro – Lei de Protecção de Dados Pessoais (LPD) –, e emite parecer ao abrigo da competência prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 23.º do mesmo diploma legal.

II. Da Apreciação

A apreciação da CNPD restringe-se, naturalmente, às normas com relevância para a proteção de dados pessoais.

1. A Convenção delimita no artigo 1.º o âmbito subjetivo e objetivo da sua aplicação. No que ao âmbito objetivo diz respeito, cumpre notar que o conceito de documento oficial é apresentado com cariz amplo, tendo em vista garantir na maior medida possível a informação do público e o controlo pelos cidadãos da atividade pública.

Precisamente por se partir de um conceito amplo de documento oficial, e para se assegurar a imprescindível harmonização do princípio da transparência das autoridades públicas com direitos fundamentais e outros interesses, o direito de acesso aos documentos oficiais tem de ser restringido sempre que tal seja necessário para salvaguardar os interesses ou direitos protegidos nas ordens jurídicas dos Estados Partes.

Nessa medida, merece especial atenção o disposto no artigo 3.º da Convenção, que prevê restrições ao direito de acesso nos n.ºs 1 e 2 deste artigo.

Em primeiro lugar, sublinha-se a exigência de que as restrições ao direito de acesso, a serem consagradas pelas Partes, sejam previstas por lei com precisão e em observância do princípio da proporcionalidade.

Quanto aos interesses ou direitos que podem justificar a restrição do direito de acesso, assume relevo, no âmbito das atribuições da CNPD, o disposto na alínea f) do n.º 1 do artigo 3.º. Aí se preveem «privacy and other legitimate private interests».

Ora, a primeira dúvida prende-se com o emprego do conceito *privacy* neste contexto. Cumpre antes do mais advertir que este é um conceito novo, no contexto das Convenções do Conselho da Europa – não utilizado, aliás, na Convenção 108 do Conselho da Europa, de 28 de janeiro de 1981, para a proteção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de carácter pessoal. E mesmo na União Europeia continua a optar-se pela expressão dados pessoais – veja-se o artigo 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; a Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados; e a proposta de Regulamento relativo à proteção de dados pessoais, apresentada pela Comissão Europeia e que ainda está em discussão – COM (2012) 11 final –, onde aquela expressão nunca é utilizada no articulado em substituição do conceito de dados pessoais.

Acresce a dificuldade de tradução da expressão, dado que não há absoluta correspondência entre o conceito de privacidade e o conceito anglo-saxónico *privacy*.



A CNPD entende, por isso, não ser adequado no atual quadro jurídico europeu introduzir o conceito de *privacy*, por ser gerador de dúvidas quanto à sua interpretação, quando o conceito de dados pessoais é adequado e suficiente para assegurar a tutela da dignidade da pessoa humana nas suas vertentes de liberdade e identidade.

Por outro lado, importa notar que falta a indicação, entre os interesses a considerar no âmbito do n.º 1 do artigo 3.º, do sigilo profissional.

Na verdade, em certas áreas de atuação pública os agentes administrativos encontram-se vinculados, pela natureza da profissão que exercem, a sigilo profissional. O caso mais evidente é o dos profissionais de saúde, maxime, médicos e enfermeiros, que na ordem jurídica portuguesa, mas também seguramente nos ordenamentos jurídicos dos demais Estados Partes, se encontram vinculados a um dever de sigilo quanto à informação de saúde e à vida privada dos pacientes, o qual é considerado essencial pelos profissionais e pelas respetivas associações profissionais como garantia de transmissão da informação pelo paciente ao profissional e portanto como garantia de adequado diagnóstico e adequada prestação de cuidados de saúde.

Os valores aqui em causa são, pois, à partida valores prevalecentes sobre quaisquer outros, pelo que não podem deixar de ficar acautelados numa Convenção sobre acesso a documentos oficiais.

Poderia, é certo, considerar-se que os ficheiros clínicos não cabem no conceito de documento oficial. Mas, atento o carácter amplo da sua definição no n.º 2 do artigo 1.º, não fica afastada a possibilidade de naquele conceito se subsumirem os ficheiros clínicos¹. Nessa medida, importa prevenir os danos que de uma tal interpretação podem decorrer. Com efeito, não pode sem mais, *i.e.*, sem uma ponderação concreta

¹ Interpretação que mereceu acolhimento na Lei n.º 46/2007, de 24 de agosto, que estende expressamente o regime do acesso a documentos administrativos aos dados de saúde.

dos valores e interesses, o direito de acesso prevalecer e aniquilar em toda e qualquer situação o sigilo profissional.

Note-se que a eventual hipótese de se subsumir o sigilo profissional no conceito de *legitimate private interests* afigura-se muito forçada. Sobretudo porque o sigilo profissional não é fixado no interesse do profissional ou do titular dos dados pessoais, mas sim, antes do mais, no interesse público de saúde. Interesse público este que justifica, de resto, o reconhecimento por lei da natureza de pessoa coletiva pública às associações profissionais.

A CNPD entende por isso ser de consagrar, em alínea autónoma no n.º 1 do artigo 3.º, ou integrada na alínea f), o sigilo profissional como interesse que pode justificar a compressão do direito de acesso.

2. No artigo 4.º preveem-se garantias do exercício do direito de acesso. Proibindo-se no n.º 1 que se exija ao requerente do acesso a invocação de motivos para aceder ao documento.

Se, *prima facie*, se compreende a opção de não condicionar o exercício do direito de acesso, a verdade é que a previsão do n.º 1 deste artigo constitui um obstáculo, incontornável, à efetiva aplicação de outras normas da Convenção.

Com efeito, a derrogação às restrições, legalmente previstas, ao direito de acesso – que o n.º 2 do artigo 3.º da Convenção consagra – implica necessariamente uma ponderação do interesse subjacente ao acesso com o interesse que justificou em abstrato as restrições. Por outras palavras, só se pode falar de um interesse público prevalecente no acesso (*overriding public interest in disclosure*) se o interesse estiver identificado – e aqui não basta o interesse na transparência das atividades públicas. Necessário é especificar os motivos que revelam a necessidade de tal acesso.

Do mesmo modo, o disposto no artigo 5.º, n.º 5, //, da Convenção só pode ter aplicação se se conhecer de antemão a razão que justifica o pedido de acesso. Na verdade, não se alcança como se possa recusar o requerimento de acesso a um documento oficial por manifesta falta de razoabilidade do mesmo se não for invocado um qualquer interesse a motivar o referido requerimento.

É que uma tal faculdade (de recusa de acesso) supõe uma ponderação em concreto dos interesses envolvidos, e especificamente do interesse concreto e específico que está na base do pedido de acesso.

Assim, a CNPD recomenda uma nova redação do n.º 1 do artigo 4.º da Convenção, que preveja a possibilidade de a autoridade a quem é dirigido o requerimento exigir a identificação do interesse que motiva o pedido de acesso, sempre que em causa estejam interesses que, nos termos da lei nacional das Partes, possam justificar a restrição do direito de acesso.

3. Uma última observação merece o disposto no Artigo 10.º da Convenção. Aí se prevê a publicitação dos documentos oficiais por iniciativa da autoridade pública quando seja apropriado.

Todavia, seria de toda a conveniência que também aqui se salvaguardassem os interesses a que se refere o n.º 1 do artigo 3.º. Isto para tornar claro que esse juízo sobre a apropriação ou adequação da publicitação deve ser feito com a consideração e ponderação de todos os interesses envolvidos.

III. Conclusões

Com os fundamentos acima expostos, a CNPD entende que:

1. Não é adequado, no atual quadro jurídico europeu introduzir, o conceito de *privacy*, por ser gerador de dúvidas quanto à sua interpretação, quando o conceito de dados pessoais é apropriado e suficiente para assegurar a tutela dos interesses e valores em causa;
2. É de consagrar, em alínea autónoma no n.º 1 do artigo 3.º, ou integrada na alínea f) deste número, o sigilo profissional como interesse que pode justificar a compressão do direito de acesso;
3. O n.º 1 do artigo 4.º deve prever a possibilidade de a autoridade a quem é dirigido o requerimento exigir a identificação do interesse que motiva o pedido de acesso, sempre que em causa estejam interesses que, nos termos da lei nacional das Partes, possam justificar a restrição do direito de acesso;
4. No Artigo 10.º, devem ser expressamente salvaguardados os interesses a que se refere o n.º 1 do artigo 3.º, como limite à publicitação dos documentos oficiais por iniciativa da autoridade pública.

É este o nosso parecer.

Lisboa, 18 de novembro de 2014



Filipa Calvão (Presidente)