

Secção Autónoma de Direito

*“Acesso a dados pessoais de saúde contidos em ficheiros dos hospitais
públicos: ponderação entre o direito de acesso à informação e aos
documentos administrativos e o direito à protecção de dados pessoais:
quem e como decide?”*

Eduardo Manuel Castro Guimarães de Carvalho Campos

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de

Mestre em Novas Fronteiras do Direito

(Direito da Sociedade da Informação)

Orientadora:
Professora Doutora Maria Eduarda Gonçalves, Professora Catedrática,
ISCTE-IUL

Setembro, 2009

Dissertação de Mestrado em Novas Fronteiras do Direito

“Acesso a dados pessoais de saúde contidos em ficheiros dos hospitais públicos: ponderação entre o direito de acesso à informação e a documentos administrativos e o direito à protecção de dados pessoais: quem e como decide?”

Resumo:

A Sociedade da Informação é o contexto onde surgem dois direitos fundamentais “novos”, dois direitos fundamentais de 3ª Geração: o direito de acesso à informação e aos documentos administrativos e o direito à protecção de dados pessoais. Estes dois direitos têm uma dinâmica e uma tendência opostas: o primeiro, um sentido de disponibilização da informação; o segundo, um sentido de indisponibilidade da informação.

Os dados pessoais (ou a informação, se se quiser) de saúde integram o núcleo mais íntimo da vida das pessoas e são matéria sigilosa que obriga ao dever de segredo, por isso, são dados pessoais considerados sensíveis que reclamam maiores limites ao acesso e ao seu conhecimento por terceiros. Mas estes dados pessoais de saúde encontram-se contidos em ficheiros públicos, abrangidos pelo regime aplicável ao sistema administrativo de saúde, impondo-se-lhes um regime de transparência.

Esta nova matéria no campo dos direitos fundamentais originou o surgimento de entidades novas para garantia dos cidadãos e regulação de sectores e áreas de conhecimento, de tecnologia e de actividade. Os dois exemplos das matrizes europeias anglo-saxónica e continental, constituídos pelo Reino Unido (ICO) e pela França (CADA e CNIL), bem como o EDPS – Supervisor Europeu de Dados Pessoais – e o Grupo de Trabalho do Artigo 29º para a matéria de tratamento de dados pessoais (Directiva 95/46, de 24 de Outubro), foram visitados e trouxeram ensinamentos para a perspectiva com que se olhou o caso português.

O modelo seguido em Portugal foi o da França, com a CADA e a CNPD. Porém, a coexistência das diferentes Leis de Acesso aos Documentos Administrativos (LADA) e Leis de Protecção de Dados Pessoais (LPD) e as correspondentes posições da CADA

e da CNPD, com frequência, trouxeram decisões discrepantes e contraditórias, quer na orientação, quer no conteúdo. O problema existe mesmo ao nível das competências das duas entidades, havendo um conflito positivo de competências entre as duas entidades há cerca de dez anos.

As diferentes alterações à LADA estudadas permitem concluir que o legislador intencional, especificada e expressamente atribuiu a competência à CADA para decidir dos pedidos de acesso a informação e documentação de saúde e, por outro lado, os ensinamentos tirados permitem propor que a CADA encete um programa de construção e consolidação do regime de acesso que ofereça estabilidade e elevada ponderação nos inúmeros pedidos de acesso a ficheiros clínicos detidos pelas unidades do Sistema Nacional de Saúde.

Palavras-chave: “sociedade da informação”, “direito à informação”, “direito à protecção de dados pessoais”, “direito de acesso aos documentos administrativos”, “dados pessoais de saúde”, “ficheiros clínicos”, “CADA – Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos”, “CNPD – Comissão Nacional de Protecção de Dados”

Dissertation in the master's New Frontiers of Law

“Disclosure of health personal data registered in public hospitals files: balancing the freedom of information over public documents and the right to personal data protection: who and to decide?”

Abstract:

Information Society is the context where arise two “new” fundamental rights, two fundamental rights of 3th Generation: the freedom of information on public documents and the right to personal data protection. These two rights have opposite's dynamic and tendency: the first, aims to disclose the information and the documents; the second, aims to close information and the documents.

Health personal data (or information) belong to the heart and the inner of persons and is a secret issue that imposes a duty of secrecy, therefore, health personal data are sensitive data that require more restrictions to the knowledge by third persons. But, in the other hand, these health personal data are registered in public files, touched by a regimen applicable to the healthy public system that prescribes transparency.

This new area in the field of fundamental rights leded the arising of new entities in order to assure the guaranties of citizens and to regulate these sectors and areas of the knowledge, technology and activity. The two examples of the European wombs, anglo-saxons and continental, taken from United Kingdom (ICO) and by France (CADA and CNIL), as well as from EDPS – European Data protection Supervisor – and from Article 29 Working Party for personal data processing issues (Directive 95/46, of October 26 of the Parliament and the Council) were visited and brought some instructions for the perspective of Portuguese case.

Portugal followed the French model with CADA (Portuguese Freedom of Information Agency) and CNPD (Portuguese Data Protection Authority). However, the coexistence of different Freedom of Information Acts and Data protection Act and the respective positions of CADA and CNPD often produced decisions that are discrepant and contradictories, as in the sense, as in content and in the results. The problem exists

even at the level of the making compatible and sharing legal capacities and tasks between both entities, in which there is a positive conflict between them for about the last ten years.

Different changes in Portuguese Freedom of Information Act that were studied allow to realize that legislator wanted specifically and expressly to charge CADA with the task of decision on requests for disclosure of health personal data, health information and documentation hold by public hospitals and, by other side, the knowledge's taken from the comparative experiences allow to propose to CADA to start a program of building and strengthening a regime of health personal data disclosure that protects personal data and offers stability, giving an high level of balancing in the innumerous requests for disclosure information and documents that are hold by health units of National Health System.

Key words: “Information Society”, “freedom of information”, “right to personal data protection“, “disclosure of public information and documents”, “health personal data”, “health files”, “CADA – Portuguese Freedom of Information Agency”, “CNPD – Portuguese Data Protection Authority”

INDICE

Introdução -----	1
1. A Sociedade da Informação -----	7
2. Os direitos fundamentais de “3ª Geração” -----	14
3. O direito de acesso aos documentos administrativos -----	16
3.1. O direito de acesso aos documentos administrativos na Europa -----	18
3.2. O direito de acesso aos documentos administrativos em Portugal -----	19
3.3. Notas finais sobre o regime do direito de acesso aos documentos administrativos -----	24
4. O direito à protecção dos dados pessoais -----	26
4.1. Protecção de dados pessoais e “ <i>Privacy</i> ” -----	26
4.2. O direito à protecção de dados pessoais na Europa -----	29
4.3. O direito à protecção de dados pessoais em Portugal -----	35
4.4. Os diferentes “acessos” e os diferentes “direitos de acesso” -----	41
5. Os dados pessoais sensíveis, os dados pessoais de saúde e seu regime: o sigilo médico -----	43
5.1. O artigo 7º da LPD -----	43
5.2. A Lei 12/2005, de 26 de Janeiro: lei sobre a informação de saúde -----	46
6. Alguns testemunhos europeus: as posições do EDPS – Supervisor Europeu de Protecção de Dados – e do Grupo de Trabalho do Artigo 29º, do ICO do Reino Unido e da CADA e CNIL de França -----	52

6.1. O tratamento e acesso a dados pessoais sensíveis na União Europeia: o Supervisor Europeu de Protecção de Dados (EDPS) e o Grupo de Trabalho do Artigo 29º (Artigo 29º) -----	53
6.1.1. O EDPS – <i>European Data Protection Supervisor</i> -----	53
6.1.2. O Artigo 29º (Grupo de Trabalho criado pelo Artigo 29º da Directiva 95/46, do parlamento e do Conselho, de 24 de Outubro de 1996, para acompanhamento e avaliação das matérias de protecção de dados no seio da União Europeia) -----	55
6.2 O ICO – <i>Information Commissioner’s Office</i> – do Reino Unido -----	57
6.3 A CADA (<i>Commission de l’Accès aux Documents Administratifs</i>) e a CNIL (<i>Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés</i>) -----	61
6.3.1. A CADA francesa -----	62
6.3.2 A CNIL -----	63
6.4 Síntese das posições anteriores comparadas -----	65
7. As Autoridades Administrativas Independentes: a CADA e a CNPD -----	67
7.1 As Autoridades Administrativas Independentes: breve alusão histórica e à sua natureza -----	67
7. 2 A CADA – Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos -----	71
7.3 A CNPD – Comissão Nacional de Protecção de Dados -----	72
8. O problema e o debate -----	74
8.1. O problema -----	74
8.2. O debate -----	77

8.3. A evolução da LADA: a alteração da Lei 65/93, de 26 de Agosto	
pela Lei 94/99, de 16 de Julho: breve análise -----	81
8.4. O debate continuou... -----	84
8.5. A entrada em vigor da actual LADA em 2007 e a continuação	
do debate -----	87
9. Uma conclusão e o debate continua... -----	95
9.1 A conclusão -----	95
9.2 As sugestões para o debate -----	96
10. Conclusão única e proposta única -----	101
10.1 Conclusão única -----	101
10.2 Proposta única -----	101

Introdução

Vivemos numa “*Idade Média enfeitada*” (Bono, 1976) ou já no “*Admirável Mundo Novo*” de Aldous Huxley? A Sociedade da Informação é um segmento de recta da história da sociedade humana que ainda recentemente iniciou o seu trajecto e ainda não se vislumbra o seu termo e na qual se potenciam os riscos e, com eles, os desequilíbrios, as iniquidades, as desigualdades e as arbitrariedades entre as pessoas e entre estas e os poderes, ou, antes, é uma parte do percurso social onde se geram oportunidades, onde cresce a esperança e onde se solidifica a confiança (Gonçalves, 2003)? A relação entre o indivíduo e o Estado mudou, na transição da moderna Sociedade Industrial para a pós-moderna Sociedade da Informação, mas esta passagem significa uma era de emancipação ou de dominação do indivíduo na sua relação face ao Estado? A Sociedade da Informação é realmente a “*oportunidade histórica de realização de direitos de cidadania, designadamente da liberdade de expressão e de informação*” (Gonçalves, 2003c)? O indivíduo sai reforçado no seu “*Empowerment*” (Friedmann, 1996) ou aparece submetido e comprimido pelos novos mecanismos e tecnologias informacionais (Gonçalves, 2003)?

À mudança de estádio da sociedade e à evolução da relação do indivíduo com o Estado corresponde também uma mudança de conteúdo significativa das liberdades públicas: as liberdades públicas individuais são, não apenas o direito de não-ingerência e de actuação dentro de limites individuais ordenados pela sociedade, mas também e cada vez mais o poder, a autonomia e a autodeterminação do indivíduo, da pessoa concreta (Rivero, Moutouh, 2003), a sua capacidade de reivindicar o cumprimento e a obediência à lei que o próprio criou (Rawls, 2003) (Bobbio, 1992). Numa sociedade que não é democrática sem o respeito pelas liberdades públicas e pelos direitos fundamentais, e que não é democrática sem o pendor participativo, a dotação do indivíduo, da pessoa humana concreta, com os meios de reforço das suas competências, potencialidades e argumentos para a actuação nas esferas política, social e económica é condição de realização da sociedade democrática (Friedmann, 1996).

De facto, a Sociedade da Informação trouxe com ela “*conflitos*” que incontornavelmente se colocarão entre direitos e liberdades, nomeadamente entre

direitos de informação – direito de ser informado e direito de informar: “*a liberdade de informação tem sido definida como a mãe de dois direitos: de informar e de ser informado*” (Paesani, 2000) – e protecção da vida privada (Gonçalves, 2003). Estes conflitos são incontornáveis: os valores insertos nos direitos fundamentais, seja qual for a teoria de aproximação que se adopte, são antinómicos, não se realizam todos ao mesmo tempo, com igual intensidade e grau de concretização, antes se concretizam por um jogo de cedências recíprocas entre os direitos fundamentais concorrentes ou conflituantes (Bobbio, 1992). Esta tensão reflecte a dinâmica de dois direitos fundamentais de “3ª geração” (Bobbio; 1992) surgidos na e pela Sociedade da Informação: o direito de acesso aos documentos administrativos, enquanto direito fundamental que beneficia de um regime análogo aos direitos, liberdades e garantias por força do artigo 17º da Constituição da República Portuguesa (CRP) (Canotilho, 1991), e o direito à protecção dos dados pessoais, no caso português, inscrito no artigo 35º da CRP. Dois direitos com movimentos de concretização das liberdades públicas que se opõem: o primeiro, com uma dinâmica de abertura da informação existente no sector de actividade do Estado, como meio de reforçar o poder das pessoas e como modo de conduzir a actuação do Estado no sentido da publicidade e transparência, em direcção ao mérito e ao aperfeiçoamento da sua actividade; o segundo, com movimentos de concretização no sentido da clausura da informação atinente às pessoas concretas, físicas, em ordem à protecção da sua privacidade e ao reforço da sua autonomia e autodeterminação no que concerne à informação que lhe respeita.

Partindo desta ambivalência que sempre pode ser encontrada na Sociedade da Informação, a que oscila entre as teorias do enaltecimento das novas tecnologias e as teorias que advertem para o surgimento de riscos inerentes a esta nova era da sociedade (Gonçalves, 2003b) (Gonçalves, 2004), neste estudo sai-se do plano global que é sugerido pela abrangência planetária das tecnologias de informação e circunscreve-se espacial e sectorialmente o nosso estudo às fronteiras do ordenamento jurídico português. É certo que “*a geografia do direito está em mudança*” (Gonçalves, Guibentif, 2008); mas perante a mudança operada pela europeização do direito, nomeadamente através da “importação” de regulações comunitárias e, antes desta, pela entrada de Portugal no clube dos países subscritores da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a realidade ontológica constituída pelos factos e fenómenos que acontecem no território português, protagonizados por pessoas e instituições que aqui se

encontram e à luz das normas, regras e práticas locais nacionais, não deixam de constituir uma unidade fenomenológica e científica. Não fechando as portas aos instrumentos normativos e científicos europeus e internacionais, antes colhendo deles os ensinamentos e experiências que possam enriquecer a nossa realidade, o presente estudo visa reflectir sobre uma área onde a Sociedade da Informação (quer do lado das potencialidades, quer do lado dos riscos) reflecte nitidamente a sua novidade: o acesso à informação (documentos e registos administrativos existentes nas unidades do Sistema Nacional de Saúde) sobre a saúde das pessoas e o modo de garantia institucional deste direito.

Este o tópico central deste estudo: o regime de acesso a informação de saúde enquanto momento de tensão entre o direito-liberdade de informação (direito de acesso á informação existente no sector do Estado) e o direito-liberdade à protecção da privacidade e à protecção dos dados pessoais, tensão que recai nos documentos de saúde ou ficheiros clínicos. Esta tensão mostra aqueles novos conflitos que surgiram com evidência na Sociedade da Informação e fá-lo com alguma profundidade: é uma tensão que aparece contextualizada no aparecimento de novos direitos fundamentais e de novas liberdades públicas, uma tensão entre direitos fundamentais, de igual valor e peso, regulada por instrumentos normativos europeus e comunitários, por um lado, e nacionais, por outro, que reclamou os mais recentes meios de garantias institucionais conhecidos na Administração Pública, as entidades administrativas independentes. De facto, o objecto desta dissertação tenta enquadrar-se no problema fundamental dos direitos fundamentais de hoje, que *“não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”* (Bobbio, 1992).

No primeiro capítulo não se resiste a apresentar de forma meramente “impressionista” a Sociedade da Informação, afinal de contas, a sociedade global contemporânea onde Portugal se situa e onde o conflito surge. Não se tratando de uma dissertação em Sociologia ou Ciência Política, o quadro que se traçará procurará salientar os aspectos que conferem maior significado ao conflito entre direitos e entre liberdades, entre o direito fundamental de acesso à informação e aos documentos administrativos no que concerne ao acesso á informação clínica existente nos ficheiros administrativos detidos pelas unidades do sistema nacional de saúde, por um lado, e o

direito à protecção da privacidade e dos dados pessoais dos titulares dessa informação, por outro.

No segundo capítulo observa-se o surgimento de novos direitos fundamentais, os direitos fundamentais de 3ª Geração, acompanhando-se a evolução da sociedade da era Industrial para a Informacional e verificando a evolução da relação do indivíduo face ao Estado, nomeadamente, quanto ao conteúdo das liberdades públicas.

No terceiro capítulo, depois de se ter seleccionado dentre estes direitos fundamentais de 3ª Geração os dois direitos aqui estudados, apresenta-se o primeiro deles: o direito de acesso aos documentos administrativos. Será examinado o regime geral deste direito mas com dispensa da descrição de todos os seus aspectos, pois dá-se como adquirido e compreendido o quadro legal deste direito.

O mesmo se fará no quarto capítulo, desta vez em relação ao direito à protecção de dados pessoais. Um exame deste segundo direito fundamental de 3ª Geração será sumariamente feito, sem preocupações dogmáticas nem de completude dos seus aspectos, apenas o suficiente para se prosseguir no objecto desta dissertação.

Quanto a estes dois direitos trazidos nestes dois capítulos e que se verifica estarem em confronto, avançar-se-á para a formulação e descrição dos seus aspectos, pois a descrição ou exame detalhados dos dois direitos com os detalhes conceptuais e regulamentares conhecidos, quer no âmbito nacional, quer nos âmbitos europeus e comunitários, como se exigia, era tarefa que extravasava os limites deste trabalho. Limita-se, então, à exposição dos fundamentos, dos valores e bens destes dois direitos fundamentais. De qualquer modo, em relação a ambos estes direitos, tentar-se-á trazer as perspectivas europeias e nacionais, com uma ligeira alusão aos diferentes paradigmas entre a Europa e os Estados Unidos da América.

No quinto capítulo sublinhar-se-á a especial característica dos dados pessoais de saúde, que não dados genéticos – estes saem fora da economia desta dissertação –, por ser imprescindível à racionalidade do estudo. As leis que se lhes referem, os regimes especiais atinentes ao sigilo, à propriedade da informação, ao direito fundamental social à saúde, todos estes temas são levemente abordados neste capítulo, procurando aspectos e ensinamentos no contexto europeu, sempre com referência ao estudo desenvolvido nesta dissertação. Buscar-se-á, então, algum significado adicional para os dados

personais de saúde no regime do sigilo médico, do segredo profissional e do dever de confidencialidade. Para além de se tratar de dados pessoais, ademais sensíveis como o são os de saúde, a informação clínica das pessoas recebe, desde tempos imemorráveis, a protecção decorrente do sigilo médico, que se encontra consagrada em diversos diplomas legais. Fazer uma breve indagação sobre estes diplomas e sobre o significado e fundamento do regime de sigilo mostrou-se de grande importância para aferir da consistência dos valores e bens em presença e para procurar a proximidade à optimização dos valores e bens constitucionais nas soluções a dar ao conflito inicial entre os ditos direitos fundamentais.

No sexto capítulo, pesquisar-se-ão algumas soluções comparativas no seio da União Europeia. Na verdade, os regimes de acesso à informação e documentação administrativa e o de protecção de dados pessoais encontram as suas fontes no direito europeu e comunitário, pelo que a indagação de outras soluções no âmbito da União Europeia parece ser bastante útil para o objectivo do trabalho. Na selecção das soluções averiguadas procurou-se ir de encontro a duas inquietações: a primeira, que o trabalho não se resumisse a remeter ou copiar as soluções concretas das entidades administrativas europeias congéneres à CADA e à CNPD, antes ousasse colher essas soluções e interpretá-las de modo a poder encontrar contributos para o propósito anunciado: o de participar na superação do conflito entre os dois direitos fundamentais. A segunda preocupação, a de espelhar decisões de diferentes configurações institucionais das entidades que garantem estes direitos fundamentais. De facto, a selecção recaiu nas decisões de entidades de dois países: do *ICO – Information Commissioner’s Office* da Grã-Bretanha; e da *CADA – Commission d’Accès aux Documents Administratifs* e *CNIL – Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés* –, ambas francesas. No caso inglês, trata-se de um país onde existe o *Data Protection Act* e o *Freedom of Information Act*, correspondentes às nossas leis de protecção de dados e leis de acesso à informação e documentos administrativos, mas em que apenas existe uma entidade que tutela os dois direitos fundamentais; no segundo caso, o francês, similar ao nosso, existe uma lei de acesso aos documentos administrativos e uma lei de protecção de dados pessoais e cada um destes direitos fundamentais conta com a sua entidade de garantia. Estes exemplos dos dois países

também são os melhores transmissores dos dois grandes modelos existentes, como veremos: o anglo-saxão e norte-americano e o europeu continental.

No sétimo capítulo, dar-se-á conta do surgimento das entidades administrativas independentes como meios institucionais de garantia dos novos direitos fundamentais. Em Portugal, foi a criação de duas entidades administrativas independentes para a tutela da efectivação destes dois direitos fundamentais um exemplo da importação desta nova configuração administrativa: a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA) e a Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPD). Uma breve incursão pela natureza e função deste tipo de entidades levará directamente á apresentação destas duas comissões e à descrição dos seus aspectos legais mais importantes.

No oitavo capítulo, sem preocupações de exaustão, apresentar-se-á o conflito inicial entre os dois direitos fundamentais em presença. Assente no patamar comum às duas comissões no que toca ao conceito de documentos ou dados nominativos (CADA) e dados pessoais sensíveis (CNPD), a demonstração da tensão e conflito entre os dois direitos fundamentais justificará o objectivo deste estudo – o de relevar essa contradição e contribuir para a sua superação. A par do conflito, também o debate surgido à volta desta tensão será reproduzido, nos seus traços mais significativos, para evidência do problema sobre o qual a dissertação se debruça. Para além do problema e do debate, neste capítulo acompanha-se a evolução legislativa da LADA, desde 1993 a 2007, passando pela versão de 1999, apenas quanto às alterações e continuidades pertinentes para este estudo.

No nono capítulo já é permitido tirar uma conclusão que se crê segura sobre o problema institucional, sobre o conflito positivo de competências entre a CADA e a CNPD, e deixam-se ficar elementos de reflexão e contributos para a inevitável continuação do debate no sentido do preenchimento dos conteúdos decisórios a tomar pela CADA.

Finalmente, no décimo capítulo formula-se a conclusão única atrás extraída e formula-se uma proposta única que reúna estas reflexões e contributos.

Assim será o plano deste trabalho.

1. A Sociedade da Informação

Há um mundo novo, uma sociedade nova, uma nova etapa da sociedade humana: a Sociedade da Informação. Depois da moderna era industrial iniciada pelas revoluções do século dezoito, desenvolvida pelas convicções liberais do século dezanove e aprofundada pelas aquisições sociais do pós-guerra do século vinte, chegou uma era pós-moderna cujo modelo apresenta características e marcas que a apelidam de Sociedade da Informação, pois *“a sociedade contemporânea é marcada profundamente pelo progresso e utilização das ciências e tecnologias, em particular das tecnologias da informação e da comunicação”* (Gonçalves, 2003). E a contemporânea Sociedade da Informação significa incontornavelmente uma *“economia da informação ou do imaterial”* e do conhecimento, na qual se incluem as tecnologias da informação e comunicação – em especial, o computador – que se reflectem sobre todos os aspectos da Informação e sobre todas as áreas de relevo (Gonçalves, 2003). Na verdade, se existe um traço marcante no mundo novo em que se vive, se existe algo que operou a passagem da era industrial para a era informacional, esse traço foi gizado pela informática e pela Internet e pelos seus impactes na Informação e nas pessoas. Os desenvolvimentos das Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) formataram a nova Sociedade da Informação, conferiram um valor económico e social à Informação e determinaram o relevo da Informação no surgimento de conflitos de direitos e de desigualdades entre as pessoas (Miles, 1996).

A Informação é, então, *“um recurso central da economia e da sociedade”* (Gonçalves, 2003). A nova Sociedade da Informação tem também um novo modelo de desenvolvimento, o *“informacionalismo”*, *“o capitalismo informacional”* (Castells, 2002). A Informação é, portanto, um bem económico; a liberdade de informação é, enquanto formulação passiva de *“liberdade a informar-se, de obter a informação existente”*, um direito que positivamente pressupõe a disponibilidade dessa informação. Mas agora é mais: é um direito a que corresponde mais do que a informação disponível: corresponde a obrigação de produzir e dispor informação (Gonçalves, 2003c).

Serão estes dois traços que paralelamente correm na Sociedade da Informação: a centralidade da Informação na nova organização económica e social; e a generalização da utilização da informática e da Internet no processamento da Informação.

Por um lado, a Informação que respeita a cada pessoa humana tem um valor económico e social que pertence ao seu titular. A propriedade imaterial já não é apenas a propriedade intelectual da obra e do talento, estende-se a outros bens imateriais que até agora pertenciam á esfera da informação disponível: “*dados, informação, conhecimentos*”(Gonçalves, 2003c). Existe todo um universo informacional que se refere a cada pessoa concreta e que representa um valor económico e social, efectivamente mensurável ou simbólico (Castells, 2002). Existe todo um sector de actividade sobre esse universo informacional, com relevo económico directo sobre o indivíduo “proprietário” dessa informação e com estrutura que começa a ganhar dedicação no tecido organizativo e empresarial do Estado e da Sociedade. A realidade quotidiana das pessoas concretas ilustra bem o ambiente da Sociedade da Informação que pressiona a informação relativa aos sujeitos, com implicações inegáveis na sua liberdade e autonomia, na sua vivência pessoal, familiar, profissional e social. Efectivamente, os cidadãos vêem a informação que lhes respeita, agora também os dados pessoais (nomeadamente, os dados pessoais sensíveis elencados no nº 1 do artigo 7º da LPD – nomeadamente os aqui tratados dados pessoais de saúde) que lhes pertencem, tratados, de forma sistemática e generalizada, quer com maior ou menor pulverização de entidades públicas e privadas, quer com maior ou menor concentração e utilização da informação: *i)* Nas bases de dados da Administração da Justiça e da Administração Interna, no seio dos diversos registos das Conservatórias, Registos, Repartições, Direcções-Gerais e Regionais, nas autarquias locais e nas empresas municipais, nas entidades concessionárias e empresas de serviços de interesse geral, nas entidades privadas de telecomunicações, nas bases de dados de clientes e utentes, nos Tribunais e nas forças de segurança – órgãos de polícia criminal e administrativa; *ii)* Na actividade da segurança privada, através da utilização massiva da videovigilância nos ambientes privados, quer na actividade de policiamento de espaços públicos e na circulação rodoviária, ferroviária, portuária e aeroportuária; *iii)* No tratamento cruzado de tecnologias para a definição de perfis e análise comportamental e de personalidade; *iv)* No âmbito da Administração Fiscal, da Segurança Social e no seio dos subsistemas

de comparticipação, em que as comunicações e interconexões de dados com diversas entidades públicas e privadas são frequentes; v) No âmbito das entidades empregadoras e nos locais de trabalho, a utilização de meios de videovigilância, o controlo da utilização de telefones e telemóveis, e-mails e Internet, a monitorização espacial de veículos, a sujeição aos testes, exames meios complementares de diagnóstico feitos no âmbito da medicina do trabalho; vi) No âmbito do Sistema Nacional de Saúde e das unidades privadas de prestação de cuidados de saúde, nos quais são insatisfatórias as condições de segurança e confidencialidade da informação aí tratada; ¹ vii) Nas bases de dados detidas por entidades públicas e privadas para fins clínicos, terapêuticos e médicos variados, desde a procriação medicamente assistida até aos biobancos para análise de ADN; viii) Na actividade seguradora, nomeadamente no nos seguros de saúde, de trabalho e do ramo Vida;² ix) No âmbito da actividade bancária, financeira e creditícia, bem como das empresas de recolha, análise e comunicação de informação económica e de solvabilidade; x) No desenvolvimento das diversas actividades económicas e sociais, onde pode haver na pessoa humana concreta um *trade off* entre a competitividade do cliente e a protecção do consumidor e entre o direito do utente e o dever do administrado, em que a Informação é um “*trunfo*” da pessoa humana concreta para maximizar as suas potencialidades, quer as inerentes ao exercício da sua cidadania, quer as inerentes à sua existência social e económica activa.³

De facto e quanto à massificação e generalização das TICs, os últimos 25 anos do século XX ficaram marcados pelo aparecimento da informática. Inicialmente como instrumento de mero armazenamento de informação, acabou por demonstrar uma combinação entre rapidez e capacidade até então inimaginável e rapidamente se tornou num instrumento de realização de operações de cálculo e de cruzamento de informação armazenada, terminando como instrumento de comunicação. A informática e a Internet mudaram as noções de espaço-tempo e, “*ironia do destino*” (Gonçalves, 2003c), por vezes a História conta-se por paradoxos: a Internet nasceu de um projecto de Defesa que pretendia criar uma rede de comunicação hermética e imune a ataques externos, quer às intrusões de espionagem, quer às ofensivas de destruição de linhas de comunicação, e

¹ Ver Relatório da CNPD da Auditoria ao Tratamento da Informação de Saúde nos Hospitais, disponível em www.cnpd.pt/bin/Relatorios/outros/Relatorio_final.pdf

² Ver Deliberação da CNPD nº 51/2001 e 72/2006.

³ Ver, Parecer da Comissão Nacional de Protecção de Dados nº 18/2007.

acabou por inaugurar uma era onde a busca, partilha e divulgação de informação, por diversos meios tecnológicos, parece não ter limite dentro da escala global. A eliminação de distâncias na comunicação e a difusão da realidade em tempo real, tornando global o mais remoto fenómeno local e trazendo à “superfície” local o mais global dos acontecimentos, foi uma transformação que mudou o mundo. E mudou pela capacidade inumana de tratar a informação: recolher informação, registar, organizar, manter e conservar a informação recolhida, analisar, adaptar e transformar a informação e adaptá-la às diversas finalidades, comunicar e difundir, cruzar e disponibilizar a informação por acesso directo ou indirecto, todas estas operações são agora possíveis realizar com uma relativa facilidade de meios tecnológicos e financeiros. A actividade económica assente na Informação ganhou lugar nos sectores de actividade e atingiu um nível de global de generalização.

Ao mesmo tempo, a Sociedade da Informação tem outros componentes que derivam da continuidade da era industrial e acabam por se revelar determinantes no papel que a Informação desempenha na sociedade e nos indivíduos. De forma meramente indicativa, a terciarização da economia, o afluxo populacional nas metrópoles urbanas, a contracção da família alargada para a família nuclear, a ocupação de todos os elementos da família nas actividades profissionais, a organização do trabalho cada vez mais exigente e absorvente, a competitividade e a omnipresença dos compromissos profissionais, o prolongamento do cumprimento das obrigações laborais pelo espaço-tempo familiar e lúdico, a desmassificação da sociedade pela desagregação dos movimentos colectivos – desde os espontâneos grupos até às instituídas associações, o acesso directo e imediato dos indivíduos à informação, a democratização da instrução e a generalização da informação, a possibilidade de exercício individual de direitos/deveres e o surgimento de novas formas individuais de participação cívica e política, todos estes elementos reequacionam as relações entre os indivíduos, a sociedade e o(s) poder(es) (Castells, 2002).

Facilmente se compreende que a informática – especialmente a Internet – tem um papel crucial nesta ambivalência: por um lado, os indivíduos saem reforçados porque têm fácil, directo e imediato acesso à informação de todos os domínios e de todos os lados do planeta; por outro lado, os indivíduos encontram-se desenraizados, isolados e absorvidos pelas tensões provocadas por todas as provações e

competitividades das suas vidas, ou seja, influenciáveis, vulneráveis e fragilizados perante o mundo que os rodeia e pressionados por via da informação que lhes respeita.

A informática e a Internet são hoje os circuitos onde os indivíduos são colocados e nos quais estes acedem à informação. A informática trouxe uma panóplia de potencialidades e facilidades que representam uma infinidade de oportunidades novas para os indivíduos, mas também um não menos extenso rol de riscos, subjectivos e objectivos, quer para os mesmos indivíduos, quer para a sociedade ordenada.

Essas oportunidades repercutem-se no direito à informação de forma verdadeiramente revolucionária, pois permitem aos indivíduos aceder directa e imediatamente à quase totalidade da informação de quase todos os sectores da vida humana.

No que toca à privacidade, a informática e a Internet acarretaram sérios riscos, riscos imponderados e incalculados, quer pela capacidade de armazenamento de dados e de informação pessoais, quer pela viabilidade de cruzamento e interconexão de dados e informações pessoais, quer ainda pela possibilidade ilimitada de acesso, divulgação ou difusão de dados e informações.

Está posto, por conseguinte, um problema de novo perfil acerca da protecção constitucional destes direitos. Os tribunais constitucionais, nomeadamente o Tribunal Constitucional Português, fazem apelo sempre unânime a um teste de proporcionalidade com o fim de demarcar os limites dos direitos de reserva e é neste campo que a teoria dos direitos constitucionais de Robert Alexy desenvolve um conceito compreensivo, onde a optimização das faculdades cidadãs jogam na estrutura aberta a um balanceamento, aceite por Kai Möller como regra de ouro hermenêutica (Möller, 2007). Seguindo este último autor, a jurisprudência constitucional contemporânea sugere que emerge em tensão a autonomia pessoal baseada nos direitos fundamentais, incrementados como directivas de bom viver uma vida autónoma, muito mais do que como correias do Estado. Neste sentido, a concepção jurídica dos interesses protegidos que o autor propõe argui a possibilidade de se inserirem no controlo de certos domínios da vida particular do beneficiário e oferece uma escala a partir da qual a importância da viabilidade desses interesses pode ser estabelecida. Partiu de ter concluído que a mais matizada das conclusões de Alexy é a de todos os direitos constitucionais, em matéria

de estrutura, serem compostos necessariamente de normas balanceadas, para permitirem inovações substanciais e desafios futuros.

Alexy com efeito, ao criticar a teoria de Dworkin, fundada na tábua de salvação dos *princípios jurídicos* para poder ser obtida uma única resposta correcta de aplicação do direito, propõe, pelo contrário, uma concepção fraca desta tese de uma única resposta correcta, recobrando o ensino de Dworkin com a teoria da argumentação jurídica, orientada de acordo com o conceito de razão prática.

Em suma, a polémica doutrinal entre Constituição como norma “aberta” e Constituição como “sistema material de valores” não pode ser confundida com a antiga polémica doutrinal entre um conceito *positivista* de Constituição e um conceito *principlista* de Constituição, entretanto superado. Hoje, a doutrina aceita maioritariamente o conteúdo teleológico da Constituição e das normas jus fundamentais (ideológico em sentido fraco e forte, segundo os casos) que entronca na distinção de Alexy entre *regras e princípios*, como elementos centrais das normas. A polémica doutrinal – Constituição como “norma aberta” e Constituição como “sistema material de valores” – vai de par com os paradigmas dominantes da ciência e da filosofia política: “democracia procedimental” (concepção mínima em Kelsen, Schumpeter ou Bobbio) e “democracia substantiva” conceitos que marcam a partir de plataformas metateóricas a teoria Constitucional e a teoria dos direitos fundamentais.

Foi na reacção à chamada tirania dos “valores”, ao “subjectivismo” e á “indeterminação” das fronteiras substantivas, onde autores diversos derem justamente início a um movimento intelectual que veio a cristalizar no conceito de Constituição norma aberta: não nos impõe, senão que permite, na forma de democracia pluralista, a realização de diversos cunhos ideológicos, empregando-se aqui o termo ideologia em sentido fraco.

Eis as conhecidas posições de J.Rawls, por exemplo, ou de P. Häberle (1974), este autor que se propôs ao programa de elaborar uma teoria constitucional sem Direito Natural sem implicar pôr de parte a possibilidade de uma ética jurídica fundamentada racionalmente.

Trata-se, então, de substituir os valores “materiais”, por valores “procedimentais”, valores próprios da democracia pluralista (“sociedades abertas” na terminologia de Popper: Popper, 1993).

Neste contexto, Alexy não opta, na verdade, por um programa de integração, pois se reconduz as normas jus fundamentais quer a uma constitucionalidade formal quer material, formula a questão da “legitimidade” sob a teoria da argumentação jurídica. Para Alexy, a *fundamentalidade-formal* reporta-se à relação entre a parte dogmática e a parte orgânica da Constituição ou da historicidade Constitucional e das formas políticas do Estado e do regime político do Estado. Em consequência, as normas jus fundamentais com um conteúdo teleológico produzem efeitos no sistema jurídico, efeitos de identificação dos conteúdos “impossíveis”, conteúdos “necessários”, que *materialmente* determinam um sistema jurídico, determinação material aberta, através de um procedimento de ponderação que conduz, por si próprio, á abertura do sistema jurídico e que gira em torno aos valores/princípios da dignidade, liberdade e igualdade.

Entretanto, “ a racionalidade” do discurso juridico depende “essencialmente” de saber se e em que medida as valorações aduzidas são racionalmente controláveis. Neste ponto há que fazer referencia às possibilidade de *distinguishing* e de *overruling*: os casos novos apresentam sempre novas características que podem ser utilizadas como motivos de diferenciação onde, como precedentes, as regras de decisão só possuem força vinculante *prima face* – pode renunciar-se a uma regra de decisão se se elevarem razões suficientes para isso (e por detrás dos sistemas das regras de decisão, certo é que os princípios conservam a sua validade).

De qualquer modo, “a insegurança do resultado no discurso jus fundamental conduz á necessidade de uma decisão jus fundamental dotada de autoridade” (Alexy, 1993). E tal decisão corresponde principalmente ao órgão de justiça constitucional, mas com a particularidade de ser a argumentação jus fundamental a peça chave da legitimidade forense.

É neste sentido que prosseguiremos prevenidos de uma solução para o problema da colisão/conciliação de direitos e sua incomensurabilidade.

2. Os direitos fundamentais de “3ª Geração”

De encarar a seguir a tão líquido, a Sociedade da Informação, para muitos o estágio actual da sociedade humana de modelo ocidental onde a informação existe em “*abundância comunicacional*” (Neveu, 1994), com as vertentes atrás levemente assinaladas, encontra a sua marca também no fenómeno da Globalização. O fluxo de capitais e a mobilidade e a contingência dos processos produtivos ao longo do planeta é um expoente da sociedade industrial que se expande na Sociedade da Informação. A Globalização “*é um processo policêntrico, que envolve vários domínios de actividade economia, política, tecnologia, militar, cultural, ambiental*” (Canotilho, 2008). É neste contexto e nestes domínios, também, que um significativo rol de direitos fundamentais “novos” e/ou com reformulação ou consagração recentes respeitantes a liberdades públicas individuais aparece na primeira linha da “democracia material”. Nesse rol, o direito fundamental à qualidade ambiental ganhou notoriedade com a pressão efectiva e simbólica da Questão Ambiental e Ecológica, tendo protagonizado durante algum tempo o debate sobre os “novos” direitos fundamentais. Mas os direitos ligados à Informação, enquanto direitos fundamentais com raiz e derivação directa dos direitos fundamentais civis (“*privacy*” e “*freedom of information*”), de fundação liberal – os que colocam e protegem o cidadão, indivíduo ou pessoa humana face ao Estado – têm-se mostrado de suprema importância. De facto, estes direitos prendem-se de muito perto, seguramente, com a protecção da esfera de realização pessoal, de identidade e de desenvolvimento da personalidade, da não-ingerência, da autonomia, da auto-determinação e da liberdade das pessoas. Esta raiz “individualista” liberal tem também uma carga simbólica essencial para a comunidade política, até porque, no caso dos direitos fundamentais ligados à Informação – pelo menos dos que aqui se estudam –, essa carga está acompanhada pelo relevo substantivo desses direitos para a sociedade democrática: “*Na realidade, enquanto a «democracia política» é um bem adquirido a defender, a democracia-participação é um bem a cultivar, isto é, a promover e a desenvolver*” (Canotilho, Moreira, 2007) Apesar disto, de novo parecendo que a História se conta, também, paradoxalmente, a Declaração saída da Cimeira de Tunes

sobre a Sociedade da Informação não contém qualquer declaração de princípio ou proposta de acção sobre a protecção da privacidade e sobre a protecção dos dados pessoais (Gentot, 2005) para além das referências gerais feitas ao “*clima de confiança*”, ao “*respeito pelos direitos humanos*”, ao “*respeito pelos direitos fundamentais*” ou ao “*respeito pelas liberdades*”.⁴

Mas é inegável o reconhecimento de “novos direitos fundamentais”, “liberdades de 3ª Linha” (Rivera, Moutouh, 2003) ou “Direitos Fundamentais de 3ª Geração” (Colliard, Letteron, 2005) que recebem, no contexto da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, um regime menos protector pelas restrições admitidas – por necessidades da sociedade democrática, por razões de segurança nacional, de manutenção da ordem, da saúde e da moral públicas ou por razões de protecção de direitos e liberdades de terceiros: são essas liberdades: a do direito à vida privada do artigo 8º; a liberdade de expressão do artigo 10º (com o sentido e alcance abaixo apontado); a liberdade de reunião e associação do artigo 11º e a liberdade de circulação do artigo 2º do Protocolo 4º, todas as normas da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Rivera, Moutouh, 2003). Outros direitos são lembrados como pertencendo a esta 3ª Geração: os direitos de solidariedade, o direito ao desenvolvimento sustentável, à paz internacional, ao ambiente protegido, à comunicação; mas também os direitos dos grupos humanos, das famílias, dos povos, das nações e da própria humanidade; e, ainda, os direitos à qualidade de vida, à promoção da saúde e benefício da medicina e da investigação científica, dos consumidores, à liberdade de informação ligada às novas tecnologias (Bobbio, 1992), à protecção dos dados pessoais e à autodeterminação informacional (Castro, 2004), os direitos de acesso aos documentos administrativos e à transparência da administração (Condesso, 1995).

Limitando-se este trabalho ao destaque destes dois últimos “novos” direitos fundamentais, pode encontrar-se alguma correspondência entre as vertentes da Sociedade da Informação “*policêntrica*” e o direito de acesso à informação e aos registos e documentos administrativos, enquanto manifestação da liberdade de expressão, por um lado, e o direito à protecção dos dados pessoais e à autodeterminação informacional, por outro. De facto, a centralidade da Informação para a autonomia e desenvolvimento das pessoas e para a construção a “*democracia-participação*” assente

⁴ Disponível em <http://www.itu.int/wsis/docs2/tunis/off/7-es.html>

na liberdade de expressão, de opinião e de informação e na transparência e confiança nos poderes (Menéndez, 1994) bem como o progresso e a global envolvimento da informática e das TICs e o seu impacto na autonomia e autodeterminação das pessoas em relação aos dados pessoais que lhes respeitam, determinaram o surgimento ou aprofundamento, com reflexos positivos nos ordenamentos jurídicos regionais e constitucionais.

Estes “novos” direitos fundamentais estão contemplados em normas consagradoras de direitos subjectivos e de deveres objectivos: artigos 268º/2 e 35º da CRP (Canotilho, 2003).

3. O direito de acesso aos documentos administrativos

O direito de acesso à informação e documentos administrativos é um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, gozando, por isso, por força do artigo 17º da CRP, de idêntico regime àqueles (Miranda, Medeiros, 2007). Como direito fundamental, o direito de acesso apresenta desde logo a característica da universalidade (Rivero, Moutouh, 2003), sendo da titularidade de “todos”, de todas as pessoas físicas e jurídicas, pessoas singulares e colectivas. O direito de acesso, apesar de a CRP prever, no seu artigo 268º nº 2, a sua titularidade na esfera dos “cidadãos”, é um direito universal que integra a esfera jurídica de todas as pessoas (Miranda, Medeiros, 2007) e que pertence à terceira geração de direitos fundamentais: a transparência administrativa, a par com os direitos fundamentais relacionados com a informática e com a medicina, pertence à última geração de direitos fundamentais (Condesso, 1995).

De facto, o direito de acesso aos registos, documentos e informação administrativos é, hoje, um direito-chave, quer na garantia das liberdades individuais, quer na edificação do Estado de Direito democrático. O direito de acesso aos documentos administrativos é condição de efectividade da participação das pessoas na construção do Estado e da sociedade democráticos. O artigo 2º da CRP não deixa margem para dúvidas: o Estado português, enquanto Estado de Direito Democrático,

visa o aprofundamento da democracia participativa. O Estado tem como tarefa fundamental, de acordo com a alínea c) do artigo 9º da CRP, defender a democracia política e assegurar e incentivar a participação democrática dos cidadãos na solução dos problemas nacionais. Ou seja, a par da participação política, o Estado fomenta a participação cívica e sectorial; o Estado fomenta a participação social que acresce à participação política (representativa, semi-directa ou directa) (Miranda, Medeiros, 2007b). Assim, os nº 1 e 5 do artigo 267º da CRP prescrevem a estruturação da Administração Pública e o processamento da actividade administrativa de modo a assegurar a participação dos cidadãos interessados na elaboração das decisões e deliberações que lhes respeitarem. Por fim e neste seguimento, os cidadãos, ou melhor, todas as pessoas têm direito de acesso aos registos e documentos (informações) existentes nos arquivos públicos, independentemente de dizerem respeito a assuntos em que são interessados, assim se assegurando a publicidade e transparência da actividade administrativa, por um lado, e a efectiva participação dos cidadãos nos assuntos públicos. De facto, não há participação sem informação. Por isso, existe a exigibilidade de uma actuação positiva da Administração, activa, no sentido de fornecer a informação necessária para essa participação, o que pressupõe inicial e anteriormente um conhecimento do cidadão sobre a documentação e informação que pretende analisar e pronunciar-se, sendo, pois, exigida a publicitação da actividade administrativa (Saavedra, 1995).

O direito fundamental e universal de acesso aos documentos administrativos, distingue-se do direito do interveniente de aceder à informação e documentação administrativa respeitante ao respectivo procedimento (direito “procedimental”) (Carvalho, 1999). O primeiro, também designado direito de acesso aos arquivos e registos administrativos por designarem “*os centros onde se conservam os documentos*” (Miranda, Medeiros, 2007), pertence á titularidade de “todos” que não sejam intervenientes no procedimento administrativo a que pertencem os documentos administrativos aos quais se pretende aceder; já o segundo é um direito de acesso dos cidadãos nas suas relações pré-estabelecidas com a Administração. Ambos os direitos fundamentais, consagrados no artigo 268º da CRP, o procedimental no nº 1 e o universal no nº 2 desta norma, visam objectivos próximos mas distintos: o primeiro, garantir a transparência da administração, a participação dos administrados e o controlo

destes sobre as decisões que lhes respeitam; o segundo, a transparência e publicidade da actividade administrativa como factores de persuasão da Administração para o mérito da sua actividade⁵ e a participação dos cidadãos na esfera da actividade pública (Renders, 2008).

3.1 O direito de acesso aos documentos administrativos na Europa

O artigo 10º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), com a epígrafe de “Liberdade de expressão”, já constitui desde a sua elaboração o albergue do direito de acesso aos documentos administrativos. Efectivamente, o fundamento último deste direito é, não apenas o direito de realização individual, mas a conformação democrática da sociedade (Brotóns, 2004). De facto, esta norma da Convenção Europeia dos Direitos do Homem constitui o suporte do direito fundamental de acesso à informação e documentação administrativa, impondo às entidades sujeitas ao exercício do direito universal de acesso o arquivo da informação e documentação que foi produzida no âmbito da sua actividade, a sua facultação nos termos do efectivo exercício e de modo a satisfazer o direito de acesso, além de que suporta ainda o dever de divulgação pública, por iniciativa da própria administração, dessa informação e dessa documentação. A liberdade de expressão, a liberdade de opinião, a forma de construir a opinião crítica para uma participação activa na sociedade democrática pressupõem esta abrangência do artigo 10º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Terwangne, 1999)

A Recomendação (2002) 2, adoptada pelo Conselho de Ministros do Conselho da Europa em 21 de Fevereiro de 2002, traz à fundamentação do direito de acesso aos documentos administrativos o direito do “público” à informação sobre a actividade das autoridades administrativas ou que exerçam a autoridade administrativa para formação de opinião crítica e avaliação participativa das pessoas, a promoção da eficiência e

⁵ Ver o artigo 1º da LADA – Lei de Acesso aos Documentos Administrativos – Lei 46/2007, de 24 de Agosto: para além da publicidade e da transparência, a administração aberta que preside a esta lei visa a realização dos princípios da igualdade, da justiça e da imparcialidade.

integridade da administração, evitando a corrupção, bem como o reforço da legitimidade da actuação da administração e o incremento da confiança dos cidadãos nas autoridades públicas. O regime proclamado e consagrado nesta Recomendação aponta já para a universalidade do direito (III – Princípio geral sobre o acesso a documentos administrativos) sem necessidade de invocação dos motivos desse acesso (V- Pedidos de acesso a documentos administrativos). No entanto, os Estados, de acordo com a cláusula “IV- Limitações ao acesso a documentos administrativos” da recomendação, podem limitar o direito de acesso por lei especificadas com a maior precisão possível desde que essas limitações visem, entre outras finalidades necessárias á democracia material, proteger “*a vida privada e outros interesses privados*”.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, na aplicação do artigo 10º da CEDH, considerou sem margem para equívocos que a liberdade de informação contém o direito a ser informado activamente pelos Governos, poderes e autoridades públicos, sendo esta condição indispensável à sociedade plural e, portanto, à democracia material, sempre com grande prudência na ponderação de valores, bens e princípios apresentados pelos diversos direitos e liberdades fundamentais em concreto. (Barreto, 1999). Os Estados não podem proibir a circulação e a busca da informação e devem mesmo assegurar a livre circulação da informação e providenciar pelo acesso á informação, aos documentos e aos registos administrativos (Herrarte).⁶

3.2 O direito de acesso aos documentos administrativos em Portugal

Este o regime acolhido em Portugal, apenas com a diferença da expressa consagração do direito fundamental de acesso aos documentos e registos administrativos, desde logo, na Constituição, concedendo-lhe o exacto regime que os direitos, liberdades e garantias auferem ao abrigo do artigo 18º, por força do artigo 17º, ambos os preceitos da CRP. (Miranda, Medeiros, 2007; Canotilho, Moreira, 1991). A

⁶ Este autor afirma, no entanto, que o TEDH ainda não consagrou, à data de 2005, o direito de acesso aos documentos e registos administrativos, a não ser por via do artigo 10º da CEDH.

evolução constitucional nesta matéria é eloquente quanto à acentuada evolução e crescente importância da informação nas últimas duas ou três décadas no que toca aos direitos e liberdades fundamentais: enquanto que, em 1985, o texto constitucional do artigo 268º não conferia um direito de acesso aos registos e documentos administrativos que se distinguisse e destacasse dos direitos de participação e acesso procedimentais e do direito de recurso, indexando a transparência da actividade administrativa ao direito de participação (conhecimento e intervenção) e ao dever de fundamentação, com destacado relevo em relações especiais (artigo 269º da CRP de 1985) (ver: Canotilho, Moreira, 1985), em breve, na revisão constitucional operada pela Lei 1/89, de 8 de Julho, o nº 2 aditado àquele artigo 268º da CRP conferiu o direito fundamental dos “cidadãos” e de “todos” (Miranda, Medeiros, 2007)⁷ ao acesso aos registos e documentação e, desde aí, cedo se chegou ao consenso sobre a sua natureza que perdura até hoje: trata-se de um direito fundamental de natureza análoga aos «direitos, liberdades e garantias», com capacidade de “*self executing*” (Canotilho, 2003) a partir da norma constitucional (Canotilho, Moreira, 1991) e que exige do Estado e das autoridades e entidades obrigadas ao dever de o observar um conjunto de medidas de efectivação, promoção e defesa (Miranda, Medeiros, 2007).

O impacte deste direito no ordenamento foi significativo e rapidamente a informação e documentação administrativa foi objecto de solicitação de acesso, conhecimento e utilização para os mais diversos fins. A preocupação com a transparência, publicidade e, assim, aperfeiçoamento da actividade administrativa à luz dos princípios norteadores da prossecução do interesse público – igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade e boa fé: nº 2 do artigo 266º da CRP desenvolvido pelos artigos 3º a 12º do Código de Procedimento Administrativo (CPA) – conjugou-se com a convicção do desenvolvimento da sociedade e do aprofundamento da democracia através da liberdade de informação, da liberdade de opinião, do pluralismo activo e da maior e mais qualificada participação.

A Lei de Acesso aos Documentos Administrativos (LADA)⁸ vincula-se, pois, a estes princípios que a CRP enunciou: igualdade, proporcionalidade, justiça,

⁷ Assim considera invariavelmente a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos nos seus pareceres.

⁸ LADA é aqui a Lei 46/2007, de 24 de Agosto. No entanto, a primeira LADA foi a Lei 65/93, de 26 de Agosto, mas porque este estudo não se debruçará sobre a evolução legislativa a não ser nos pontos

imparcialidade, a que acrescenta mais dois que presidem desde aquele nº 2 do artigo 268º: publicidade e transparência: artigo 1º. Claro que os princípios da proporcionalidade e da boa-fé, eleitos como princípios constitucionais por aquele artigo 266º nº 2 da Lei Fundamental, dispensam a sua expressão na LADA sem nada perderem na sua força e eficácia vinculativa, directa e reforçada pelo CPA. Assim se verá neste texto como o princípio da proporcionalidade mantém com a sua centralidade no que toca à ponderação dos direitos fundamentais em presença e aplicação das leis vigentes.

O artigo 2º da LADA, com a epígrafe “Objecto”, diz quando se aplica a LADA, especificando, com relevo para esta dissertação, no seu nº 3 que “*O acesso a documentos nominativos, nomeadamente quando incluam dados de saúde, efectuado pelo titular da informação, por terceiro autorizado pelo titular ou por quem demonstre um interesse directo, pessoal e legítimo rege-se pela presente lei*”.⁹ Por sua vez, o nº 1, alíneas a), d), g) e nº 2 do artigo 4º da LADA incluem, certamente, mesmo tendo em linha de conta o variado leque da natureza jurídica que as respectivas entidades, públicas e privadas, possam revestir, todas as entidades do Serviço Nacional de Saúde, conforme definido na base XII da Lei de Bases da Saúde – Lei 48/90, de 24 de Agosto, com a redacção da Lei 27/2002, de 8 de Novembro.

Os ficheiros clínicos detidos por estas entidades são, pois, documentos administrativos, uma vez que por documento administrativo se entende todos os ficheiros, relatórios, estudos, estatísticas, facturas, directivas, instruções, circulares, ordens, notas e explicações sobre direito positivo ou procedimentos, previsões e decisões, registos sonoros, visuais ou qualquer outro suporte de informação resultante da actividade administrativa que estejam na posse da Administração (Van Lang, 1997). Assim o define, também, o artigo 3º, nº 1, alínea a) da LADA: “*qualquer suporte de informação sob forma escrita, visual, sonora, electrónica ou outra forma material, na posse de órgãos e entidades referidos no artigo seguinte, ou detidos em seu nome*”.

Por sua vez, é documento nominativo, de acordo com a alínea b) do nº 1 do artigo 3º da LADA, o “*documento administrativo que contenha, acerca de pessoa singular, identificada ou identificável, apreciação ou juízo de valor, ou informação*

concretos que o objecto desta dissertação requeira, nestes, então, chamar-se-ão ao texto as normas desta lei de 1993 e o sentido da sua alteração em 2007.

⁹ No seguimento da nota de rodapé anterior, mais adiante será confrontado este nº 3 do artigo 2º com a sua inexistência na Lei 65/93, de 26 de Agosto, tirando-se as conclusões desta introdução em 2007.

abrangida pela reserva da intimidade da vida privada". Esta classificação de documentos nominativos mereceu uma "profunda" alteração com a entrada em vigor da Lei 46/2007, de 24 de Agosto, com significativos reflexos nesta dissertação. A antiga LADA de 1993¹⁰ definia documentos nominativos como "*quaisquer suportes de informação que contenham dados pessoais*", acrescentando que são considerados "*dados pessoais: informações sobre pessoa singular, identificada ou identificável, que contenham apreciações, juízos de valor ou que sejam abrangidas pela reserva da intimidade da vida privada*": artigo 4º da lei 65/93, de 24 de Agosto. Esta construção normativa do conceito de documentos nominativos foi fértil em reflexões e desenvolvimentos conceptuais e práticos, no que toca à convivência dos dois direitos fundamentais abordados nesta dissertação, pois ela aproxima-se substantivamente, lógica e até terminologicamente do conceito de dados pessoais da alínea a) do artigo 3º da Lei de Protecção de Dados (LPD), a Lei 67/98, de 26 de Outubro: "*«Dados pessoais: 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*". Reflexões, desenvolvimentos e também preocupações. De facto, a definição de documento nominativo dada pela LADA de 1993 decorre "*da lei de protecção de dados francesa e da Convenção nº 108 do Conselho da Europa*" relativa à protecção de dados de natureza pessoal face à informática (Condesso, 1996). Esta coincidência e simultaneidade dos conceitos de documentos nominativos e dados pessoais foram detectadas e analisadas por Amadeu Guerra (Guerra, 2002), com reflexos na repartição de competências entre a CADA e a CNPD. Mais à frente estes reflexos serão expostos, por enquanto uma ideia se fixa com segurança: os documentos que contêm dados ou informação de saúde são, inelutavelmente, documentos nominativos.^{11 12}

¹⁰ Designa-se por LADA de 1993 a Lei de Acesso aos Documentos Administrativos – Lei 65/93, de 26 de Agosto.

¹¹ Ver, entre muitos, o Parecer da Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos dado no Processo nº 71/2007.

¹² Um parêntesis neste momento torna-se imperativo. Esta dissertação debruça-se sobre o acesso a documentos administrativos com informação de saúde (documentos nominativos, portanto, como adiante se verá) detidos pelas unidades de saúde que pertençam ao Sistema Nacional de Saúde e que, por isso,

O direito de acesso a documentos administrativos conhece restrições. Como já a referida Recomendação do Conselho da Europa (2002) 2 apontava no seu “IV – Limitações ao acesso aos documentos administrativos”, a vida privada e outros legítimos interesses privados constituem limites ao direito de acesso e a consagração constitucional do direito fundamental de acesso aos arquivos, documentação e informação administrativos prevê, logo no seu n.º 2 do artigo 268.º, a salvaguarda da intimidade das pessoas.

Também a LADA consagrou esta restrição, num preceito epigrafoado de “Restrições ao direito de acesso” e onde se diz, no seu n.º 5 desse artigo 6.º: *“Um terceiro só tem direito de acesso a documentos nominativos se estiver munido de autorização escrita da pessoa a quem os dados digam respeito ou demonstrar interesse pessoal, directo e legítimo suficientemente relevante segundo o princípio da proporcionalidade”*. A alteração legislativa produzida pela Lei 46/2007, de 24 de Agosto também foi significativa. A LADA de 1993, no seu artigo 8.º com a epígrafe “Acesso aos documentos nominativos” estabelecia o seguinte:

estão abrangidas, na perspectiva aqui defendida, pela aplicação da LADA, por força da alínea g) do n.º 1 do artigo 4.º da LADA. Os documentos administrativos são aqueles que se encontram na “posse” da Administração, ou seja, na “posse” das entidades sujeitas à LADA, mas que não sejam propriedade de outrem: ver Parecer n.º 175/2003 da CADA, conforme indicação em Sérgio Pratas, “Lei do Acesso e da Reutilização dos Documentos Administrativos Anotada”, Dislivro, Lisboa, 2008. Assim se protege outros direitos, como sejam a privacidade ou os direitos de autor. Ora, de acordo com o artigo 3.º, n.º 1 da Lei 12/2005, de 26 de Janeiro, *“A informação de saúde, incluindo os dados clínicos registados, resultados de análises e outros exames subsidiários, intervenções e diagnósticos, é propriedade da pessoa, sendo os as unidades do sistema de saúde os depositários da informação, a qual não pode ser utilizada para outros fins que não os da prestação de cuidados e a investigação em saúde e outros estabelecidos pela lei”*. Se esta norma implica, como se verá, com o regime de acesso a documentos de saúde, não detém este estudo na indagação dos sentidos de propriedade e de depósito, nem no de posse, dos documentos administrativos, considerando-se que estando, de facto, na posse da Administração (ou de entidades submetidas à LADA), são documentos administrativos. Por outro lado, a distinção entre dados da vida privada e dados da intimidade justificou dissensões quanto á força restritiva do direito de acesso. Também aqui não se pode demorar este estudo, partindo-se da perspectiva de que *“A teoria dos três círculos de actividade ou de protecção da pessoa (esfera íntima ou de segredo; esfera privada; esfera individual e pessoal que inclui a esfera pública) não foi acolhida pelo TC que se refere apenas a esfera inviolável, identificando a intimidade e a vida privada. A teoria das três esferas apenas deve relevar para efeito da graduação da gravidade das ofensas (revelar informação de saúde é mais grave do que outra informação privada). A esfera íntima não coincide com a esfera de segredo dado que deve ser reconhecido um direito geral à reserva sobre a vida privada, que inclui também a proibição de actos tendentes à tomada de conhecimento”* (Pinto, 2000). Assim, dados da vida privada ou dados da vida íntima (apesar de os dados de saúde pertencerem a esta última categoria), os documentos que contêm dados de saúde são documentos nominativos. Ver Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 128/92, 337/97, 456/93, 355/97 e 616/98.

“1. O direito de acesso a dados pessoais contidos em documento administrativo é exercido, com as necessárias adaptações, nos termos da lei especial aplicável ao tratamento automatizado de dados pessoais.

2. As informações de carácter médico só são comunicadas ao interessado por intermédio de um médico por si designado.

3. A invocação do interesse directo e pessoal, nos termos do nº 2 do artigo anterior, deve ser acompanhada de parecer favorável da Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos, solicitado pelo terceiro que pretenda exercer o direito de acesso.

4. O acesso de terceiro a dados pessoais pode ainda ser autorizado nos seguintes casos:

a) Mediante autorização escrita da pessoa a quem os dados se refiram;

b) Quando a comunicação dos dados pessoais tenha em vista salvaguardar o interesse legítimo da pessoa a que respeitem e esta se encontre impossibilitada de conceder autorização, e desde que obtido o parecer previsto no número anterior”

5. Podem ainda ser comunicados a terceiros os documentos que contenham dados pessoais quando, pela sua natureza, seja possível aos serviços expurgá-los desses dados sem terem de reconstruir os documentos e sem perigo de fácil identificação”.

3.3 Notas finais sobre o regime do direito de acesso aos documentos administrativos

Finalmente, três notas nesta selecção das normas que fixam o regime mais significativo para esta dissertação: a primeira, de acordo com o artigo 7º da LADA o acesso a documentos nominativos de saúde é feito através de “comunicação” por intermediação de médico se o requerente o solicitar. Esta consagração favorável à autonomia informacional do requerente, colocando em pé de igualdade aquele que é titular da própria informação a que se acede e aquele requerente de acesso que é terceiro face à informação que quer obter, reforçando, pois, a autodeterminação informacional

(de poder optar pela intermediação de médico ou aceder directa e pessoalmente, sem intermediação) daquele acedente que também é a mesma pessoa a quem a informação documentada respeita, revogou a anterior que impunha a “protectora” intermediação do médico no caso de acesso pelo próprio titular da informação (e os documentos) e constante do referido nº 2 do artigo 8º da LADA de 1993. Esta entrada em vigor do regime do artigo 7º da LADA contendeu também com o nº 5 do artigo 11º da LPD, que dizia, em sintonia com o nº 2 do artigo 8º da LADA de 1993, que *“O direito de acesso à informação relativa a dados de saúde, incluindo os dados genéticos, é exercido por intermédio de médico escolhido pelo titular dos dados”*. Por outro lado, essa alteração também contendeu com o nº 3 do artigo 3º da Lei da Informação de Saúde (Lei 12/2005, de 26 de Janeiro, “Lei de Informação Genética Pessoal e Informação de Saúde”, aqui apenas Lei de Informação de Saúde ou Lei 12/2005), que dizia o seguinte: *“O acesso à informação de saúde por parte dos eu titular, ou de terceiros com o seu consentimento, é feito através de médico, com habilitação própria, escolhido pelo titular da informação”*. A segunda, que o artigo 9º da LADA de 1993 foi suprimido na nova LADA de 2007. Aquele artigo 9º da LADA de 1993 continha um regime que, materialmente, tinha um conteúdo de protecção de dados pessoais: trata-se, em suma, da previsão legal na LADA de 1993 do direito de acesso (rectificação, completude e eliminação) aos dados pessoais objecto de tratamento que o sejam também de acesso e da exigência legal de cumprimento da qualidade dos dados objecto de tratamento e de acesso, consoante as dispõem os artigos 11º e 5, respectivamente, da LPD. No entanto, um esclarecimento importa desde já e por cautela fazer: o acesso a dados pessoais ou a informação estabelecido nesta norma do nº 5 do artigo 11º da LPD é o acesso pelo próprio titular dos dados, não é por terceiro como a maior parte das vezes acontece com o direito de acesso regulado pela LADA. A terceira nota é a de que a expressão “dados pessoais” deixou totalmente de ser utilizada na LADA.

Mais à frente estas três breves notas conhecerão desenvolvimentos.

4 O direito à protecção dos dados pessoais

4.1 Protecção de dados pessoais e “*Privacy*”

O direito à protecção ou salvaguarda da intimidade da vida privada é um direito fundamental que coincide com os direitos de personalidade (Canotilho, 2003): é um direito fundamental sobre a própria pessoa, sobre a informação que lhe respeita e que lhe pertence, pois uma pessoa é também a informação que sobre si existe. Pode dizer-se que a privacidade é também um direito fundamental instrumental de outros direitos fundamentais coincidentes com os direitos de personalidade: o direito à integridade moral, à imagem, à identidade pessoal e aos desenvolvimento autónomo e livre da personalidade. Mas além disso, também é inquestionável o reconhecimento da privacidade como direito fundamental autónomo com conteúdo próprio preenchido pela dignidade humana e pela liberdade individual.

No direito e na tradição cultural e jurídica dos Estados Unidos da América, o direito à privacidade é, porventura, o maior símbolo dos direitos fundamentais coincidentes com os direitos de personalidade. O nascimento do direito à privacidade está intimamente ligado ao direito norte-americano e ao aparecimento do conceito de *privacy* como objecto e objectivo do respectivo direito fundamental. A formulação inicial da “*privacy*” era já complexa e também ela polifacetada: incluía primariamente o direito à solidão ou a estar sozinho (*right to be alone*); abrangia o direito a não conhecer interferência de terceiros; continha, ainda, o direito à intimidade da vida privada e familiar; por fim, chegava até ao direito ao anonimato. (Marques, Martins, 2000; Beverley-Smith, Ohly, Schloetter, 2005).

Na Europa, é conhecida a teoria das três esferas, em que se reconhece a esfera íntima, a esfera privada e a esfera social, em que a primeira é o “*núcleo duro do direito à intimidade da vida privada, a esfera privada admite ponderações de proporcionalidade; na esfera social estamos já no direito à imagem e à palavra e não no direito à intimidade da vida privada*” (Miranda, Medeiros, 2007b). Mas a dissensão existe no que toca à relevância da delimitação dos espaços próprios das pessoas,

íntimos, privados, sociais, públicos para efeitos de tutela e jurisdição do direito à privacidade: “Este direito à intimidade ou à vida privada, este direito a uma esfera própria e inviolável, onde ninguém deve poder penetrar sem autorização do respectivo titular compreende: a) a autonomia, ou seja, o direito a ser o próprio a regular, livre de ingerências estatais e sociais, essa esfera de intimidade; b) o direito a não ver difundido o que é próprio dessa esfera de intimidade, a não ser mediante autorização do interessado” (Mota Pinto, 2000). Ou seja, o direito à intimidade não é mais profundo, mais circunscrito e mais estreito, a sua esfera não é mais nuclear e, portanto, mais pequena do que o direito à vida privada. Muito diferentemente, “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada parece, pois, com vantagens de rigor conceptual, poder ser limitado ao controle da informação sobre a vida privada, reportando-se a liberdade da vida privada ao direito à liberdade (artigo 27º, nº) ou ao livre desenvolvimento da personalidade.” (...) “Um conceito de esfera privada de cada pessoa culturalmente adequada à vida contemporânea deve ser formulado tendo em conta a referência civilizacional sob três aspectos: 1) o respeito dos comportamentos; 2) o respeito do anonimato; 3) o respeito da vida em relação.” (Mota Pinto, 2000). Por outro lado, a esfera de intimidade ou da vida privada inclui sempre a chamada “esfera de confiança, que compreende toda a informação que um sujeito, ligado a outro por razões de parentesco, afectividade, por razões religiosas, raciais, de saúde, profissionais com o seu médico ou advogado, comunica a outra pessoa de sua confiança”. (Sendra, 1997)¹³

O direito fundamental à protecção ou salvaguarda da intimidade da vida privada comporta, pois, um substrato subjectivo, consistente na esfera pessoal que exige a abstenção de intervenção e de actuação, quer por parte dos poderes públicos, quer pela comunidade e demais actores sociais em geral (Salmerón, 2003).¹⁴ O direito fundamental à privacidade visa proteger as pessoas em dois sentidos: por um lado, proteger as pessoas em relação à devassa da sua vida privada, mantendo uma zona de não-ingerência e de não acesso; por outro lado, dotar as pessoas de autonomia no

¹³ Apesar de este Autor distinguir as esferas íntima e privada, sobretudo com base na comunicação: seria privada, com informações íntimas ou não, a esfera de informação protegida pelo segredo (não pela confiança) e a que flui em circuitos privados, limitados, não publicamente acessíveis de comunicações.

¹⁴ Identificando este autor um reflexo substrato objectivo consistente na obrigação dos poderes públicos e de todos os actores sociais da comunidade de desenvolver uma actividade prestacional de garantir a efectividade deste direito, na linha, aliás, de J. J. Gomes Canotilho (Canotilho, 2003)

desenvolvimento livre da sua personalidade e na condução da sua vida. Talvez se mostre com grande grau de nitidez a doutrina constitucional que detecta nos direitos fundamentais em vigência na fundação do Estado de Direito e da sociedade democráticos uma função de “*dupla defesa*” mas pluridimensional: a consagração dos direitos fundamentais é marcada por *i*) normas que estabelecem competências negativas para os poderes públicos, proibindo a ingerência; *ii*) normas que instituem as possibilidades de exercer positiva e efectivamente os conteúdos dos direitos fundamentais; *iii*) normas que fixam e apontam deveres do Estado de protecção dos titulares dos direitos fundamentais perante terceiros; *iv*) normas que constituem a salvaguarda de não discriminação e que constituem a garantia de arbitramento do princípio da igualdade formal, material e objectivamente justa, na construção e aplicação de todo o ordenamento jurídico (Canotilho, 2003). Seja no papel instrumental de serviço ao direito fundamental à privacidade (enquanto meio de salvaguardar a protecção da reserva da intimidade da vida privada) seja no entendimento da sua autonomia “dogmática” enquanto direito fundamental que confere às pessoas uma verdadeira autodeterminação informativa, consistente no poder efectivo de disposição através e segundo a sua livre vontade, o direito à protecção dos dados pessoais funda-se nos direitos fundamentais de personalidade e, portanto, na dignidade da pessoa humana, a base da comunidade política portuguesa (artigo 1º da CRP). O alcance de uma sociedade livre e justa (artigo 1º da CRP) depende da concreta ponderação dos direitos fundamentais em presença, em concurso e em conflito, bem como do equilíbrio entre as liberdades individuais.

Na pós-moderna Sociedade da Informação, a real e efectiva sobrevivência e relevância do direito à privacidade exigiu o reequacionamento deste direito e o reconhecimento de um outro direito fundamental que defendesse e aprofundasse a autonomia dos indivíduos no que toca à informação que lhes é respeita e ao desenvolvimento tecnológico. Nasce, assim, o direito à protecção dos dados pessoais, o direito fundamental que confere às pessoas o direito de definir positivamente (consentindo) e negativamente (proibindo ou condicionando) a utilização dos dados pessoais de que são titulares (Gonçalves, 2003; Castro, 2004).

Desde logo e no plano internacional, o artigo 12º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e o artigo 17º do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos,

ainda referenciados à protecção da vida privada pessoal e familiar, adaptam os seus conteúdos à nova realidade sociológica a que se aplicam no âmbito da emergente Sociedade da Informação. Se o conceito de esfera privada é “*culturalmente adequada à vida contemporânea*” (...)” tendo em conta a referência civilizacional”, estas normas são já consagradoras da autodeterminação informacional.

4.2 O direito à protecção de dados pessoais na Europa

No plano europeu, o artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), no seu nº 1, dá continuidade à referência histórica do “*respeito pela vida privada e familiar*”, mas consagra conceptualmente o direito com elasticidade concretizadora do “*domicílio*” e da “*correspondência*”, decerto as generalizadas “portas de entrada” na esfera privada das pessoas na data da sua outorga. O nº 2 deste artigo 8º da CEDH determina já o sentido de não-ingerência dos poderes públicos em regular funcionamento democrático, estabelecendo apenas as restrições que, substantivamente, visam defender a democracia material: previsão por lei e seja uma medida submetida ao juízo de necessidade (proporcionalidade) para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico nacional, para a defesa da ordem e prevenção criminal, para a protecção da saúde e moral públicas e para a protecção dos direitos e liberdades de outros. Hoje, as “portas de entrada” são também outras e com diferentes consequências: a investigação e desenvolvimento científicos e tecnológicos, a informática e as TICs abriram mais meios de exposição das pessoas (telemóvel, e-mail, tecnologias de localização, de visualização e gravação de imagem e som, de monitorização de utilização da Internet, registos públicos e privados de informação) que, assim que “uma porta de entrada se abra”, o conhecimento sobre a pessoa em causa pode ser global devido à concentração e inter-relação da informação existente. Por isso, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) que tutela jurisdicionalmente a observância e aplicação da CEDH tem já uma longa e vasta jurisprudência sobre o direito à protecção dos dados pessoais, sobre o direito de autodeterminação informacional previsto neste artigo 8º da CEDH. Essa jurisprudência, cuja exposição e estudo saem fora do âmbito e economia deste trabalho, é um

importante alicerce deste direito na Europa, na comunidade de países subscritores da CEDH, mas também, devido ao papel aglutinador e á reputação global da CEDH e do TEDH, no contexto internacional. Com grande autoridade científica, técnica e “moral”, o TEDH tem participado na definição do direito á protecção dos dados pessoais, na estipulação de “deveres” dos Estados de o protegerem e na enunciação de obrigações impostas a todos os adstritos ao dever de respeito, com uma muito respeitada afinação na ponderação, de valores, bens e princípios que se colocam no “jogo” dos direitos fundamentais, com o se concluiu da leitura dos acórdãos deste tribunal (Herrarte, 2004) (Barreto, 1999).

Ainda no âmbito do Conselho da Europa, em 28 de Janeiro de 1981 (dia em que actualmente se celebra o Dia Europeu de Protecção de Dados) foi assinada a Convenção nº 108 para a protecção das pessoas relativamente ao tratamento de dados de carácter pessoal, em cujo preâmbulo a essencialidade do direito à protecção dos dados para o respeito pelos direitos e liberdades fundamentais é já afirmado, ao mesmo tempo que os contornos da Sociedade da Informação (globalidade, tecnologias e valor da informação) ditam a ponderação e conciliação dos valores fundamentais da vida privada e da liberdade de informação. O enunciado dos objectivos e finalidades (artigo 1º), as primeiras definições da terminologia de protecção de dados (artigo 2º), a segmentação das áreas onde se pode detectar a necessidade de aplicação das garantias do direito á protecção de dados (artigo 3º), a dissecação e listagem dos componentes da qualidade dos dados (artigo 5º), o destaque às categorias especiais de dados que originaram os futuros dados sensíveis na terminologia do direito comunitário (artigo 6º), a atenção dada à segurança da informação (artigo 7º), o condicionamento das restrições aos valores da democracia material (artigo 9º), os direitos e garantias das pessoas (artigo 8º) e os deveres dos Estados na prossecução e defesa do direito fundamental á protecção de dados face aos tratamentos informatizados (artigos 4º e 11º) constituem a matriz europeia deste direito.

No âmbito comunitário, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia é o resultado de uma preocupação com os direitos fundamentais e da vocação para a sua promoção e protecção pelas políticas e instituições comunitárias. Esta vocação está bem expressa na Declaração de Copenhaga sobre Identidade Europeia de 1973, na qual o respeito pelos suportes basilares da democracia material e a adopção dos direitos e das

liberdades fundamentais é declarado como elemento essencial da Comunidade Europeia. Efectivamente, ainda só existiam Comunidades e já se falava em União Europeia (Quadros, 2004) e os direitos e liberdades fundamentais eram, certamente, a inspiração maior do modelo de sociedade comum que se queria construir. De facto, partilha comum extra-económica, os Estados-membros apenas tinham os direitos e liberdades fundamentais e suas representações e, com eles, a União já se pôde adivinhar no futuro. A mostrar o espaço de direitos fundamentais que a União Europeia se propõe construir está o longo *“sistema de tutela destes direitos, progressivamente desenvolvido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça e hoje cristalizado no artigo 6º, nº 2, do Tratado, e que a vincula ao respeito dos «direitos fundamentais» tais como os garante a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, enquanto princípios gerais de direito comunitário”* (Moura Ramos, 2001). Foi também a conclusão do Tribunal no Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) de 6 de Novembro de 2003, proferido no Processo nº C-101/01 – Acórdão Lindqvist, acórdão que é marcante na jurisprudência do TJUE no que toca à protecção de dados pessoais. Deixa-se ficar aqui apenas lembrado que a Comissão Europeia defendeu, neste processo, o entendimento que o Direito da União Europeia não se esgotava na regulamentação das quatro liberdades, abrangia ainda e fazia parte do ordenamento europeu o artigo 6º do TUE, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, tal como a CEDH e a Convenção nº 108º do Conselho da Europa relativa à protecção dos indivíduos face à recolha e tratamento de dados pessoais por meios informatizados (doravante, também designada apenas por Convenção 108º). Neste seguimento, o Grupo de Trabalho denominado Artigo 29º, criado por determinação do artigo 29º da Directiva Europeia de Protecção de Dados para acompanhamento e avaliação do regime e concretização do direito á protecção de dados no seio da União Europeia, considerou, na sua Recomendação nº 4/99¹⁵, que *A consagração da protecção dos dados pessoais no âmbito dos direitos fundamentais da União Europeia garantir-lhe-ia um carácter vinculativo em toda a União e viria salientar a importância. Por conseguinte, o grupo recomenda à Comissão Europeia, ao Parlamento Europeu e ao Conselho da União Europeia a inclusão do direito fundamental à protecção dos dados pessoais na Carta de Direitos*

¹⁵ Disponível em http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/1999/wp26pt.pdf

Fundamentais. O grupo manifesta também a sua disponibilidade para colaborar na elaboração da referida Carta.”

Assim, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDF-EU) coexiste com a CEDH numa relação que não é totalmente inócua e linear (Moreira, 2001). A CDF-EU, como catálogo de direitos fundamentais que constitui a mais expressiva manifestação da vontade de construir um espaço de uniformidade e alto *standard* no que concerne ao nível de experimentação e vivência dos direitos fundamentais, aparece também com o resultado codificador que garante maiores certeza e segurança jurídicas (Ventura, 2001). *“Em síntese, a Carta não constitucionaliza direitos. A Carta codifica direitos que, em virtude da sua génese nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros ou como expressão de valores jurídicos promovidos pela União Europeia, podem traduzir uma normatividade primordial e subordinante”* (Duarte, 2006). Logo desde a sua proposta, e a feitura da Carta foi um processo relativamente rápido de grande regozijo para as instituições comunitárias e Estados-membros, no elenco dos direitos fundamentais estava, no artigo 8º da Carta Europeia de Direitos Fundamentais, o direito à protecção de dados pessoais, com autonomia conceptual e sistemática.

Para este reconhecimento e consagração positiva do direito à protecção de dados pessoais e para a obrigação de criação, por parte dos Estados-membros, de uma autoridade administrativa independente contribuiu, decerto, o regime da Directiva 95/46/CE, do Parlamento e do Conselho, de 26 de Outubro, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, doravante abreviadamente Directiva ou Directiva 95/46. De novo, tal como aconteceu com a Convenção nº 108 do Conselho de Ministros do Conselho da Europa, também a denominação desta Directiva não deixa dúvidas que a necessidade de proteger os dados das pessoas é uma necessidade surgida com a Sociedade da Informação. A Convenção nº 108 do Conselho da Europa é a Convenção para a protecção das pessoas relativamente ao *“tratamento automatizado de dados de carácter pessoal”*; a Directiva 95/46 visa alcançar um regime harmonizado e um nível de protecção elevado e uniforme no seio da União Europeia no que toca ao *“tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados”*. A marca da Sociedade da Informação, do valor da Informação e dos riscos do progresso e desenvolvimento

tecnológico, está bem timbrada no direito à protecção de dados pessoais de referência europeia. O Considerando 15) da Directiva é elucidativo a este respeito: “*Considerando que o tratamento desses dados só é abrangido pela presente directiva se for automatizado ou se os dados tratados estiverem contidos ou se destinarem a ficheiros estruturados segundo critérios específicos relativos às pessoas, a fim de permitir um acesso fácil aos dados pessoais em causa*”. É verdade que o regime da Directiva não se aplica apenas a dados pessoais contidos em ficheiros informáticos, aplica-se também a ficheiros manuais e assim foi acolhido pela CRP (nº 7 do artigo 35º) e pela LPD (artigo 4º, nº 1 e 50º); mas só se aplica a estes se estiverem em ficheiros manuais ou se se destinarem a eles, ou seja, se estiverem ou vierem a estar estruturados segundo critérios específicos relativos às pessoas, com capacidade de captação e organização da informação relativa à pessoa singular em termos semelhantes aos do tratamento informatizado, não quanto aos meios, evidentemente, mas, sobretudo, quanto ao resultado do registo, da organização e conhecimento da informação. De referência europeia, pois a matriz europeia e a matriz norte-americana divergem, não obstante pertencerem aos blocos regionais onde se encontra a fundação da Sociedade da Informação. Num brevíssimo traço, a perspectiva norte-americana coloca a ênfase na necessidade de proteger a circulação da informação. Partindo de um fundamento de liberdade de informação (liberdade de conhecer e aceder á informação existente, cuja limitação deve ser proporcionadamente justificada), os dados pessoais (e a informação, por conseguinte) são um bem económico objecto de comércio e a protecção de dados pessoais é uma preocupação que se insere nesta perspectiva – bem económico e necessidade de proteger a sua transacção. Tal não afasta, claro, a avaliação dos poderes públicos e sancionadora das violações dos direitos das pessoas (sobretudo de personalidade, onde está o direito à privacidade) ocorridas por um tratamento de dados pessoais. Mas essa avaliação é deixada às entidades reguladoras sectoriais, estatais e federais, e à sociedade civil, conferindo grande amplitude de acompanhamento, avaliação e actuação a estas instâncias no seio das entidades responsáveis pelos tratamentos de dados, actuando o Estado em último recurso pela tutela jurisdicional na tutela dos direitos fundamentais implicados. Diferentemente, na perspectiva europeia, a europeia continental de raiz de direito civil, maior ênfase é colocada, por um lado, na necessidade de proteger a pessoa humana no que toca às ameaças sobre a sua vida privada provenientes da generalização das tecnologias e de as dotar de uma plena

autodeterminação informacional sobre os dados que lhes respeitam. (Colliard, Letteron, 2005) Nesta perspectiva, a normatização positiva, legislada, do regime da protecção dos dados pessoais, foi um marco de grande impacto na questão da protecção de dados pessoais e comportou também o controlo administrativo, formal, institucional e procedimental (através da obrigação de registo e/ou obtenção de autorização prévia para todos os tratamentos de dados pessoais existentes): Considerandos 18), 46) e 48) a 55). Estas duas linhas correspondem, afinal, a uma tradição do direito continental europeu e foram transpostas para a Directiva 95/46: a disciplina do direito e a previsão da sua tutela com uma novidade proveniente dos Estados Unidos da América: as entidades administrativas independentes. A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, catalogando positivamente o direito à protecção de dados no seu artigo 8º, também acolhe, no seu nº 3, a pré-determinação de criação de uma entidade administrativa independente.

Com a preocupação de harmonização do mercado e da concorrência (Considerandos 7) e 8)), a Directiva parte da CEDH e da tradição constitucional dos Estados-membros que alicerçam a base de princípios gerais de direito comunitário para prosseguir o objectivo de garantir um elevado nível de protecção (de dados pessoais) na Comunidade (Considerando 10). O regime da Directiva fica dispensado de apresentação neste trabalho na medida em que se passará de imediato para o estudo da Lei de Protecção de Dados (LPD – Lei 67/98, de 26 de Outubro) que a transpôs, aliás, com grande fidelidade e, até, com maior densidade protectora, como se vê, pelo menos, em três ocasiões: *i)* ao passo que a Directiva diz, no seu Considerando 26), que o *“tratamento de dados de som e imagem, tais como os de vigilância por vídeo não é abrangido pelo âmbito de aplicação à presente directiva se for executado para fins de segurança pública, de defesa, de segurança do Estado ou no exercício de actividades do Estado relativas a domínios de direito penal ou no exercício de outras actividades não abrangidas pelo âmbito de aplicação do direito comunitário”*, o nº 4 do artigo 4º da LPD diz que *“A presente lei aplica-se à videovigilância e outras formas de captação, tratamento e difusão de sons e imagens que permitam identificar pessoas...”*; *ii)* enquanto a Directiva diz, no seu Primeiro Travessão do nº 1 do artigo 3º, que não se aplica aos tratamentos de dados pessoais que sejam efectuados *“no exercício de actividades não sujeitas à aplicação do direito comunitário, tais como as previstas nos*

Títulos V e VI do Tratado da União Europeia, e, em qualquer caso, ao tratamento de dados que tenha por objecto a segurança pública, a defesa, a segurança do Estado (incluindo o bem-estar económico do Estado quando esse tratamento disser respeito a questões de segurança do Estado), e as actividades do Estado no domínio do direito penal”, o nº 7 do artigo 4º da LPD diz que “A presente lei aplica-se ao tratamento de dados pessoais que tenham por objectivo a segurança pública, a defesa nacional e a segurança do Estado, sem prejuízo do disposto em normas especiais constantes de instrumentos de direito internacional a que Portugal se vincule e de legislação específica atinente aos respectivos sectores”; iii) diferentemente da Directiva, que apontou, no seu Considerando 17), para a interpretação e aplicação restritivas dos princípios da Directiva no caso de tratamento de som e imagem (e, por maioria de razão, outros dados pessoais) para fins jornalísticos ou de expressão literária ou artística, estatuidando, no seu artigo 9º, que “Os Estados-membros estabelecerão isenções ou derrogações ao disposto no presente Capítulo e nos Capítulos IV e VI para o tratamento de dados pessoais efectuado para fins exclusivamente jornalísticos ou de expressão artística ou literária, apenas na medida em que seja necessárias para conciliar o direito à vida privada com as normas que regem a liberdade de expressão”, a LPD não dedicou qualquer preceito a esta matéria e não estabeleceu qualquer isenção ou derrogação. De qualquer modo, não se deixará de chamar a Directiva quando algum específico tem deste trabalho lhe fizer referência.

4.3 O direito à protecção de dados pessoais em Portugal

Antes, porém, de entrarmos pela LPD, um pequeno percurso pela norma do artigo 35º da CRP, sob a epígrafe “Utilização da informática”, aproveitando-se também para olhar rapidamente para algumas normas da LPD sobre as quais este trabalho não se pode debruçar demoradamente por limitações de objecto e de espaço. A CRP de 1976 continha já uma norma sobre a protecção de dados pessoais mercê a utilização da informática, proibindo a atribuição de um número nacional único a cada cidadão (artigo 35º/3 da CRP de 1976) como consequência lógica decorrente da mudança de regime (v.

Parecer da CNPD n.º 37/2006), proibição que se manteve até à actualidade (artigo 35.º/5 da actual CRP). Este artigo consagra, no seu número 1, os direitos de informação e de acesso que são desenvolvidos nos artigos 10.º e 11.º da LPD. O n.º 2 do artigo 35.º prescreve que a lei defina o conceito de dados pessoais e estabeleça as condições do seu tratamento, o que a LPD faz, a par de outros conceitos, no seu artigo 3.º, 5.º a 9.º e 12.º a 20.º. O mesmo n.º 2 do artigo 35.º da CRP prevê a garantia da protecção do direito à protecção de dados pessoais através de uma autoridade administrativa independente, a Comissão Nacional de Protecção de Dados – CNPD – hoje regulada pelos artigos 21.º a 26.º da LPD e pela Lei 43/2004, de 18 de Agosto. O n.º 3 do artigo 35.º refere-se aos denominados dados pessoais sensíveis, onde se incluem os dados pessoais de saúde, que correspondem àqueles que são enunciados no artigo 8.º da Directiva acrescidos do dado “vida privada”. Para estes dados pessoais não pode existir tratamento de dados sem consentimento expresso do titular ou sem uma lei (lei formal, por força dos artigos 18.º e 165.º/1 b) da CRP) que habilitem ou legitimem esse tratamento, devendo, sempre, garantir que não existem discriminações. Esta norma do artigo 35.º/3 da CRP consigna a autodeterminação informativa num marco altamente representativo, na medida em que confere ao titular o poder de consentir ou não no tratamento dos seus dados pessoais sensíveis, caso não exista lei que legitime esse tratamento, independentemente do consentimento.

Quanto à LPD, esta lei define, na alínea a) do seu artigo 3.º e como vimos, o conceito de dados pessoais, sendo estes “*«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»*”. O conceito de dados pessoais é um conceito de fronteiras variáveis, como dificilmente poderia deixar de ser, e um dos campos de variabilidade é o do “*que possa ser identificada*”. É seguro que a intenção é expansiva: “*Convém notar que esta definição reflecte a intenção do legislador comunitário de uma noção ampla de «dados pessoais», que se manteve em todo o processo legislativo. A proposta inicial da Comissão explicava que «tal como na Convenção 108, é adoptada uma definição ampla*

para abranger todas as informações que possam ser ligadas a determinada pessoa». A proposta alterada da Comissão referia que «a proposta alterada vai ao encontro do desejo do Parlamento de que a definição de "dados pessoais" seja o mais geral possível para incluir toda a informação respeitante a uma pessoa»¹⁶. A amplitude e expansividade dos conceitos de “dados pessoais” e de “tratamento de dados pessoais” trouxeram problemas de interpretação e de aplicação, sobretudo tendo em conta os objectivos de harmonização que presidiram à Directiva.¹⁷ Na verdade, “O Grupo de Trabalho está consciente da necessidade de realizar uma análise aprofundada do conceito de dados pessoais. As informações sobre as práticas actuais nos Estados-Membros da UE apontam para alguma incerteza e diversidade entre os Estados-Membros no que toca a aspectos importantes deste conceito que poderão afectar o correcto funcionamento do actual quadro de protecção de dados em contextos diferentes. O resultado da análise de um elemento central na aplicação e interpretação das regras de protecção de dados, terá um profundo impacto em toda uma série de questões relevantes e será especialmente importante para temas como a Gestão da Identidade no contexto da Administração em linha (e-Government) e da Saúde em linha (e-Health), bem como no contexto da RFID (identificação por radiofrequência).”¹⁸ Esta preocupação do Grupo de Trabalho do Artigo 29º reflecte o problema de fundo de que este trabalho se propõe aproximar e ganhar propriedade. É muitas vezes o conceito de dados pessoais que determina a entrada em cena do regime de protecção de dados, tal como acontece, crê-se, com o conceito de tratamento de dados pessoais. A amplitude do

¹⁶ Grupo de Protecção das Pessoas no que diz respeito ao Tratamento de Dados Pessoais: Recomendação 4/99 relativa à inclusão do direito fundamental à protecção de dados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia adoptada em 7 de Setembro de 1999, disponível em http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/1999/wp26pt.pdf

¹⁷ Como exemplo do afirmado no que diz respeito ao conceito de dados pessoais: uma operadora de comunicações electrónicas defendeu a perspectiva de que o IP (código identificador do computador) não deveria ser considerado “dado pessoal” em todo e qualquer contexto porque a possibilidade de identificar a pessoa física concreta titular desse dado, na maior parte das vezes e só em situações especiais assim não acontece, é extremamente remota, senão impossível face aos meios tecnológicos requeridos para a identificação. E se a intenção legislativa era de um conceito amplo, a Directiva 95/46 ajuda a preencher essa amplitude dizendo no seu Considerando 26): *Considerando que os princípios da protecção devem aplicar-se a qualquer informação relativa a uma pessoa identificada ou identificável; que, para determinar se uma pessoa é identificável, importa considerar o conjunto de meios susceptíveis de serem razoavelmente utilizados, seja pelo responsável pelo tratamento, seja por outra pessoa, para identificar a referida pessoa*. Este Considerando está dotado da sua vocação e capacidade hermenêutica que são próprias dos Considerandos, enquanto elementos do quadro normativo da Directiva e, por isso, um juízo de proporcionalidade estrito deve ser equacionado e determinado quando se afere se um dado é um dado pessoal. E a maior parte das vezes, em relação ao IP, este não é, até pela “impossibilidade” ou “inviabilidade” de o ser face aos meios tecnológicos e de conhecimento inexistentes na grande maioria dos casos.

¹⁸ Recomendação nº 4/99 referida na nota 15.

conceito de dados pessoais alcançou já a noção de “impacte” na pessoa e, então, a partir do momento em que há um “impacte” na sua esfera, passamos a estar perante “dados pessoais” na medida em que o seu conceito contém a expressão “relativa a” (Recomendação 4/99 relativa à inclusão do direito fundamental à protecção de dados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia adoptada em 7 de Setembro de 1999, do Grupo de Protecção das Pessoas no que diz respeito ao Tratamento de Dados Pessoais). Este entendimento tem acompanhamento na doutrina, na medida em que “*a vida privada e a privacidade estende-se até ao campo onde vai a capacidade de determinação do curso da existência ou seja o conhecimento das decisões*” (Terwangne, 1999).

Mas, claro, como “*o conceito de autonomia – que na esfera jurídica forma o quadro paradigmático dos direitos fundamentais e das liberdades, contido na vida privada – implica necessariamente uma interacção entre o sujeito e o seu meio*”, o direito à protecção de dados pessoais não pode ser ilimitado e conhece restrições (Terwangne, 1999). De facto, “*Apesar do conceito amplo de “dados pessoais” e de “tratamento” contido na Directiva, o simples facto de uma determinada situação poder ser considerada como envolvendo o “tratamento de dados pessoais” na acepção da definição não determina por si só que esta situação seja abrangida pelas regras da Directiva, nomeadamente pelo disposto no seu artigo 3.º. Para além das derrogações decorrentes do âmbito de aplicação do direito comunitário, as derrogações ao abrigo do artigo 3.º têm em consideração o meio técnico de tratamento (de uma forma manual e não estruturada) e a intenção de uso (para actividades exclusivamente pessoais ou domésticas de uma pessoa singular). Mesmo nos casos em que o tratamento de dados pessoais é abrangido pelo âmbito da Directiva, nem todas as regras desta serão aplicáveis no caso em apreço. Algumas das disposições da Directiva prevêm um grau considerável de flexibilidade por forma a consagrar o equilíbrio adequado entre, por um lado, a protecção dos direitos da pessoa em causa e, por outro, os interesses legítimos dos responsáveis pelo tratamento, terceiros e o interesse público que poderá existir*”. “*Um resultado indesejável seria acabar por aplicar regras de protecção de dados a situações que não se pretendia contemplar e que não foram previstas pelo legislador. As derrogações materiais ao abrigo do artigo 3.º acima mencionadas e os esclarecimentos dados nos considerandos 26 e 27 da Directiva mostram a forma como*

o legislador pretendia que a protecção de dados fosse aplicada. Uma limitação prende-se com a forma como os dados são tratados”: Recomendação 4/99 do Grupo de Trabalho do artigo 29º já referida.

Outra questão que tem levantado dissensão no seio da União Europeia é a aplicação do regime de protecção de dados às pessoas já falecidas. O Grupo de Trabalho do Artigo 29º, no seu Parecer nº 4/2007, de 20 de Junho, sobre o conceito de dados pessoais¹⁹, afirma que *“A informação relativa a pessoas mortas, em princípio, não deverá assim ser considerada como dados pessoais sujeitos às regras da Directiva, uma vez que, efeitos do Direito Civil, os mortos já não são pessoas singulares.”* Mas na medida em que existe informação que não perde a confidencialidade, na medida em que os dados pessoais de uma pessoa falecida podem revelar informação sobre terceiros ainda vivos e, ainda, na medida em que os Estados-membros alarguem a protecção dos dados pessoais as titulares já falecidos, os dados pessoais das pessoas desaparecidas continua a merecer protecção, no caso português, por via do Código Civil (C.C.) e da LPD. Após a morte do titular, os herdeiros exercem o direito de acesso em nome próprio, porque houve transmissão dos direitos de personalidade. Mas os direitos à (reserva das) intimidade e à vida privada não se transmitem, não respeitam aos sucessores, embora estes tenham meios de defesa dos direitos pessoais do falecido (R. Gonçalves, 2003) e exerçam direitos próprios previstos no artigo 71º do C. C. Neste caso, para o exercício destes direitos da pessoa falecida constantes do nº 1 do artigo 71º do C.C. ou para exercício de direitos próprios com os quais os dados pessoais dos falecidos se relacionam, as pessoas mencionadas no nº 2 deste artigo 71º têm legitimidade para requerer o acesso (R. Gonçalves, 2002). Mas, *“O parecer prévio da CADA sobre a verificação do «interesse directo, pessoal e legítimo» do requerente perante dados pessoais do falecido só pode encontrar justificação nos casos em que as posições e interesses dos sujeitos («terceiro» interessado e falecido a quem dizem respeito) não coincidem, ou não se confundem”*. Dessa não coincidência de posições resultaria divergência ou conflito de interesses, tendo então a intervenção da CADA por função dirimir ou clarificar esse «conflitos» de interesses, entre quem pretende ter acesso à informação e a pessoa a quem os dados «respeitam» (R. Gonçalves, 2003) .

Tem-se aqui, por assente, que as pessoas mencionadas no nº 2 do artigo 71º do C.C. recebem alguns dos direitos de personalidade do falecido mas limitados na sua

¹⁹ Disponível em http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/index_en.htm

disponibilidade, como que vinculados por um poder-dever de protecção desses direitos. Por outro lado, estas pessoas têm legitimidade para ter acesso aos documentos para protecção dos seus direitos de personalidade (além de outros, claro, de natureza patrimonial e civil que estejam em disputa judicial, por exemplo) mas, neste caso, como titular da informação e do direito à protecção da privacidade e dos dados pessoais, por um lado, e titular do direito de acesso aos documentos e à informação administrativa, por outro, são diferentes, surge o conflito entre estes dois direitos fundamentais. Aqui é chamado a intervir o princípio da proporcionalidade, antes obrigatoriamente prévio à decisão do acesso e requerido junto da CADA, formulado e fundamentado por esta Comissão, hoje já não obrigatoriamente prévio. Mas o juízo de proporcionalidade não está dispensado, seja pela entidade requerida do acesso, seja pela CADA, seja pelas instâncias de apelo judicial.

O conceito de dados pessoais, como se viu e melhor se verá, é crucial para o nosso estudo, apesar de a tensão existente entre a LADA e a LPD parecer ficar muito mais atenuada pela nova redacção dada à LADA em 2007 que, como se indicou, retirou as expressões “dados pessoais”, mas também tirou as expressões “dados pessoais tratados” e “dados pessoais informatizados”. Mas as atenções podem também ser dedicadas ao conceito de tratamento de dados pessoais. De acordo com a alínea b) do artigo 3º da LPD, tratamento de dados pessoais é *“qualquer operação ou conjunto de operações sobre dados pessoais, efectuadas com ou sem meios automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a comunicação por transmissão, por difusão ou por qualquer forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, apagamento ou destruição”*.

O conceito de “tratamento” também não foi imediatamente edificado com consenso no seio da União Europeia. De facto, entre a Convenção nº 108 do Conselho da Europa, que tem um conceito de tratamento assente na automatização ou “matematização” das operações, e a lei alemã, que distinguia “recolha” de “tratamento”, havia muitas diferenças de ponto de vista, tantas que na primeira versão de 1990 o conceito de dados pessoais não incluía a “recolha”. (Higueras, 2003) O fundamento desta distinção era, precisamente, retirar a recolha do rol objecto das exigências quando os tratamentos estavam legitimados por lei ou consentimento, sobretudo quando a

recolha era feita pela Administração Pública. A recolha era, assim, algo distinto e anterior ao tratamento. (Higueras, 2003) Esta distinção entre recolha de dados como acto de um tratamento de dados pessoais, ou como mero fenómeno consistente na aquisição de informação, é feita quando se diz que *“a recolha de dados é, para nós e em sentido amplo, qualquer mecanismo que permita a obtenção de dados sobre o titular para seu posterior registo”* (Pérez, 2005). A mesma dificuldade surgiu com a comunicação de dados, onde divergências sobre a disponibilização, facultação, fornecimento e comunicação também surgiram (Higueras, 2003). Por seu turno, também os conceitos de “ficheiro”, “processo”, “base de dados”, “tratamento de dados” ou “sistemas de tratamentos de dados” concorreram com argumentos a suportar cada um deles, saindo vencedor o conceito de “tratamento de dados” (Higueras, 2003).

O Aviso do Comité Consultivo da Convenção para a Protecção das Pessoas face ao Tratamento Automatizado de Dados Pessoais sobre a Interpretação das Noções de Tratamento Automatizado e de Responsável pelo Tratamento no Contexto das Redes Mundiais de Telecomunicações, de 15 de Março de 2007, *“reafirma que a noção de tratamento automatizado deve ser interpretado como incluindo a noção de recolha efectuada tendo em vista um tratamento automatizado”* e considera que *“a recolha pode ser feita por meios automatizados ou manuais, o ponto essencial é que as operações de tratamento automatizado são aplicados aos dados”*.

4.4 Os diferentes “acessos” e os diferentes “direitos de acesso”

Na verdade, todas as operações listadas na alínea b) do artigo 3º da LPD (correspondendo literalmente à Directiva), enquanto parte do processo de tratamento, integram o conceito de “tratamento de dados pessoais”. A não distinção entre os patamares de recolha, a não diferenciação entre a utilização e o *“disclosure”* (este, o acesso a documentos por via do direito universal de acesso a informação e documentação administrativa, isto é, pela via da *“freedom of information”* ou da *“transparency”*), ou entre o tratamento no processo de manuseamento dentro da

organização ou fora dela, a não distinção com base nas diferentes finalidades, constituem outro problema da Directiva. De facto, tirando aquelas operações indicadas e descritas neste artigo que têm uma finalidade própria em si mesma e que acontecem isoladamente, de modo ocasional ou singular, as operações efectuadas por meios automatizados ou manuais integram o conceito.²⁰ Isto é, as operações indicadas e descritas na alínea b) do artigo 3º que são operações avulsas, que se consomem em si mesmas, que esgotam em si mesma a finalidade da operação, não são, em regra, tratamentos de dados pessoais.

Desta forma, há que distinguir o acesso a dados pessoais como operação inserida num tratamento de dados pessoais ou como operação de recolha de informação para tratamento de dados pessoais (por exemplo, acesso directo e em linha, ou acesso sistemático e programado, ou acesso regular a informação para tratamento subsequente), por um lado; e o acesso a documentação ou informação administrativa como exercício de um direito fundamental cuja finalidade é deixada ao livre arbítrio do acedente (acesso irrestrito a documentos administrativos não nominativos) ou está vinculada por aquela que fundamentou o acesso (a documentos nominativos), mas em que a operação do acesso não se incorpora nem é nenhum tratamento de dados pessoais, antes é um exercício de um direito fundamental que é constituído e consumado pelo acesso.

Por conseguinte, importa distinguir três situações de acesso: *i*) acesso a dados pessoais pelo próprio titular: artigo 35º/1 da CRP e 10º/1 c), 3º Parágrafo, 10º/4, 11º da LPD; *ii*) acesso a dados pessoais como tratamento de dados: alínea b) do artigo 3º, 14º/1 (acesso não autorizado)²¹, artigo 15º da LPD; *iii*) acesso a documentos administrativos, nominativos ou não, através do qual se acede a dados pessoais, tendo estes o sentido da alínea a) do artigo 3º da LPD, mas que corresponde ao exercício do direito fundamental consagrado no artigo 268º/2 da CRP e desenvolvido pela LADA.

Assim se entende o preceito do nº 4 do artigo 35º da CRP: é proibido o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos excepcionais previstos na lei. Este acesso é

²⁰ Kluwer Law International (parceira da Wolters Kluwer Law & Business, consultora especializada em Direito da Informação no contexto internacional): <http://www.kluwerlaw.com/>

²¹ Claro que o acesso não autorizado ou indevido não é operação de tratamento de dados pessoais presumivelmente lícito, na medida em que constitui ilicitude administrativa ou penal. Mas as medidas de segurança para os impedir, tais como os diferentes níveis de acesso como modo seguro de organização da informação, pressupõem o acesso a dados pessoais como operações de tratamento.

proibido em todas as acepções: é proibido tomar conhecimento das informações que provêm do acesso a dados pessoais, salvo nos casos excepcionais previstos na lei. Muitas leis estabelecem algumas exceções mas desde logo a LPD: artigo 6º e 12º, por exemplos. Quando se trata de dados pessoais sensíveis (artigo 6º da Convenção nº 108, artigo 8º da Directiva 95/46, nº 3 do artigo 35º da CRP, artigo 7º da LPD), o acesso a dados pessoais só se pode fazer se houver lei (lei formal) que legitime esse acesso ou se houver o consentimento livre, específico, informado e expresso do titular, ou nos outros casos previstos naquele artigo 7º da LPD.

Como neste trabalho se trata do acesso a dados pessoais de saúde, passa-se de seguida para o estudo e apresentação dos dados pessoais sensíveis e para a especial situação dos dados pessoais de saúde.

5 Os dados pessoais sensíveis, os dados pessoais de saúde e seu regime: o sigilo médico

5.1 O artigo 7º da LPD

Na linha do artigo 6º da Convenção nº 108 do Conselho da Europa, da Recomendação nº (97) 5 do Conselho de Ministros do Conselho da Europa, de 13 de Outubro, para o tratamento da informação de saúde e do artigo 8º da Directiva 95/46, o artigo 7º da LPD, concretizando o nº 3 do artigo 35º da CRP, estabeleceu o regime para o tratamento de “dados sensíveis”, onde se inserem os dados de saúde. Os dados pessoais de saúde são considerados, consensualmente, os dados pessoais mais sensíveis que existem, os dados “sensibilíssimos” ou informações “pessoalíssimas”, na medida em que têm uma abrangência e uma profundidade com tais amplitudes que permite chegar ao “*cerne mais oculto da célula e do cromossoma*” (Xavier, 2005)²² de cada indivíduo. Por isso, estes dados pessoais sensíveis devem ser rodeados de especiais

²² Ver Parecer da CNPD nº 18/2007.

medidas de segurança (artigos 14º e, então especialmente, 15º, da LPD), donde se destacam os diferentes níveis de acesso à informação e, por conseguinte, a possibilidade de seleccionar e segmentar o conteúdo da sua comunicação. A LPD, no seu artigo 7º, diz quais são os dados pessoais sensíveis, lá estando, expressamente, os dados de saúde, sendo esta menção expressa um reforço de ênfase, na medida em que o nº 3 do artigo 35º e o mesmo preceito da LPD já mencionam o dado pessoal “vida privada”, onde se insere, como também unanimemente é aceite, os dados de saúde.²³ De acordo com o artigo 7º, nº 2 da LPD, é proibido o tratamento de dados pessoais de saúde. Este é, pois, o princípio e a regra, a da proibição.

Contudo, o nº 2 do mesmo artigo 7º diz quando esse tratamento é legítimo, exceptuando da proibição do número anterior: *i)* quando exista lei que o permita; *ii)* quando o titular deu o seu consentimento expresso; ou *iii)* quando, mercê autorização da CNPD, haja um interesse público importante e o tratamento seja indispensável ao exercício das atribuições legais ou estatutárias do seu responsável. Ainda nos termos do mesmo artigo 7º, diz o seu nº 3 que o tratamento é legítimo nas situações seguintes: *i)* o tratamento for necessário para proteger interesses vitais de terceiro ou do titular e este não possa dar o seu consentimento; *ii)* o tratamento for efectuado com o consentimento do titular por associação ou organismo sem fins lucrativos, sob determinadas condições e limitações; *iii)* o tratamento disser respeito a dados manifestamente tornados públicos; *iv)* o tratamento for necessário para defesa ou protecção judicial.

Em breves comentários, o consentimento deve ser, não apenas expresso, mas antes disso, livre, específico e informado. As Deliberações da CNPD nºs 51/2001 e 72/2006 explicitam os conteúdos destes conceitos, mais esclarecendo que cabe ao responsável pelo tratamento (aquele que recolhe e processa os dados, colocando os meios e determinando a finalidade: alínea d) do artigo 3º da LPD) obter e demonstrar que obteve o consentimento. Os interesses públicos importantes são justificações sociais importantes e especiais que reclamam a intervenção simultânea de várias entidades e/ou organismos para responderem a uma necessidade ou exigência excepcional e que requerem uma agilidade, flexibilidade e rapidez de actuação que não se compaginam

²³ Como adiante se verá, os documentos administrativos que contêm dados pessoais sensíveis, como são os dados de saúde, são documentos nominativos, coincidindo esta classificação com o conceito de dados sensíveis e não havendo mais o problema de se indagar o que se entende por “dados pessoais” no contexto da LADA e, diferentemente ou não, no contexto da LPD. Este arriscado exercício hermenêutico, com a nova LADA, deixou de ser necessário e isso reflecte-se nas decisões da CADA.

com a elaboração de diploma legal ou obtenção de consentimento. Quanto á alínea a) do nº 3 deste artigo 7º, o interesse vital do titular ou de terceiro tanto pode ser físico como moral, fisiológico ou intelectual ou psicológico. No que respeita à alínea b) do nº 3 do artigo 7º, trata-se, na maior parte das vezes, ou de associações de natureza sócio-política ou sindical, ou de associações e entidades de solidariedade social e actuação cívica, no caso referente aos dados pessoais de saúde, associação de pacientes de uma determinada patologia ou fruidores de determinada terapêutica. No entanto, neste caso da alínea b) do nº 3 do artigo 7º, o consentimento continua a ser exigido, mas, diferentemente do seu nº 2, já não fala em consentimento expresso. Daqui, surge uma questão a que não se pretende responder mas que se enuncia: a alínea b) do nº 3 do artigo 7º, por facilidade, não se refere ao carácter expresso do consentimento porque já beneficiava do nº 2, ou, então, quis diferenciar as situações e, quando se trata das situações da alínea b) do nº 3 do artigo 7º da LPD, o consentimento já não tem de ser expresso, podem os dados ser tratados com o consentimento obtido por qualquer meio, uma vez que o titular é membro desse organismo e o tratamento se confina ao âmbito de actividade e ao universo da associação ou entidade? Recorrendo-se da função interpretativa da Directiva, há alguma preferência pela segunda alternativa, na medida em que a correspondente alínea d) do artigo 8º da Directiva não requer o consentimento para o tratamento por estas associações ou organismos, apenas exige o consentimento para a comunicação de dados a terceiros, o que permite inferir que no universo interno dessas entidades e para as respectivas finalidades esse consentimento não é requerido. A alínea c) do nº 3 do artigo 7º da LPD diz, na grande maioria das vezes, respeito a outros dados sensíveis que não os de saúde, sendo, assim, geralmente, dados da vida política, religiosa, privada, mas não de saúde. Apesar de o Documento do Grupo de Trabalho do Artigo 29º sobre o tratamento de dados pessoais ligados à saúde em registos de saúde electrónicos, de 15 de Fevereiro de 2007,²⁴ recomendar a interpretação restritiva destas excepções do artigo 8º da Directiva (7º da LPD), a alínea d) do nº 3 do artigo 7º tem conhecido (e bem, julga-se) interpretação consonante com a sua finalidade e teleologicamente integrada, de modo que a sua aplicação tem lugar em situações que não se reduzem à sua utilização judicial. Este quadro de admissibilidade do tratamento de dados pessoais de saúde é, na generalidade dos seus traços, aceite pela comunidade científica. Por mero exemplo, as organizações médicas reconhecem que o acesso a

²⁴ Disponível em: http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/privacy/index_en.htm

dados pessoais de saúde, caso não haja consentimento do titular, só se justifica se for para proteger um interesse vital do titular ou de terceiro ou, então, se se fundar em determinação legal, se advier de um dever sério com a sociedade, se se justificar por razões de segurança interna e nacional, se visar obstar a riscos de saúde pública ou se se destinar a investigação científica²⁵.

No caso dos dados pessoais (sensíveis) de saúde, o tratamento ainda é legítimo, por força do nº 4 do artigo 7º da LPD, quando for necessário para efeitos de medicina preventiva, de diagnóstico médico, de prestação de cuidados ou tratamentos médicos ou gestão de serviços de saúde, desde que o tratamento seja efectuado por profissional de saúde obrigado ao sigilo. A especificidade do sector de saúde aparece também no que toca ao prazo de conservação dos dados: neste caso dos dados pessoais de saúde manda a Portaria nº 247/2000, de 8 de Maio, que estes dados sejam conservados por prazos fixos e justificadamente prolongados, dada a sua natureza. Na verdade, o direito à protecção da privacidade e à protecção dos dados pessoais dos titulares não é confrontado, é sim conjugado, com o direito à vida e à saúde. Interesses dos titulares ou de terceiros podem aconselhar a um prazo mais alargado de conservação dos seus dados pessoais tratados, interesses esses que podem até contraditar outros interesses dos próprios titulares ou de terceiros. A ponderação desta conjugação é feita noutras normas relativas à protecção dos dados pessoais, desde logo na alínea a) do nº 3 e no nº 4 do artigo 7º da LPD, pois não se ignora a característica vitalícia da utilidade da informação de saúde, tal como não se ignora a imprevisibilidade da necessidade dessa informação para fins de diagnóstico e cuidados.

5.2 A Lei 12/2005, de 26 de Janeiro: lei sobre a informação de saúde

Os dados pessoais de saúde encontram-se, por outro lado, disciplinados pela Lei 12/2005, de 26 de Janeiro. Nesta lei sobre o conceito e “*circulação*” da informação de saúde (artigo 1º), define-se “informação de saúde” como sendo *todo o tipo de*

²⁵ Medical Ethics Today – It’s Practice and Philosophy, BMA – British Medical Association, 1993.

informação directa ou indirectamente ligada à saúde, presente ou futura, de um a pessoa, quer se encontre com vida ou tenha falecido, e a sua história clínica e familiar” (artigo 2º, com a epígrafe “informação de saúde) e diz-se que esta informação de saúde “*é propriedade da pessoa, sendo as unidades do sistema de saúde depositários da informação, a qual não pode ser utilizada para outros fins que não os da prestação de cuidados e a investigação em saúde e outros estabelecidos pela lei”* (nº 1 do artigo 3º, com a epígrafe “propriedade da informação de saúde”). Esta lei diz ainda que o “*acesso à informação de saúde por parte do seu titular, ou de terceiros com o seu consentimento, é feito através de médico, com habilitação própria, escolhido pelo titular da informação”* (nº 3 do artigo 3º). Esta Lei 12/2005, nos nº 1 e 2 do seu artigo 4º, cuja epígrafe é “tratamento da informação de saúde”, impõe um especial dever de preservar a confidencialidade da informação e o reforço do sigilo e formação deontológica dos profissionais, bem como a segurança da informação (instalações e equipamentos), impedindo o acesso e intervenções ilícitas e perigosas para a qualidade dos dados (integridade e fiabilidade da informação). Por sua vez, o nº 3 deste artigo 4º diz que a informação “*só pode ser utilizada pelo sistema de saúde nas condições expressas em autorização escrita do seu titular ou de quem o represente*”.²⁶ Por fim, o processo clínico é qualquer registo, informatizado ou manual, com informação de saúde dos doentes e seus familiares, devendo conter toda a informação médica disponível que respeite ao paciente e ser inscrita pelo médico ou outro profissional sujeito ao dever de sigilo e nos termos das normas deontológicas (nº 2, 3 e 4 do artigo 5º, com a epígrafe “informação médica”).

A leitura desta lei, de forma integrada com outros diplomas legais e com referência aos direitos fundamentais e seus regimes aqui em presença, suscita alguns comentários.

Em primeiro lugar, a Lei de Bases da Saúde, Lei 48/90, de 24 de Agosto (com as alterações introduzidas pela Lei 27/2002, de 8 de Novembro), confere ao utente, no seu estatuto definido na Base XIV, o direito à privacidade (alínea c) do nº 1) e à confidencialidade (alínea d) do nº 1) relativa à informação que lhe respeita. Esta informação deve ser toda a relevante para um tratamento adequado e competente.

²⁶ Não se entrará no específico campo dos dados genéticos, nem para uma visão integrada destes enquanto dados de saúde; no entanto, chama-se a atenção para o regime dos artigos 6º e 12º a 19º desta Lei 12/2005, de 26 de Janeiro.

“Médicos e hospitais estão obrigados a proceder à documentação e registo de actividade clínica. Os fundamentos dessa obrigação estão no direito contratual e no direito delitual: documentação minuciosa, pormenorizada, cuidados, completa actividade do médico, cirúrgica e de enfermagem. É requisito para a segurança do doente e o dever de documentação existe mesmo quando não há relação contratual entre médico e doente” (Pereira, 2006). Assim, o processo clínico deve ser o mais completo possível, contendo toda a informação produzida na prestação dos cuidados.

Em segundo lugar, o sigilo é reforçado expressamente pela Lei 12/2005. De facto, “*The common law duty of confidence has a much longer story than data protection law but they are both part of the framework of good information handling practice*”²⁷ O sigilo médico abrange toda a informação obtida pelos profissionais que não é do domínio ou do conhecimento público e que, precisamente, não é acessível por razões de privacidade, neste caso da informação médica (Santos, Gonçalves, Marques, 2004). O sigilo médico, tão antigo quanto a profissão da medicina e da saúde, tem duas finalidades, uma “*micro-jurídica*”, a de o paciente confiar no seu interlocutor e receber os melhores cuidados, outra “*macro-jurídica*”, de manter e fomentar a confiança no sistema de saúde (Terwangne, 1999).²⁸ O reforço do sigilo parece ter adquirido na Lei 12/2005 um alcance aparentemente inquestionável e, portanto, dispensável de ser equacionado, mas que, no entanto, merece explicitação e clarificação: o alcance da natureza estritamente individual do direito à privacidade, à protecção dos dados pessoais, ao sigilo e à confidencialidade da informação médica. Esta natureza individual contrapõe-se a algumas tendências com origens nos Estados Unidos da América em que perspectivam a família como “*unit of confidence*” dadas as relações de intimidade e as obrigações de assistência e solidariedade existentes entre os seus membros, havendo um direito-dever moral de conhecer o *dossier médico familiar*” e sendo o indivíduo visto como um elo, um elemento do conjunto genealógico (Terwangne, 1999). Porém, na tradição europeia continental, o sigilo é visto na polarização médico-paciente, que serve mais do que um interesse individual à privacidade e à protecção dos dados pessoais do paciente; serve ainda o interesse social e colectivo de proteger a classe dos profissionais

²⁷ Richard Thomas, Information Commissioner do Reino Unido na apresentação do “Confidentiality: NHS Code of Practice”, Londres, Inglaterra, Novembro de 2003.

²⁸ Por isso esta autora defende que, mesmo com o consentimento do titular, a limitação da autonomia é equacionada quando se pondera o interesse geral e a protecção da confiança, quer da classe médica, quer do sistema de saúde.

de saúde e de fomentar o maior zelo e diligência nos cuidados a prestar e, por fim, o interesse público de gerar confiança no sistema (Graça, 2002). Ademais, certos dados pessoais, certas informações, sobretudo de saúde, podem identificar outras pessoas, terceiros em relação aos titulares pacientes, podem respeitar-lhes, portanto, sendo estes terceiros, então, os titulares que vêem as suas informações reveladas, além de que certas informações da vida privada e, de novo sobretudo, de saúde, podem ter relevância na criação, estabelecimento e extinção de relações familiares, com grande impacte no seio destas relações e seus titulares. E, por isso, devem os dados pessoais, a informação de saúde dos titulares pacientes, ser protegidos também em relação aos familiares (Silveira, 2004). É com razoabilidade, crê-se, que, se o princípio da confidencialidade é salvaguardado pelo n° 2 do artigo 268° da CRP porque se refere à vida privada e abrange, por força do artigo 64°, n° 1, da LGT (Lei Geral Tributária), a situação tributária,²⁹ por maioria de razão, abrange a informação de saúde.

Em sentido contrário a este reforço da autodeterminação informacional do utente titular, o n° 3 do artigo 3° da Lei 12/2005 impõe a intermediação médica mesmo contra ou independentemente da vontade do seu titular, quando este acede á informação. Esta norma trouxe dificuldades, pois de acordo com o seu regime, além do próprio titular, só o terceiro com consentimento do titular é que carece de intermediação médica, mas já não o terceiro que aceda à informação independentemente deste consentimento. Esta situação trazia alguns paradoxos quanto à autodeterminação informacional: ao titular da informação que quisesse aceder ao processo clínico exigia-se intermediação médica, ao seu advogado devidamente mandatado ou a terceiro devidamente autorizado também, mas ao terceiro ou ao advogado de terceiro, fosse contraparte em pleito judicial, já não era exigida a intermediação. A razão protectora da intermediação, ao impor-se ao próprio titular e seus representantes ou aos terceiros por si autorizados, mas já não aos demais terceiros, parece ter exagerado na sua extensão. Esta norma do artigo 4°, n° 3, da Lei 12/2005, de 26 de Janeiro, foi revogada pelo artigo 7° da LADA (lei 46/2007, de 24 de Agosto) que diz textual e expressamente que “*A comunicação dos dados de saúde é feita por intermediação de médico se o requerente o solicitar*”. Este artigo 7° da LADA também revogou o n° 5 do artigo 11° da LPD, pois este diz que “*O direito de acesso à informação relativa a dados de saúde, incluindo os dados genéticos, é exercido por*

²⁹ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 20 de Maio de 2003, decretado no Processo 0786/03.

intermédio de médico escolhido pelo titular dos dados". A incisão destas alterações denota a intenção revogatória. Eis, pois, um segundo paradoxo: é a Lei de Acesso aos Documentos Administrativos que vem trazer ao ordenamento jurídico o regime mais "amigável" à autodeterminação informacional dos titulares da informação de saúde, o que não deixa de ser um contributo de grande alcance no sentido "emancipatório" do indivíduo, claro está, sem ignorar que "*O titular da informação de saúde tem o direito de, querendo, tomar conhecimento de todo o processo clínico que lhe diga respeito, salvo circunstâncias excepcionais devidamente justificadas e em que isso lhe possa ser prejudicial, ou de o fazer comunicar a quem seja por si indicado*": nº 2 do artigo 3º da lei 12/2005. Daí que esta revogação da obrigatoriedade da intermediação pela LADA tenha recebido geral e rápida aceitação por parte das unidades do Sistema Nacional de Saúde, bem como por parte de todos os aplicadores deste novo regime.

A quarta nota prende-se com a "propriedade" da informação e com o seu "depósito" nas unidades do sistema. Esta formulação significa, parece, um acréscimo e uma valorização da autodeterminação informacional do titular paciente e utente que, para todos os efeitos, nomeadamente para o efeito do estatuto do utente da Lei de Bases da Saúde, lhe concede uma posição reforçada em toda a latitude e para todos os efeitos. O recurso ao "instituto" ou "instituição" da propriedade é um claro sinal de dotação do indivíduo de todo o domínio e disponibilidade da informação que lhe respeita. Por seu turno, o recurso ao instituto do "depósito" de natureza eminentemente civilista (artigo 1185º do Código Civil e seguintes) não deixa de ter o seu significado nas relações entre o utente titular e a unidade do sistema de saúde, com orientação na prevalência e na maior autonomia do titular.

A quinta observação a fazer é que o tratamento da informação, neste diploma, parece ser o tratamento "automatizado", organizado, processado, tendo em atenção a epígrafe e o regime do artigo 4º. As operações a que se refere o artigo 3º da LPD, aqui fica bem ilustrado, julga-se, são operações integradas no tratamento de dados pessoais e o acesso de que aqui se fala (nº 1 e 2 do artigo 4º) é o acesso, ou dentro do tratamento, ou indevido e ilícito. Também a "utilização" de que fala o nº 3 do artigo 4º é a utilização, parece, dentro do Sistema Nacional de Saúde, pelas unidades de serviço de saúde e seus profissionais, nos termos do consentimento informado prestado para o acto médico. Este termo "utilização" do nº 3 do artigo 4º deve ser visto á luz da mesma

expressão constante do nº 1 do artigo 3º: a informação depositada nas unidades de saúde não pode ser “*utilizada para outros fins que não os da prestação de cuidados e investigação em saúde e outros estabelecidos pela lei.*” Esta utilização parece ser o manuseamento da informação e sua circulação dentro das unidades do sistema de saúde, mas não a mera “recolha” dos dados. Isto é, com base no nº 3 do artigo 4º, não deve concluir-se que os dados de saúde só podem ser recolhidos se e nos termos do consentimento expresso e escrito do titular, antes se deve assentar, apenas, que a informação existente, por depósito, nas unidades de saúde só pode ser utilizada, manuseada, processada, para efeitos de prestação de cuidados ou investigação em saúde ou para outros fins previstos na lei. De contrário, haveria que considerar que esta norma do nº 3 do artigo 4º da Lei 12/2005, de 26 de Janeiro revogou o nº 4 do artigo 7º da LPD. Recorde-se: o tratamento é legítimo, independentemente de lei ou consentimento do titular, por força do nº 4 do artigo 7º da LPD, quando for necessário para efeitos de medicina preventiva, de diagnóstico médico, de prestação de cuidados ou tratamentos médicos ou gestão de serviços de saúde, desde que o tratamento seja efectuado por profissional de saúde obrigado ao sigilo. Caso não haja uma interpretação afinada para efeitos de compatibilização e integração das normas que visam fins diferentes (o nº 4 do artigo 7º excepcionar da proibição de tratamento de dados pessoais de saúde sem lei habilitante ou consentimento expresso os casos dos tratamento de dados pessoais, *grosso modo*, no Sistema Nacional de Saúde, para viabilização do regime e sua aplicabilidade, e o nº 3 do artigo 4º da lei 12/2005 disciplinar em obediência à vontade do utente a utilização da informação médica que lhe respeita dentro do Sistema Nacional de Saúde), pode dar-se o caso da incompatibilidade destas normas. Assim, não se dita esta revogação, pois o resultado provinha de uma interpretação literal e automática, não de uma interpretação que, como se verá, deve ser integrada e ponderada nos valores, princípios e bens jurídicos em jogo.

Pode tirar-se, então, algumas sintéticas conclusões: *i)* os dados pessoais de saúde são dados sensíveis que só podem ser tratados com base em lei formal ou consentimento expresso ou nos casos do nº 3 e 4 do artigo 7º da LPD; *ii)* esses dados são propriedade do titular e as unidades de saúde do Sistema Nacional de Saúde são apenas depositárias dessa informação; *iii)* no Sistema Nacional de Saúde, as informações de saúde só podem ser utilizadas nas condições expressas pelo consentimento escrito do titular; *iv)*

as informações de saúde depositadas nas unidades do Sistema Nacional de Saúde só podem ser utilizadas para fins de prestação de cuidados e investigação em saúde e outros estabelecidos pela lei; v) o tratamento da informação a que se refere o artigo 4º da Lei 12/2005 é o tratamento informatizado dos dados, a sua organização, processamento e conservação por meios informáticos; vi) o acesso a dados pessoais de saúde só é feito por intermediação médica se o requerente o solicitar, por força do artigo 7º da Lei 47/2007, de 4 de Agosto.

6 Alguns testemunhos europeus: as posições do ICO do Reino Unido, da CADA e CNIL de França, do EDPS – Supervisor Europeu de Protecção de Dados e do Grupo de Trabalho do Artigo 29º

Pode identificar-se, já aqui se aventou nesse sentido, dois modelos de perspectivar estes dois direitos fundamentais, dentro do sistema ocidental fundador da Sociedade da Informação: o modelo norte-americano de raiz anglo-saxónica com grande influência recíproca sobre e do Reino Unido (e outros países geralmente com grande afinidade ao Reino Unido no seio da União Europeia: a Irlanda, a Dinamarca e a Holanda) e o modelo europeu continental construído sob grande influência alemã, francesa e italiana. O estudo aprofundado do “estado da arte” na União Europeia sobre a matéria deste trabalho implicaria a apresentação das decisões dos Estados-membros sobre esta tensão entre o direito de acesso aos documentos administrativos e o direito à protecção dos dados pessoais no que se refere aos documentos de saúde. Como facilmente se adivinha, esse estudo extravasava os limites desta dissertação. No entanto, trazer aqui o quadro de referência destes dois modelos pelos seus mais significativos representantes – o Reino Unido e a França – é imprescindível para a consolidação da estrutura deste trabalho. Não podendo estudar e apresentar os modelos italiano ou espanhol, também bastante significativos do ponto de vista institucional e normativo, colmatou-se esta impossibilidade com a alusão às posições do Supervisor Europeu de

Protecção de Dados e com a posição do Grupo de Trabalho do Artigo 29º, tentando-se, assim, espelhar a sensibilidade europeia nesta matéria.

6.1 O tratamento e acesso a dados pessoais sensíveis na União Europeia: o Supervisor Europeu de Protecção de Dados (EDPS) e o Grupo de Trabalho do Artigo 29º (Artigo 29º)

O tratamento de dados pessoais sensíveis, sobretudo os dados pessoais de saúde, não acontece, frequentemente, no seio dos organismos da União Europeia. Facilmente se compreende que assim seja, dada a natureza destes organismos e as competências da União, limitando-se a atribuições político-administrativas onde não se incluem as atribuições de prestação de cuidados de saúde.

6.1.1 O EDPS – *European Data Protection Supervisor*

O Supervisor Europeu de Protecção de Dados (Autoridade Europeia para a Protecção de Dados), criado pelo Regulamento nº 45/2001, do Parlamento e do Conselho, de 18 de Dezembro de 2000, é uma autoridade totalmente independente com funções de autoridade administrativa na instrução e decisão de queixas e reclamações, emissão de pareceres e recomendações, acompanhamento do progresso tecnológico e avaliação dos instrumentos normativos existentes e efectuar o controlo do tratamento de dados pessoais no seio dos organismos da União Europeia (artigo 46º). Neste contexto, o tratamento de dados pessoais de saúde apresenta riscos específicos para os direitos e liberdades das pessoas em causa (artigo 27º/1 e 2, alínea a) do Regulamento 45/2001) e, por isso, não obstante as instituições e organismos das União Europeia não prestarem cuidados de saúde, o tratamento destes dados por estas instituições e organismos conhece um regime igual ao da Directiva 95/46 (artigo 10º do Regulamento 45/2001).

No Documento do EDPS sobre o Acesso do Público aos Documentos e Protecção de Dados³⁰ são referidos dois Regulamentos, o 45/2001 sobre a protecção de dados pessoais e o 1049/2001, sobre o acesso do público aos documentos. Este último limita o acesso ao público a documentos cuja divulgação possa perigar a vida privada e integridade das pessoas, tal como acontece com a revelação das informações de saúde, mas, como se trata de acesso a documentos administrativos dos órgãos e serviços das instituições da União Europeia e, portanto, tratando-se do direito à privacidade e à protecção de dados pessoais, estes direitos não são ilimitados. De facto, como se trata de dados pessoais relativos a funcionários, estes estão sujeitos a um nível de interesse público – por razões de transparência e de interesse público –, que é crescente consoante aumente a responsabilidade do funcionário, o que faz com que alguns dados pessoais possam ser colocados fora do âmbito da privacidade merecedora de protecção. Por isso se diz, na alínea a) do artigo 1º “*de modo a que o acesso aos documentos seja o mais amplo possível*”, na alínea b) “*de modo a que o acesso aos documentos seja o mais amplo possível*” e na alínea c) “*Promover boas práticas administrativas em matéria de acesso aos documentos*”. É nesta conformidade que o EDPS afirma que “*o nível de protecção de dados e de transparência são sinais de boa «governância»*”, pois não existe qualquer relação hierárquica entre estes dois direitos, mas pode haver colisão entre eles. Porém, considera ainda o EDPS, o direito à protecção de dados e o direito de acesso aos documentos administrativos são direitos que não se opõem, antes se complementam e, assim, importa ver os campos onde esses direitos se intersectam e promover as boas práticas nas instituições, pelo menos assegurando o direito de informação dos titulares. Quanto ao acesso a documentos com dados pessoais sensíveis (diferente de documentos sensíveis no contexto do Regulamento (CE) 1049/2001, uma vez que neste Regulamento os documentos sensíveis são “*documentos emanados das instituições ou das agências por elas criadas, dos Estados-Membros, de Estados terceiros ou de organizações internacionais, classificados como "TRÈS SECRET/TOP SECRET", "SECRET", ou "CONFIDENTIEL" por força das regras em vigor no seio da instituição em causa que protegem os interesses essenciais da União Europeia ou de um ou vários dos seus Estados-Membros abrangidos pelo n.º 1, alínea a), do artigo 4.º, em especial a segurança pública, a defesa e as questões militares*”: nº 1 do artigo 9º), não havendo consentimento do titular, importa indagar se i) o titular dos dados foi, por

³⁰ Disponível em www.edps.eu.int

alguma via, informado do acesso de terceiro, *ii*) apurar se houve oposição manifestada a esse acesso ou se o titular tem fundamento para objectar a esse acesso, *iii*) antever os riscos do acesso, *iv*) aferir da possibilidade de conceder o acesso parcial, dissociado ou anonimizado e, assim, satisfazer a necessidade que ditou o pedido de acesso, *v*) procurar saber se a informação a que se acede é para ser divulgada ou se fica na esfera do requerente e, finalmente, *vi*) fazer um juízo de proporcionalidade. Isto porque, de acordo com a alínea b) do nº 1 do artigo 4º deste Regulamento, a vida privada e integridade do indivíduo é uma excepção ao livre acesso à documentação administrativa com grande importância, tanto que as excepções devem caducar quando já não se justificarem, ao fim de 30 anos, excluídas aquelas excepções que se prendem com a privacidade, as quais podem ser mantidas após este lapso de tempo: artigo 7º/4 do regulamento (CE) 1049/2001.

O acesso como operação de tratamento de dados pessoais diferente do acesso a documentação no exercício do direito fundamental de acesso à informação, aos registos e arquivos de documentação administrativa está bem patente no artigo 9º deste Regulamento, o qual versa sobre o acesso directo e em linha ou por registo de acedente. Não obstante, *“By mentioning disclosure as a way of processing, the data protection regulation it self, «nota bene», independently of the public access regulation, creates the possibility of making personal data public”*.³¹ Independentemente da legislação sobre acesso a documentação administrativa, ou seja, sem eliminação ou secundarização de qualquer dos direitos em causa.

6.1.2 O Artigo 29º (Grupo de Trabalho criado pelo Artigo 29º da Directiva 95/46, do parlamento e do Conselho, de 24 de Outubro de 1996, para acompanhamento e avaliação das matérias de protecção de dados no seio da União Europeia)

Quanto ao Artigo 29º, sendo este grupo criado pelo artigo 29º da Directiva 95/46, também marcado pela independência e com funções consultivas, para avaliação e

³¹ Ver documento referenciado na nota anterior.

pronunciamento sobre as matérias de protecção de dados, o balanço deste direito com o de acesso aos documentos administrativos não é matéria central sobre que se debruça a actividade deste grupo. Mas quanto aos dados pessoais de saúde, o Documento de Trabalho sobre o tratamento de dados pessoais ligados à saúde em Registos de Saúde Electrónicos (RSE), adoptado em 15 de Fevereiro de 2007³², contém elementos importantes para a reflexão feita nesta dissertação. Na verdade, tradicionalmente, a informação de saúde das pessoas existente nas unidades de prestação de cuidados de saúde encontrava-se disponível a todos os profissionais de saúde para os respectivos cuidados médicos, mas estava espartilhada por diversos elementos de registo e não fundida num só ficheiro ou registo. O RSE visa agregar num só documento toda a informação existente sobre determinada pessoa no que respeita à sua saúde, oferecendo a imediata disponibilidade da totalidade da informação. Se é inquestionável a vantagem para a prestação de cuidados, a concentração total de informação e a possibilidade de acessos em número elevado e em simultâneo, mesmo à distância, aumenta os riscos para a privacidade e para a protecção dos dados pessoais. Mas o RSE pode melhorar a qualidade da informação, a eficácia das medidas de segurança da informação e o maior controlo de acesso à informação.³³ A grande vantagem do RSE é, além da aplicação de medidas de segurança da informação que se mostram mais fiáveis e eficazes do que com os processos em papel e dispersos, desde logo pelo registo automático de acessos e operações e pelo controlo da utilização e rastreabilidade das operações, aquela que advém da possibilidade de agregação seleccionada e segmentada da informação por diversos tipos de categorias de informação, permitindo aplicar regimes diferenciados consoante esses módulos de informação. Isto traz vantagens, no que ao acesso por terceiros diz respeito, na medida em que, para a finalidade que preenche o princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proibição do excesso), o direito de acesso a segmentos ou módulos de informação pode satisfazer o direito fundamental à informação e, simultaneamente, salvaguardar o direito à protecção de dados pessoais dos titulares. De igual forma, o titular da informação, como se verá mais à frente que

³² Disponível em http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/privacy/index_en.htm

³³ Na verdade, no Relatório da CNPD sobre o tratamento de dados pessoais nos Hospitais do Sistema Nacional de Saúde, cuja responsabilidade pela avaliação e autoria como relator coube ao então vogal desta Comissão já citado Amadeu Guerra, aponta para as grandes e graves deficiências do tratamento dos dados pessoais de saúde nestes hospitais e para a necessidade e vantagem de introdução do RSE. Relatório disponível em http://www.cnpd.pt/bin/relatorios/outros/Relatorio_final.pdf

deve poder acontecer, pode, assim, prestar declarações sobre a comunicabilidade ou objectar ao acesso por terceiros que não sejam profissionais de saúde, a determinado tipo de dados, com fundamento específico ou por exercício da sua autodeterminação informacional, sem prejudicar a qualidade das prestações de cuidados médicos.

Mas se as autoridades e grupos da União Europeia, porque os seus organismos não prestam cuidados de saúde, não se vêem obrigados a fazer amiúde a ponderação do direito de acesso a documentos administrativos e dos direito à protecção de dados pessoais no que toca ao acesso a documentos de saúde, já o mesmo se não passa com algumas autoridades de Estados-membros. O estudo dos regimes inglês e francês, como atrás já se apontou, não será aqui traduzido nem comparado, pois não há espaço nesta dissertação para essa tarefa; mas trazem-se alguns ensinamentos das autoridades inglesas e francesas, como maiores expoentes dos modelos anglo-saxão e continental no seio da União Europeia, que podem mostrar-se muito úteis e valiosos no entendimento teórico e aplicação prática dos regimes destes dois direitos fundamentais e seus meios de garantia.

6.2 O ICO – *Information Commissioner's Office* – do Reino Unido

No Reino Unido, tratamento de dados pessoais e acesso à informação e documentação administrativa (e, também, a liberdade de imprensa) são matérias colocadas sob uma mesma entidade: o *ICO – Information Commissioner's Office*. O modelo inglês mostra-se bastante flexível e convocante de diversos instrumentos de regulação, como se verá, adoptando um estilo e pauta de actuação que, aparentemente, surge como bastante complexo e curvilíneo, mas que, na tradição do pragmatismo anglo-saxónico, resulta bastante versátil e garantístico. Na verdade, a matriz anglo-saxónica que enfatiza a liberdade e a circulação da informação é temperada com os procedimentos mais amigos da protecção dos dados pessoais e da promoção da autodeterminação informacional.

Como já se assinalou na intervenção de Richard Thomas, *Information Commissioner* do Reino Unido, o ponto de partida é comum a todos os entendimentos

jurídicos construídos neste sector: a informação de saúde é a mais sensível que existe, na medida que é aquela que mais revela e mais profundamente afecta o indivíduo e que atinge o âmago do seu ser existencial, podendo ser o factor para a sua maior vulnerabilidade. O sistema de saúde, por sua vez, é onde as pessoas mais confiam a informação que lhes respeita, é no sistema de saúde que as pessoas mais têm expectativa de segredo da informação que depositam. Em terceiro lugar, o desenvolvimento tecnológico, as práticas médicas, as partilhas de informação para cuidados médicos, as práticas gestionárias dos sistemas de saúde, as parcerias de investigação, a relevância da informação médica para fins sociais e económicos – relações laborais e contratuais, tudo isto faz com que a desconfiança sobre a confidencialidade da informação seja levantada e, assim, diminua a confiança no sistema.

O ICO incentivou e mediou a criação do Código de Boas Práticas no Sistema Nacional de Saúde, consagrando regras práticas de extrema importância, como a verificação da identidade dos requerentes e sua autenticação, a justificação da necessidade do acesso, a proporcionalidade face á justificação apresentada, a consciencialização e formação dos recursos humanos e a prestação da informação ao titular, quer do registo, quer da possível comunicação, sempre com o dever de efectivo esclarecimento. O quadro de actuação foi definido em alguns passos, como o ilustram os exemplos seguintes: *i)* se há lei ou decisão judicial ou administrativa que impõe o acesso de terceiros a documentos de saúde, esse acesso deve ser satisfeito com a prestação da respectiva informação ao titular; *ii)* caso não haja essa imperatividade judicial ou legal, importa aferir se acesso visa fins médicos do titular ou de terceiro e, neste caso, verificar se titular pode dar consentimento informado ou se objecta a tal acesso e, neste último caso, procurar o consenso; *iii)* averiguar da proporcionalidade – adequação e necessidade e proibição do excesso; *iv)* mesmo havendo fundamento legal para o acesso, tal não afasta o dever de informar o titular da informação.³⁴

O ICO e o sistema inglês tem uma marca muito visível, a da comunicação, interacção e complementaridade entre diversos organismos de diferente natureza que se debruçam sobre esta matéria: no caso do Código de Boas Práticas no Sistema Nacional de Saúde, entre o ICO, o *Department of Health* (Ministério da Saúde) do Governo inglês e o Conselho Médico Geral da congénere da Ordem dos Médicos portuguesa.

³⁴ Code of Good Practice of National Health System, November, 2003

Esta articulação caracteriza os sistemas anglo-saxónicos com resultados meritórias na abordagem multidisciplinar e pluri-institucional. É desta maneira que o *Department of Health* é chamado a pronunciar-se a par do ICO e da corporação congénere da Ordem dos Médicos sobre este tema do acesso a dados pessoais de saúde por parte de terceiros, sobre os protocolos de partilha da informação, sobre a uniformização de procedimentos no acesso e comunicação de informação médica, bem como sobre as medidas de segurança na verificação da identidade e na autenticação dos requerentes e acedentes. Esta experiência comum conta, ainda, com um enquadramento por alguns instrumentos normativos de cariz muito prática, como é próprio, também, da tradição anglo-saxónica.

Assim, o *Access to Medical Report Act* de 1988 (distinto do *Data Protection Act* de 1998, diferente do *Access to Personal Files* de 1987 e diferente, ainda, do *Access to Health Records Act* de 1990) permite o acesso ao relatório médico, sendo este relatório inconfundível com o dossier clínico e com o registo na posse do médico, ainda que resulte destes últimos, pois trata-se de uma resenha ou “*rapport*” elaborados para efeitos específicos, como seja, desde logo, o exercício do direito de acesso. De acordo com este *Access to Medical Report Act* de 1988, algumas regras práticas são de observar: *i)* o requerente do acesso tem de notificar previamente o titular da informação a comunicar que vai exercer o direito de acesso ao seu relatório clínico, mencionando obrigatoriamente o direito de o titular poder conhecer o relatório acedido antes de o requente ter o efectivo acesso; *ii)* quando o titular exerce o seu direito de previamente conhecer o relatório que lhe respeita e que vais ser acedido pelo terceiro requerente, o médico não satisfaz o direito de acesso sem ter o consentimento do titular e sem receber as eventuais correcções, aditamentos ou esclarecimentos do próprio; *iii)* Se o médico aceita as correcções, aditamentos ou esclarecimentos que o titular haja efectuado, incorpora-os no relatório; *iv)* se o médico não aceita estas intervenções do titular na elaboração do relatório, o ponto de vista do titular pode ser anexado ao relatório; *v)* o direito de acesso não é satisfeito antes de passarem 21 dias após o respectivo requerimento, prazo com que o titular conta para fazer as suas declarações, aditamentos, esclarecimentos, exigir condições e limitações e, até, manifestar a sua objecção; *vi)* o médico pode recusar o direito de acesso a terceiros se acesso pode fazer perigar física ou mentalmente o titular dos dados; *vii)* o médico pode fazer indagações sobre a motivação e finalidade do requerente de acesso e decidir, fundamentadamente, em

conformidade com o resultado dessa indagações; *viii*) caso o requerente não seja um profissional de saúde com actividade relevante para a prestação de cuidados, nem tiver obtido o consentimento do titular, o acesso pode ser recusado, total ou parcialmente; *ix*) no caso de satisfação parcial do acesso, o médico justifica essa redução ao requerente e notifica o titular do acesso parcial que vai ter lugar, para se poder pronunciar nos termos descritos; *x*) o médico não pode dar o relatório para efeitos laborais ou de seguros sem primeiro notificar o titular para obter dele o consentimento; *xi*) o requerente do acesso ao relatório clínico para efeitos laborais tem de mencionar estas finalidades expressamente no requerimento de acesso e na notificação que previamente tem de fazer ao titular, com a menção obrigatória de que o titular pode revogar livremente o consentimento que preste; *xii*) o médico que satisfaça o pedido de acesso para efeitos laborais ou de seguros, seja com base no consentimento do titular, seja com base na ponderação da justificação do requerente, deve conservar o relatório que comunicou durante, pelo menos, 6 meses, à total disponibilidade do titular.³⁵

Por sua vez, o *Access to Health Report Act* de 1990 começa por fixar o regime de acesso e por providenciar pela qualidade da informação clínica – a sua actualidade, exactidão, completude – na actividade de todos os profissionais de saúde, com uma abrangência que engloba as novas terapias e as denominadas medicinas alternativas. De acordo com este instrumento, como a informação médica é excessivamente técnica e, frequentemente, ininteligível pelo cidadão comum, há um dever de esclarecimento e de explicação do conteúdo na prestação da informação. No processo clínico, a autonomia do titular não é limitada: há um dever de inscrição, como se viu e, por outro lado, mesmo o consentimento pode ser limitado pelo interesse geral que preside ao sigilo médico. Mas o titular da informação pode fazer menção no processo clínico que se opõe e objecta ao acesso por terceiros, declaração que deve ser tomada em consideração no momento da decisão sobre o pedido de acesso. De todo o modo, é de ter em conta que o titular da informação, o sujeito da relação “contratual” da prestação de cuidados médicos, a pessoa em causa forneceu a informação clínica com a expectativa do sigilo que recai sobre a informação médica e, daí, o juízo de proporcionalidade deve ser formulado, não havendo lugar ao acesso ao processo clínico se não existir qualquer

³⁵ Referiu-se, representativamente, o médico como o fornecedor da informação a que se acede, mas com ele quis-se abranger todos os profissionais de saúde. A referência ao médico é para sublinhar a responsabilidade do profissional que lida directa e pessoalmente com o titular da informação e que tem o conhecimento e domínio efectivo da informação.

reclamação, reivindicação, queixa ou acção judicial contra o titular vivo ou já falecido. As cláusulas contratuais privadas que contenham a sujeição a um regime de acesso diferente do consagrado por esta norma do *Access to Health Report Act* são nulas e, nas decisões sobre a satisfação do direito de acesso, a unidade de saúde pode (ou deve) consultar-se externamente, na linha da multidisciplinaridade e complementaridade institucional atrás assinaladas.

Por fim, o *FOIA – Freedom of Information Act* de 2000 – introduziu o conceito de “public interest test” para aplicar ao pedido de acesso, conceito com conteúdo que não deve ser traduzido literalmente e de forma imediatista. De facto, este conceito é extremamente lato e remete mais para o juízo de proporcionalidade, no sentido de aferir se existe algum interesse ou direito que, não apenas seja atendível e razoável do ponto de vista do requerente, mas ainda que mereça tutela à luz do ordenamento jurídico vigente, assim se cumprindo o interesse público de satisfação desse direito ou interesse, caso aconteça. Isto é, além da ponderação da expectativa do titular da informação que vai ser acedida, por um lado, é equacionada e respondida a proporcionalidade do pedido à luz da consistência e densidade da fundamentação do pedido de acesso face ao interesse público da tutela e arbitramento dos direitos e interesses em presença.

Note-se, a encerrar estes meros tópicos da realidade do Reino Unido, que o acesso á informação médica se faz pela conjugação destes instrumentos normativos e no desenvolvimento das relações institucionais atrás aventadas.

6.3 A CNIL (*Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés*) e a CADA (*Commission de l’Accès aux Documents Administratifs*) em França

Diferentemente, em França o modelo legislativo e institucional conta com duas leis para os dois direitos fundamentais – a Lei 78-17, de 6 de Janeiro de 1978, de protecção de dados pessoais face à informática e a Lei 78-753, de 17 de Julho de 1978, de acesso aos documentos administrativos – a que correspondem duas autoridades administrativas independentes – a CNIL (*Commission Nationale de L’Informatique et*

dês Libertés) e a CADA – *Commission d'Accès aux Documents Administratifs*. Este o modelo seguido por Portugal (Condesso, 1996), como se verificará. Por abreviação, adianta-se que os regimes legais são bastante similares aos portugueses da LADA e da LPD, tal como a configuração institucional, pelo que não se analisarão os textos legais nem a jurisprudência destas entidades. Não o podendo fazer, sob pena de desrespeito dos limites desta dissertação, sempre se adiantarão duas notas que acentuarão as distintas perspectivas das duas leis e das duas entidades.

6.3.1 A CADA francesa

Em primeiro lugar, o 1º Travessão da parte II do nº 2 artigo 6º da Lei de Acesso aos Documentos Administrativos francesa afirma a limitação do direito de acesso aos documentos cujo acesso viole a privacidade ou o segredo médico, ainda que, de acordo com a Parte III deste artigo, tais documentos possam ser acedidos parcialmente, com ocultação, dissociação ou anonimização da informação. A CADA tem uma longa tradição na ponderação do direito de acesso aos documentos administrativos com o direito à protecção da informação por várias vias. Por exemplo, são excepções ao livre acesso a documentos administrativos, além do sigilo médico, os documentos relativos ao segredo comercial e industrial, as informações que permitam fazer uma apreciação ou juízo de valor sobre uma pessoa, as informações que revelem os comportamentos das pessoas e cuja divulgação as pode colocar em risco, as informações relativas aos dados da vida privada, pessoal e familiar. As informações protegidas por um regime de sigilo, confiadas pelo seu titular a um profissional em virtude das funções deste, são informações que saem do campo de acesso por terceiros, salvo se estes documentos são acedidos com o consentimento do titular ou do seu representante.

Para além do acesso do próprio titular á informação que lhe respeita, a informação de saúde pode ser conhecida e acedida nos termos do Código de Saúde Pública, para o qual a CADA remete nas suas tomadas de posição. De acordo com este código, as pessoas beneficiárias ou que recebem as prestações dos cuidados de saúde em qualquer estabelecimento ou unidade de saúde têm o direito ao respeito pela sua vida privada e ao sigilo das informações que lhe respeitam. Esta obrigação de sigilo abrange

todos os profissionais de todo o tipo de unidades de prestação de cuidados médicos, e as suas excepções são aquelas que estão previstas por lei, desde logo, a partilha de informação entre os membros da comunidade médica e para a finalidade de prestação de cuidados de saúde. A CADA francesa, quanto aos procedimentos relativos aos sistemas de informação e aos mecanismos de comunicação electrónica das informações apela à intervenção legislativa do Conselho de Estado e à tomada de posição pública e fundamentada por parte da CNIL. No caso de diagnóstico ou prognóstico grave, o sigilo médico não se opõe à comunicação á família do titular doente ou à pessoa da sua maior confiança, para efeitos de apoio e de tomada de providências, tudo se o doente titular da informação não se opuser. De igual modo, o sigilo médico não obsta a que as informações respeitantes a uma pessoa falecida sejam conhecidas pelos seus familiares herdeiros, na medida em que sejam necessários para conhecer a causa de morte, para defender a memória do falecido ou para fazer valer direitos e interesses legalmente tutelados, salvo oposição expressa pelo titular antes da sua morte.

A invocação do Código de Saúde Pública³⁶ feita pela CADA francesa, como se pode constatar nas inúmeras decisões que profere sobre acesso a documentação clínica, confere à CADA francesa uma longa experiência de ponderação dos valores, princípio e normas em jogo, bem como dos direitos e interesses atinentes em casa caso, como são exemplos o acesso dos herdeiros e familiares, o acesso a processos de menores e incapazes, o acesso para efeitos de direito de família e estabelecimento da filiação, ou mesmo para efeitos de pactos civis de solidariedade.

6.3.2 A CNIL

A CNIL, por sua vez, apesar de fazer uma conjugação ampla de diplomas legais e de orientações de diversas entidades (Convenção nº 108 do Conselho da Europa; Lei nº 78-17 de 6 de Janeiro de 1978 relativa à informática, aos ficheiros e liberdades; Lei nº 94-548 de 1 de Julho de 1994 relativa ao tratamento de dados nominativos para fins de investigação no domínio da saúde e com actualização da Lei nº 78-17 de 6 de Janeiro

³⁶ Ver o actual artigo L1110-4 na redacção da lei nº 2004-810, de 13 de Agosto de 2004.

de 1978 anterior; Código Penal no que é relativo ao segredo profissional; Código de Saúde Pública; Código de Segurança Social; Decreto nº 78-774 de 17 de Julho de 1978 que regulamenta a Lei nº 78-17 de 6 de Janeiro de 1978; Decreto nº 95-100 de 6 de Setembro relativa ao Código de Deontologia Médica; Conselho Nacional da Ordem dos Médicos; relatórios e observações governamentais),³⁷ não deixa de exteriorizar uma vertente afirmativamente marcada pela utilização e desenvolvimento das tecnologias, prendendo-se com o direito da protecção dos dados pessoais enquanto estes são objecto de tratamento informatizado pelas diversas unidades de saúde e demais entidades. Na verdade, existe um quadro comum nas deliberações da CNIL: o de se dirigirem a tratamentos sistemáticos, em redes e suportes informáticos onde as diversas operações dos tratamentos automatizados ocorrem, às suas condições e, sobretudo, regras de segurança.³⁸ De todo o modo, a preocupação da CNIL, quer no tratamento de dados pessoais, quer na sua comunicação, vertida nas suas orientações práticas, é o tratamento e comunicação ou acesso a dados pessoais por via directa, em linha, ou por sistema devido a atribuições administrativas e funcionais entre as entidades intervenientes, em que a comunicação é frequente e necessita, quer de certeza quanto à sua verificação, quer de estabilidade nos procedimentos. A preocupação da CNIL no que toca aos dados pessoais de saúde, ao seu tratamento, recai, sobretudo, sobre os sistemas privados de informação médica, sobre os laboratórios e farmacêuticas, sobre a utilização comercial, a facturação electrónica, as transmissões electrónicas regulares, isto é, sobre tratamento massivo e/ou regular de dados pessoais. De qualquer modo, no 2º parágrafo do 4º Travessão da parte relativa a “*Sur l’utilisation des données de santé à caractère personnel*»³⁹ pode ler-se que as finalidades de permitir aos profissionais de saúde prestarem melhor os seus cuidados, de gestão de registo de doenças com obrigação de declaração, de gestão de organismos prevenção e vigilância a cargo das autoridades sanitárias e de contribuir para a investigação médica, todas são finalidades legítimas para o “tratamento de dados pessoais”. E, para estas finalidades, os dados pessoais de saúde, sendo em princípio reservados aos profissionais de saúde que procedem à recolha dos dados, podem ser comunicados sob certas condições aos destinatários e terceiros habilitados em conhecê-los, por força da lei. E no 4º Parágrafo deste mesmo Travessão, prevê-se a comunicação das informações de prestação de cuidados de saúde cobertos

³⁷ Ver Deliberação da CNIL nº 97-008, de 4 de Fevereiro.

³⁸ Por exemplo, a Deliberação 01-011, de 8 de Março de 2001.

³⁹ Disponíveis em www.cnil.fr/dossiers/sante.

por sistemas de seguros com código dos actos efectuados, com indicação das prestações dispensadas aos segurados e beneficiários e com as patologias diagnosticadas.⁴⁰ Por outro prisma, na Deliberação da CNIL n° 03-053, de 27 de Novembro de 2003, relativa aos tratamentos de dados pessoais levados a efeito pelos registos do cancro, existe uma especial preocupação sobre a forma de comunicação destes dados aos seus titulares e a terceiros e onde se prevê, também, o direito de informação e de oposição do titular no que se refere ao tratamento dos seus dados pessoais, por um lado, e ao acesso por parte de terceiros, por outro lado, seja este enquanto operação englobada no tratamento, seja no exercício do direito fundamental à informação – direito de acesso aos documentos administrativos. Por fim, a CNIL também considera que o direito de acesso aos processos e informações clínicas só é intermediada por médico se o requerente o solicitar.⁴¹

6.4 Síntese das posições anteriores comparadas

Sintetizando, dir-se-á que o EDPS considera que os direitos de acesso à informação e documentação administrativa e à protecção de dados pessoais não são incompatíveis, antes são complementares e a promoção de boas práticas nestas áreas é demonstração de boa *governância*. O direito de acesso a dados pessoais de saúde de terceiro deve ser sempre antecedido da aferição da utilização subsequente da informação, da antevisão dos riscos de acesso, da verificação de oposição ou objecção do titular, seguindo-se um juízo de proporcionalidade que pondere a viabilidade para a finalidade em causa do acesso parcial, dissociado ou anonimizado e respeitando em todos os casos o direito de informação do titular.

Quanto ao Artigo 29º, este Grupo de Trabalho não se ocupa do direito de acesso pois este direito exorbita o âmbito da sua competência, mas ao tratar do RSE e das grandes potencialidades para a qualidade, eficácia e segurança da informação que o SER representa para os titulares e para os utilizadores das medidas de segurança, realça

⁴⁰ Ver deliberação mencionada na nota anterior.

⁴¹ Ver Documento da CNIL denominado “L’Accès au Dossier Médical, disponível em www.cnil.fr/index.php?id=1330

as características deste tipo de registos, por um lado, para os maiores e mais intensos riscos dos acessos e manuseamentos destes ficheiros clínicos e, por outro lado, para a facilidade de segmentação da informação, permitindo o acesso a categorias seleccionadas de informação e condicionando ou proibindo outras, facultando ao titular a possibilidade de determinar o modo desses acessos.

O ICO do Reino Unido, entidade que reúne a protecção do direito de acesso à informação e documentação administrativa e a protecção dos dados pessoais, adopta um modelo de grande flexibilidade assente num “*public interest test*”, em que as medidas de segurança e de cautela na identificação do requerente são seguidas de um procedimento que assegura a informação e participação do titular no documento acedido com garantias de exactidão e fiabilidade da informação, ao mesmo tempo que a liberdade de informação acarreta obrigações de conservação dos registos acedidos para os profissionais detentores.

Em França, o direito de acesso aos documentos administrativos está confiado à CADA e o direito de protecção de dados pessoais à CNIL. A CADA parte do princípio que as informações abrangidas pelo regime de sigilo e aquelas que os titulares confiaram a quem está obrigado ao dever de segredo não são livremente acessíveis. O juízo de proporcionalidade afere da viabilidade do acesso parcial, dissociado, apesar de se considerar que os dados pessoais de saúde podem ser conhecidos pela família, mas tal acesso pode ser bloqueado pela oposição do titular; de igual modo, o direito de acesso pelos herdeiros pode encontrar fundamento dentro de determinadas finalidades – conhecer da causa de morte, defender a memória do titular ou defender direitos e interesses legítimos –, mas depende ainda da não oposição expressa do titular. A CNIL, por sua vez, preocupa-se com os sistemas informáticos onde a informação de saúde está registada e é manuseada, dos acessos directos e em linha, além das comunicações electrónicas, massivas e regulares, para efeitos de facturação electrónica, de utilização comercial, de comunicação a farmacêuticas e a laboratórios.

Depois desta breve incursão pelas entidades europeias de protecção de dados e pelas matrizes anglo-saxónica e europeia continental da União Europeia dos modelos institucionais, legais e procedimentais, entrar-se-á no modelo português, depois de uma também curta introdução com a natureza das autoridades administrativas independentes.

7. As Autoridades Administrativas Independentes: a CADA e a CNPD

7.1 As Autoridades Administrativas Independentes: breve alusão histórica e quanto à natureza

Os direitos fundamentais de 3ª Geração, como se viu, surgem num contexto civilizacional e cultural caracterizado pela globalidade dos fenómenos e das experiências sociais e económicas, bem como pela maior preponderância da Informação, enquanto bem económico, mas também enquanto instrumento de poder. O valor do saber, do conhecimento, da detenção da informação existente sobre determinado sujeito ou objecto, da capacidade e possibilidade de utilização da informação detida, da sua gestão para servir interesses próprios, quer dentro dos ramos de actividade económica, quer no desenrolar das relações sociais, quer, ainda, na participação pública, conheceu um incremento exponencial nas últimas décadas. Por outro lado, o desenvolvimento tecnológico e a massificação das tecnologias ligadas à Informação e à Comunicação trouxeram novíssimas preocupações ligadas ao campo das liberdades públicas das pessoas, para as quais a sociedade e a administração tiveram de se dotar de meios de garantia que correspondessem às novas exigências. Na verdade, nem as instituições políticas existentes, nem a Administração que continuava o modo de actuação da era Industrial, verticalizada, racionalizada em torno de uma hierarquia rígida, segmentada e estanque entre os diversos departamentos de actividade, burocrática e autoritária, herdeira da cultura unilateral do Estado e do Poder e pouco preparada tecnicamente, nem a sociedade nem a administração, dizia-se, estavam preparados para responder à velocidade das mudanças, a estas exigências de garantia que nasceram com os direitos fundamentais de 3ª Geração. A estrutura clássica da administração fundada sobre a especialização de tarefas, com a rígida hierarquização de competências, surgindo como titular do interesse geral através dos seus funcionários, é uma administração muito pesada, lenta, com dificuldades face à inovação, fechada ao diálogo com cidadãos e grupos de interesses. Pouca comunicação interna, entre os diversos departamentos, pouca comunicação externa com os actores exógenos à administração, pouca complementaridade entre os organismos de preparação da

legislação, a Administração clássica pauta-se pela matriz da função propriamente executiva e das funções pré-contenciosas. Esta falta de antecipação, de regulação anterior, de posicionamento prudente e preventivo, de pró-actividade face aos fenómenos é uma concepção demasiado jurídica dos poderes que pode, com relativa facilidade, fazer deslizar a actuação da administração e levar à iniquidade das suas decisões (Gentot, 1994). Os direitos fundamentais de 3ª geração, onde se incluem o direito de acesso aos registos e documentos administrativos e o direito à protecção de dados pessoais, adquirindo aquela capacidade de exigir a sua garantia que é própria dos direitos e liberdades fundamentais, exigiram também criatividade e novidade ao modo de configurar e de actuar da Administração.

Neste novo panorama, surgiram as Autoridades Administrativas Independentes que não são subordinadas ao poder executivo, nem são um prolongamento do poder legislativo nem do poder judicial, antes são dotadas de poderes que lhes permitem exercer autonomamente uma missão de regulação sectorial (Teitgen-Coply, 1998) e assumem uma natureza de poder legislativo-normativo, executivo e parajurisdicional, assegurando os equilíbrios do sistema (Moreira, 2002).

Originárias dos Estados Unidos da América, cedo estas instituições foram recebidas na Europa, onde, em França, apareceram ligadas à protecção dos direitos fundamentais e das liberdades públicas, com o objectivo de acompanhar, regular e monitorizar sectores sensíveis ou estratégicos, bem como de proteger as pessoas administradas do Estado-Administração (Moreira, 2002). É um verdadeiro “*quarto poder*” que visa retirar das maiorias políticas determinadas matérias (Moreira, 2002), uma resposta dos poderes públicos quando confrontados com outros poderes (mediáticos, informáticos, técnicos e científicos) (Teitgen-Colly, 1988) que nasce com uma lógica e racionalidade diferentes da administração clássica e tradicional. Mas, seguramente, são investidas de importantes poderes para exercerem uma magistratura de influência e para tomarem decisões administrativas de carácter não jurisdicional, permitindo-lhes uma intervenção permanente no sector da sua competência (Gentot, 1994).

“Quarto poder”, pois ao Estado compete a protecção contra os perigos decorrentes do “*desenvolvimento técnico e impacte sobre os direitos*” e “*dirimir os*

conflitos existentes”, incluindo “*conflitos de direito privado em tal maneira desiguais entre os sujeitos que recai ao Estado a função de protecção do mais fraco*” (Pieroth, Schlink, 2008) De facto, “*os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se*” (Miranda, 2000) através de meios institucionais e organizatórios que tenham dignidade e relevo constitucional, como um verdadeiro poder coexistente com os demais poderes, que se distancie e limite o poder governamental, na medida em que não surge como o titular e gestor do interesse público, mas procura o “dever ser” no âmbito da valoração e do controlo dos fenómenos sociais (Cassese, Franchini, 1996). “*As autoridades administrativas independentes representam a pessoa moral do Estado mas distinguem-se da pessoa política do Estado*” (Teitgen-Colly, 1988), têm uma missão de definição de uma deontologia dos poderes públicos face às liberdades públicas (Maisl, 1988) e exercem, na comunidade política a que respeitam, funções tripartidas: a) função de garantia de direitos e interesses protegidos pelo ordenamento jurídico e que derivam directamente da Constituição; b) função de autoridade e agência com prevaLENTE exercício administrativo em determinado sector da vida económica ou social; e c) função de orientação, coordenação e monitorização e vigilância de sectores eminentemente técnicos (Cassese, Franchini, 1996).

Efectivamente, as Autoridades Administrativas Independentes nascem como “*peritus peritorum*” (Cassese, Franchini, 1996), como o “Governo de Sábios” (Gentot, 1994), fazendo juntar à tradicional administração “*jurisdicionista, igualitarista e racionalista*” a capacidade de especialização, de pericia, de “*expertise*”, de inovação e de adaptação à realidade em permanente e fugaz mudança, porque o Estado burocrático e rotineiro não garante suficientemente as liberdades públicas (Gentot, 1994). As Autoridades Administrativas Independentes têm uma legitimidade técnica (Moreira, 2002) que provoca, pelo menos, duas consequências muito singulares na actividade dos poderes públicos: a neutralização do jogo dos interesses em tensão pela autoridade técnica, garantindo os equilíbrios (Cassese, Franchini, 1996) e a desresponsabilização do Governo face às áreas da sua actuação (Moreira, 2002). A elevada tecnicidade das Autoridades Administrativas Independentes, para além de lhes conferir uma legitimidade autónoma face aos poderes executivo, parlamentar e judicial, acrescenta um suplemento de segurança para os cidadãos, assegurando-lhe um maior campo de protecção e conferindo maior consistência de ordem objectiva aos direitos fundamentais

e às liberdades públicas (Miranda, 2002). Este suplemento de segurança depende, todavia, da reunião de algumas características com que, na sua génese legal (pois são criadas por lei e é a lei que o dita: Cassese, Franchini, 1996), as Autoridades Administrativas Independentes são timbradas pela independência e pela neutralidade. A independência pode ser vista a partir de um “*nível de abstracção*” superior ao conceito de autonomia, mas não significa total ausência de controlo. A independência significa, em primeiro lugar, a titularidade por mandatos inamovíveis dos seus membros, que não reportam nem obedecem a qualquer tutela, designados a partir de características subjectivas e de competências técnicas que ofereçam distância e neutralidade face aos poderes públicos e privados. Mas a selecção dos membros que as compõem e a sua irresponsabilidade e inamovibilidade não assegura a independência destas entidades. A independência e a neutralidade das Autoridades Administrativas Independentes tem de ser também funcional, manifestada na estranheza e indiferença face aos interesses em jogo, actuando através de um efectivo exercício da acção reguladora e protectora, garantística dos direitos e liberdades fundamentais e fiscalizadora dos interesses socialmente relevantes segundo a solução abstracta do legislador (Cassese, Franchini, 1996). A submissão directa à lei e a especial posição que ocupa face aos demais poderes formais e fácticos são garantias de independência, mas esta ainda carece de um modelo organizativo que permita e favoreça a independência, sem condicionamento do desempenho das autoridades nem do exercício das suas competências (Cassese, Franchini, 1996). É a posição de despojamento do poder que a invocação da titularidade do interesse público confere que coloca as Autoridades Administrativas Independentes na posição de árbitro das relações havidas no sector sobre que actua, podendo proteger os mais fracos e conseguir soluções equitativas, surgindo lado a lado com o cidadão titular dos direitos fundamentais e das liberdades públicas, aprofundando a participação e a democracia no seio da Administração e expurgando práticas obsoletas de autoritarismo, confidencialidade e opacidade.

A legitimidade e dignidade das Autoridades Administrativas Independentes vem, ainda, da razão de ser da sua criação. Não devem ser quaisquer interesses que careçam ou apelem para a regulação pública que deve originar o surgimento de uma autoridade desta natureza. Diferentemente, as autoridades desta natureza só devem ser criadas para resolver problemas que tenham a ver com a necessidade de proteger direitos

fundamentais ou interesses constitucionalmente protegidos perante actividades que servem interesse públicos e/ou privados que podem conflitar com aqueles direitos e interesses, ou para regular sectores sensíveis da vida económica onde se cruzam direitos fundamentais e valores constitucionais que é preciso proteger (Moreira, 2002). Instituído estas autoridades, o controlo e fiscalização democráticos têm de ser criados e igualmente instituídos, através dos procedimentos e pela participação das pessoas, através da visibilidade das actuações e da inevitável “*accountability*” perante a comunidade e os cidadãos, através das instituições democráticas de controlo político e jurisdicional (Governo, Parlamento, Tribunais e outras Autoridades), para não nascer uma administração “*adocrática*” irresponsável e sem qualquer controlo.

A CRP, desde a sua revisão de 1997, no seu nº 3 do artigo 267º, permite, sugerindo, que a lei possa criar entidades administrativas independentes como forma de actuação da administração fora do controlo dos partidos e das maiorias políticas, visando um acréscimo de imparcialidade (Miranda, Medeiros, 2007). É a lei, portanto, que decide criar as Autoridades Administrativas Independentes e dotá-las das garantias de independência.

Para os dois direitos fundamentais aqui em estudo, a lei criou uma entidade administrativa independente para garantia de cada um deles: a CADA e a CNPD.

7.2 A CADA – Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos

A CADA é uma entidade administrativa independente a quem cabe zelar pela aplicação da Lei de Acesso aos Documentos Administrativos e que funciona junto do Parlamento português: nº 1 do artigo 25º da LADA. A CADA é composta por um colégio de membros de diversificada proveniência, contribuindo esta composição para as garantias de multidisciplinaridade, imparcialidade e independência, pois os seus membros são designados por diferentes lógicas de legitimidade e representação, todos contribuindo para a elevada competência técnica da comissão, uma vez que estão obrigados a exercer as funções inerentes ao cargo com isenção, rigor e independência (nº 1 do artigo 26º e nº 2 do artigo 29º da LADA). Os mandatos dos membros são de 2

anos, renováveis sem limitações de designação (assegurando a estabilidade institucional e a estabilidade do conhecimento e decisória) e cessando com a posse dos novos membros (nº 4 do artigo 25º da LADA), sendo os seus membros inamovíveis e só terminam os mandatos por morte, impossibilidade física permanente ou com duração que se preveja ser superior à duração do mandato, renúncia e perda (nº 4 do artigo 29º da LADA). A perda de mandato só ocorre mediante deliberação (nº 7 do artigo 29º da LADA) por uma das razões seguintes: incapacidade ou incompatibilidade prevista na lei ou faltas injustificadas dos seus membros a 3 sessões consecutivas ou 6 intercaladas no mesmo ano civil (nº 6 do artigo 29º da LADA).

Compete à CADA (alínea b) do nº 1 do artigo 27º da LADA) apreciar as queixas contra as faltas de resposta da administração aos pedidos de acesso, contra o indeferimento ou limitação deste direito, por parte da administração, conforme o nº 1 do artigo 15º da LADA, emitir parecer sobre o acesso a documentos administrativos solicitados pelas entidades requeridas (alínea c) do nº 1 do artigo 27º), emitir parecer sobre a comunicação de documentos entre serviços e organismos da administração, salvo se se tratar de interconexão de dados, caso em que será chamada a CNPD (alínea d) do nº 1 do artigo 27º da LADA), pronunciar-se sobre o sistema de registo e classificação de documentos (alínea e) do nº 1 do artigo 27º da LADA) e contribuir para o esclarecimento e divulgação das diferentes vias de acesso aos documentos administrativos no âmbito do princípio da administração aberta (alínea h) do nº 1 do artigo 27º da LADA). A administração, toda a administração, ou melhor, todas as entidades abrangidas pelo artigo 4º da LADA estão obrigadas a cooperar com a CADA⁴².

7.3 A CNPD – Comissão Nacional de Protecção de Dados

O direito à protecção dos dados pessoais, por impulso, desde logo, do artigo 28º da Directiva 95/46, que ordena a criação de autoridades de controlo com independência

⁴² Limitou-se a referência às competências mais significativas para esta dissertação.

e autonomia para o exercício de poderes de inquérito e funções de fiscalização (“*poderes efectivos de intervenção*”), originou a criação da CNPD. Assim se dava resposta positiva, também, ao nº 2 do artigo 35º da CRP, assegurando que a garantia da protecção dos dados pessoais havia de ser oferecida por uma entidade administrativa independente. A CNPD é, então, também uma entidade administrativa independente com poderes de autoridade (nº 1 do artigo 21º da LPD) com as atribuições de controlar e fiscalizar o cumprimento das disposições legais vigentes em matéria de protecção de dados pessoais (nº 1 do artigo 22º da LPD), de se pronunciar sobre a feitura de diplomas legais e instrumentos jurídicos relativos a tratamento de dados pessoais (nº 2 do artigo 22º), dotada de poderes de investigação e de inquérito (alínea a) do nº 3 deste artigo 22º), podendo impor com autoridade a execução das suas ordens (alínea b) do nº 3 deste artigo 22º), bem como exigir a emissão prévia de autorização de tratamentos de dados pessoais (alínea c) do nº 3 deste artigo 22º). As suas competências estão detalhadamente elencadas no nº 1 do artigo 23º, das quais se destacam as duas seguintes com especial importância para este estudo: *i*) a competência para autorizar os tratamentos de dados pessoais; *ii*) a competência para fazer assegurar o direito de acesso à informação, bem como do exercício do direito de rectificação e actualização.

A composição da CNPD também reflecte a preocupação de independência e de competência e orientação técnicas que são comuns na criação deste tipo de autoridades administrativas. A CNPD é composta por sete membros “*de integridade e mérito reconhecidos*” (nº 1 do artigo 25º da LPD), com legitimidades divididas pelos poderes políticos parlamentar, executivo e judicial e enquadrados num regime estatutário que garanta a independência no exercício das suas funções (nº 2 do artigo 26º da LPD).

Apresentadas as duas entidades garantes de cada um dos direitos fundamentais aqui tratados, pode fazer-se uma retrospectiva e resumir o que até agora se expôs, antes de se equacionar o problema que se pretende analisar. Trata-se da coexistência de dois direitos fundamentais de 3ª Geração, com igual dignidade e valor e completa ausência de prevalência ou superioridade de qualquer um deles sobre o outro, que exigem a sua “*concordância prática*” nos casos concretos em que se aplicam: o direito de acesso aos documentos administrativos e o direito à protecção dos dados pessoais. Por outro lado, estes dois direitos-liberdades solicitaram a criação de duas entidades administrativas independentes, marcadas pela paridade e apenas sujeitas ao controlo político mais

“remoto” feito pela avaliação por parte dos poderes – parlamentar, governamental e judicial – e por parte da comunidade. Estas duas entidades, ver-se-á, tomam decisões em sentidos divergentes ou mesmo contraditórias sobre as mesmas situações de facto, no que concerne ao acesso à informação e aos documentos de saúde: acesso a documentos nominativos, para a CADA, acesso a dados pessoais sensíveis, para a CNPD. O debate sobre essa realidade existe, algumas decisões foram tomadas e houve, portanto, evolução nesta matéria.

8 O problema e o debate

8.1 O problema

Julga-se dispensável justificar a necessidade da definição da situação-problema, tanto mais que ela advém da prática corrente decisória sobre o exercício do direito de acesso junto das entidades administrativas independentes atrás apresentadas. Mas pode ser útil enquadrar teoricamente o problema, no contexto constitucional, para que a sua resolução passe também pela referência à CRP. Assim, para Cristina M. M. Queiroz, (Queiroz, 2002) *“O ponto de partida é sempre um «problema» que se inscreve na existência do sujeito e que supõe a sua «pré-compreensão» em relação tanto à «compreensão» do «texto» como do «problema», dando lugar a uma estrutura circular entre a realidade existencial e o texto a interpretar («círculo hermenêutico»)”. “A contraposição sistema/problema releva a impossibilidade da existência de um sistema automático lógico-dedutivo”. “Abstractamente, os direitos não são incompatíveis. A incompatibilidade ou conflito só poderá dar-se perante um caso concreto”. Também Jorge Reis Novais, (Novais, 2006) *“É que, para nós, e de um ponto de vista jurídico-constitucional, mais do que atingir a pureza ou a integridade sistemática dos conceitos ou pretender construir um ideal normativo de democracia, o que nos importa é garantir o aperfeiçoamento, racionalidade, objectividade e adequação dos mecanismos e técnicas de controlo de constitucionalidade das restrições e intervenções restritivas que**

afectam os direitos fundamentais em Estado de Direito.” “Ora, como vimos defendendo, no mundo dos direitos fundamentais são vantajosas as construções que evidenciem, da forma mais transparente possível, os conflitos de interesses, valores e princípios que subjazem a todos os casos difíceis de direitos fundamentais. É que o reconhecimento do conflito é o primeiro pressuposto da sua resolução constitucionalmente adequada, de forma intersubjectivamente controlável segundo os princípios constitucionais, com recurso inevitável à metodologia da ponderação de bens.”

Enuncia-se, então, o problema. A relação entre a CADA e a CNPD na partilha de competências decisórias sobre o acesso a documentos administrativos contendo dados pessoais de saúde não tem sido uniforme e totalmente linear ao longo do tempo e os sentidos e conteúdos decisórios que estas entidades administrativas independentes proferiram também mostraram divergência ou mesmo contradição. A CADA, competente para decidir das queixas e pedidos de parecer sobre acesso a documentos (administrativos) nominativos com dados pessoais de saúde, faz uma ponderação da proporcionalidade com base nos critérios que, caso a caso, entende serem de ponderar, medindo a sua decisão pelo juízo saído dessa ponderação. A CNPD, competente para autorizar tratamentos e para decidir sobre o direito de acesso, rectificação e actualização dos dados pessoais, considera que o acesso a dados pessoais sensíveis é um tratamento de dados (pelo texto da alínea d) do artigo 3º da LPD) e, portanto, toma as suas decisões com base no artigo 7º da LPD. São inúmeras as decisões divergentes e os sentidos e orientações contraditórios num volume e variedade tal que não permitem a sua apresentação e análise na economia desta dissertação. Esta situação é confirmável e conhecida na proximidade institucional e técnica das duas entidades.

As dificuldades vêm de longe e são reconhecidas também na Europa. A liberdade e o direito à informação, por um lado, e a liberdade e o direito à “*privacy*” e à protecção de dados pessoais, por outro, têm igual força pela Constituição, pela CEDH, pelo Direito da União Europeia, e a relação entre os dois direitos continua precária (Kienle, 2001).

O Conselho de Ministros do Conselho da Europa de 9 de Setembro de 1991 emitiu a Recomendação nº R (91) 10 sobre a comunicação a terceiros de dados de carácter pessoal detidos pelos organismos públicos, em que a preocupação mantém-se

dentro do tratamento informático, da sua capacidade de volume de dados e o correspondente perigo de ingerência com grande impacto dada a globalidade da informação face ao sujeito a que respeita, além da utilização comercial e a segurança das vias de comunicação electrónicas. O âmbito desta Recomendação é claramente o contexto do tratamento automatizado de dados pelos organismos públicos e a salvaguarda da privacidade e da protecção de dados pessoais é feita pela observância do respeito pela vida privada e pela reserva de lei – *“se não houver lei específica que o preveja”*.

Na União Europeia, o já citado Documento de Trabalho do artigo 29º sobre o tratamento de dados pessoais ligados à saúde em registos de saúde electrónicos (RSE), adoptado em 15 de Fevereiro de 2007, nada acrescenta sobre o acesso de terceiros aos dados pessoais de saúde registados no RSE no exercício do direito de acesso aos documentos administrativos. Este documento diz, entretanto, que o RSE permite uma maior transparência do sistema, alcançada também pela utilização das TICs neste sector, o que contribui, inegavelmente, para a confiança no sistema. As preocupações dos riscos inerentes prendem-se, de novo, com os acessos ou comunicações volumosos, massivos, ou então sistemáticos, regulares, bem como com o meio tecnológico utilizado, este sim, *“alterando radicalmente as possibilidades de utilização abusiva de dados médicos individuais.”* Por seu turno, no mesmo texto sobre o Acesso do Público aos Documentos e Protecção de Dados, atrás já referido, o EDPS considera que *“não há relação hierárquica entre os dois direitos, nem tensão entre eles, mas pode dar-se a colisão entre eles. No entanto, protecção de dados e acesso a documentos administrativos não devem ser vistos como opostos, antes como complementares e, por isso, há que ver os campos onde ocorrem os conflitos e promover boas práticas nas instituições, pelo menos garantindo o direito prévio de informação.”* Estas duas expressões das autoridades e grupos de trabalho da União Europeia devem ser vistas no campo da protecção dos dados pessoais no âmbito dos tratamentos instalados e desenvolvidos, não entrando, cautelarmente, no campo doutros direitos. Os exemplos da CADA e da CNIL francesas parecem seguir também estes parâmetros, sendo a segunda entidade reservada para os acessos enquanto operações de tratamentos de dados pessoais ou quando resultem de práticas que, pelo volume ou assiduidade, ganham as características de tratamento de dados pessoais, ao passo que a CADA é competente

para a garantia do direito de acesso a documentos (administrativos) nominativos, nos termos regulamentados por lei.

8.2 O debate

Em Portugal o problema não foi e talvez ainda não seja tão líquido. De modo muito abreviado, inicialmente, com a Lei 10/91, de 29 de Abril, a referência legal do direito de protecção de dados era esta Lei de Protecção de Dados Pessoais face à Informática, cujo tratamento de dados relevante era o “*tratamento automatizado*” (alínea g) do artigo 2º da Lei 10/91, que define tratamento automatizado). A LADA de 1993, na sua versão original – Lei 65/93, de 26 de Agosto – refere-se, como já se apontou, a este conceito de “tratamento automatizado”. Para Fernando Condesso, apenas telegraficamente trazido aqui pela importância e pioneirismo nesta matéria, poderia ser encontrada uma fórmula em que o resultado fosse que a LADA e a CADA fosse aplicável e competente para as informações não pessoais automatizadas, a LADA e a LPD e respectivas Comissões fossem simultaneamente competentes para as informações pessoais não automatizadas e a LPD e a CNPD para as informações pessoais automatizadas (Condesso, 1996). A linha distintiva e demarcadora parecia ser, pois, o tratamento automatizado. A Lei 67/98, de 26 de Outubro, ao mandar aplicar o seu regime ao tratamento de dados feito por meios *não automatizados*, como se viu, parece ter contendido com o entendimento mínimo comum até então encontrado ou quase encontrado. A controvérsia sobre a linha delimitadora das competências entre as duas entidades, bem como sobre a discrepância entre as decisões da CADA e as da CNPD, “seguiu os seus trâmites”, distintos nas duas instituições.

Na CADA foram elaboradas três textos, um pelo vogal designado pela CNPD, outro por outro membro daquela entidade, ambos com grande experiência, conhecimento e obra científica conhecida, com o objectivo de equacionar e encontrar uma estabilidade na separação de competências e dos sentidos e conteúdos decisórios. O vogal da CNPD e membro da CADA Amadeu Guerra (Guerra, 2002) constata que

existe um conflito de *ratios* entre os dois direitos, entre as duas leis e entre as decisões das duas entidades e que as decisões contraditórias da CADA e da CNPD geram falta de confiança no sistema de saúde e nestas duas autoridades. Para este vogal, as questões terminológicas, a coincidência terminológica, se trouxeram alguma conturbação interpretativa, também podem ajudar a encontrar uma saída comumente partilhada, ou seja: o que se prender com tratamento automatizado de dados pessoais, e/ou ficheiros manuais estruturados, e/ou com interconexão de dados, cabe na competência da CNPD. Também a alínea d) do nº 1 do artigo 20º da LADA de 1993, que conferia à CADA a competência para *“Dar parecer sobre a comunicação de documentos nominativos entre serviços e organismos da Administração em caso de dúvida sobre a admissibilidade dessa revelação, salvo nos casos em que o acesso deva ser autorizado nos termos da Lei nº 67/98, de 26 de Outubro”* pode ser passível de uma interpretação extensiva no sentido de só excluir do âmbito da LADA os acessos que devem ser remetidos e decididos pela CNPD. Por sua vez, Renato Gonçalves (R. Gonçalves, 2002) coloca a ênfase nos resultados dos tratamentos que comportam riscos para as pessoas e que justificaram o surgimento do regime da protecção de dados pessoais, os que consistem em interconexão, comparação, relacionamento, transmissão e comunicação em linha. Fora destes casos, a administração está vinculada pelo princípio da Administração Aberta nos termos constitucionalmente consignados, termos que prevêm a protecção da intimidade da vida privada das pessoas de acordo com o princípio da proporcionalidade, afinal, aplicável na ponderação de todos os direitos fundamentais. O Conselheiro Agostinho Castro Martins (Martins, 2002), Presidente da CADA, parece colocar a ênfase também no vasto campo que o princípio da proporcionalidade oferece para a ponderação dos bens e valores em presença, permitindo uma correcta afinação da aplicação dos diplomas legais em vigor e salientando as oportunidades que a LADA oferece para uma meticulosa aplicação do direito de acesso aos documentos administrativos com respeito pela privacidade e pelos dados pessoais, como é o caso, por exemplo, da comunicação/acesso parcial aos documentos administrativos, isto é, com expurgo das partes relativas à intimidade e à vida privada das pessoas que haja de não divulgar ao requerente do direito de acesso.⁴³ O debate está reflectido em diversos

⁴³ Posição que parece ser também partilhada por Renato Gonçalves (R. Gonçalves, 2003).

locais⁴⁴ e fica empobrecido com a apresentação acabada de fazer: a riqueza dos pronunciamentos está depositada em vários momentos, em partes de pareceres da CADA, em declarações de voto expressas em alguns pareceres, mas o objecto e limites deste trabalho não permitem a análise exaustiva destes valiosos elementos de estudo.

Quanto à CNPD, quando avoca ou lhe é remetida a competência para decidir dos acessos aos documentos administrativos nominativos com dados pessoais de saúde é confrontada com a limitação do artigo 7º da LPD e com a orientação do Artigo 29º para a interpretação restritiva destas excepções. É confrontada, diz-se, porque foi obrigada a explicitar a sua posição face aos pedidos de acesso a dados pessoais de saúde e à inevitabilidade de proceder a uma interpretação, não restritiva e imediatista das excepções do artigo 7º, mas integradora, sistemática, flexível e ponderadora de todos os valores e bens jurídico-constitucionais em presença. Destacam-se dois momentos: a Deliberação 51/2001 e a Deliberação 72/2006. A Deliberação 51/2001 foi um grande marco na tentativa de regulação desta matéria pois, fazendo uso de uma grande cultura jurídico-publicista⁴⁵, encetou a ponderação de vários diplomas atinentes à informação de saúde e suas características, ensaiando, no final, a regulação do regime de acesso aos dados pessoais de saúde. Uma peculiaridade desta deliberação é tratar-se de uma deliberação da CNPD, entidade criada pela LPD para garantir a protecção dos dados pessoais das pessoas, mas começar esta deliberação introdutoriamente pela apresentação do artigo 268º, nº 2, da CRP e pela remissão desta norma para a limitação da intimidade da vida privada no acesso aos documentos administrativos (quase parecendo avocar a competência para esta matéria). Poderia a deliberação sobre acessos a dados pessoais de saúde elaborada pela CNPD começar pelo direito à protecção dos dados pessoais sensíveis, pela proibição do tratamento e pela admissibilidade apenas nos casos das excepções do artigo 7º da LPD. Mas não. A deliberação inicia com a referência ao direito de acesso aos documentos e aos registos administrativos, elenca os valores, bens e diplomas a conjugar, à semelhança da tradição da CNIL francesa, considera que a referência da LADA de 1993 para os dados pessoais sujeitos a tratamento automatizado e a sua remissão para a legislação própria é a remissão para a LPD e termina com orientações para o acesso aos dados pessoais de saúde em diversos sectores e para

⁴⁴ Algumas notas sobre este debate podem ser vistas em Sérgio Pratas, “Lei do Acesso e da reutilização dos Documentos Administrativos Anotada”, Dislivro, Lisboa, 2008

⁴⁵ Deliberação relatada pelo vogal da CNPD Amadeu Guerra e disponível em <http://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/DEL51-2001-ACESSO-DADOS-SAUDE.pdf>

diversas finalidades, tendo todas em comum o corresponderem a pedidos de acesso com grande volume ou frequente assiduidade. Nestas orientações, é visível que os limites literais do artigo 7º da LPD e as balizas literais de uma interpretação restritiva das excepções à proibição de tratamento de dados pessoais sensíveis foram ultrapassados, estabelecendo-se linhas de actuação sobretudo para a comunicação de dados de saúde entre os diferentes organismos da administração e da justiça, para efeitos de seguros e entre as pessoas da mesma família. Na altura desta deliberação aprovada em 3 de Julho de 2001, o “estado da arte” deste debate é ilustrado pelo Parecer da CADA nº 53/2001, de 7 de Março deste ano, no qual se considerou que *“Pela sua natureza pessoalíssima, tais informações são as que se subsumem na intimidade da vida das pessoas e, por isso, a lei atribui-lhes especial protecção, quanto aos seu tratamento e acesso, estabelecendo, para o efeito, competências próprias e específicas à Comissão Nacional de Protecção de Dados”* e, ainda, que *“Os dados relativos à saúde estão incluídos no conceito de dados pessoais sensíveis e, conseqüentemente, deverão ser abrangidos no âmbito da intimidade das pessoas, matéria constitucionalmente excepcionada face ao princípio da Administração Aberta”*. Por isso, mesmo que os dados não fossem automatizados, os pedidos de acesso a documentos nominativos com dados pessoais sensíveis de saúde foram, durante um período, imediata e liminarmente remetidos pela CADA para a CNPD. Esta posição, presume-se, determinou o encetamento do debate atrás sumariado e que se encontra registado no relatório da CADA de 2002. No outro momento, a Deliberação nº 72/2006 foi muito mais limitada nos propósitos, pois visava, apenas, introduzir alguns elementos esclarecedores do regime do artigo 7º da LPD (por exemplo, o significado do consentimento livre, específico e informado) e outros elementos de regulação do acesso a dados pessoais num muito circunscrito sector de actividade – o dos seguros do ramo “Vida” e o acesso a dados pessoais de saúde dos falecidos segurados. Esta deliberação, no seguimento da entrada em vigor das Lei 12/2005 que reforçou a autodeterminação informacional do titular, considerando que a informação de saúde “é propriedade da pessoa a quem respeita”, foi conseqüente com este entendimento da Lei 12/2005: o reforço da autonomia informacional do titular, sendo a informação de saúde propriedade sua, não se compaginava com a prática massiva e crescente, em volume e em assiduidade, das Companhias de Seguros do ramo “Vida” que, no momento da celebração dos respectivos contratos, desvalorizavam os seus deveres de zelo e diligência na avaliação das situações dos contratos e dos

segurados (exames médicos, análises para diagnóstico, etc), desvalorizavam as suas obrigações decorrentes da LPD (sobretudo o direito de informação dos titulares), obtinham um consentimento muitas vezes mais difuso do que específico, mais imposto ao segurado por força de outros contratos (mútuos com hipotecas, por exemplo) do que prestado livremente, um consentimento mais desfocado nos elementos que o compõem (condições de acesso, destinatários das comunicações, etc) do que propriamente esclarecido, contando, depois, com a total disponibilidade dos processos das histórias clínicas completas dos segurados para reforçarem as suas posições contratuais. Foi contra esta realidade que a Deliberação 72/2006 quis intervir, introduzindo um regime precisamente inverso: o de dotar o titular proprietário da informação e parte mais fraca na relação contratual com a companhia de seguros do ramo “Vida”, relação contratual muitas vezes anexa a outra da qual depende a economia familiar e projecto de vida do titular, do reforço de “poder” trazido pela Lei 12/2005.

8.3 A evolução da LADA: a alteração da Lei 65/93, de 26 de Agosto pela Lei 94/99, de 16 de Julho: breve análise

A complexidade e dificuldade das questões estão espelhadas na evolução da LADA. A primeira alteração substantiva da Lei 65/93, de 26 de Agosto, operada pela Lei 94/99, de 16 de Julho, alterou o regime de acesso a documentos administrativos, nominativos, isto é, como aqueles que contêm dados pessoais de saúde. A intervenção desta Lei 94/99 foi, até, algo cirúrgica nesta matéria, deixando transparecer uma clara intenção de intervenção clarificadora dos problemas conhecidos. Documentos nominativos, são para a LADA de 1993 e continuando na LADA de 1999, “*quaisquer suportes de informação que contenham dados pessoais*” (alínea b) do nº 1 do artigo 4º da LADA, sendo dados pessoais, para a LADA (diferente do conceito de dados pessoais da alínea a) do artigo 3º da LPD), as “*informações sobre pessoa singular, identificada ou identificável, que contenham apreciações, juízos de valor ou que sejam abrangidas pela reserva da intimidade da vida privada*” (alínea c) do nº 1 do mesmo artigo 4º).

Agora, veja-se a alteração. Pela Lei 65/93, de 26 de Agosto (LADA de 1993), o acesso a documentos nominativos tinha o regime dos artigos 7º, nº 2 e 8º que diziam, o seguinte:

- a) Artigo 7º (Direito de acesso), nº 2: *“O direito de acesso aos documentos nominativos é reservado à pessoa a quem os dados digam respeito e a terceiros que demonstrem interesse directo, pessoal e legítimo nos termos do artigo seguinte.”*
- b) Artigo 8º (Acesso aos documentos nominativos):
 - a. nº 1: *“O direito de acesso a dados pessoais contidos em documento administrativo é exercido, com as necessárias adaptações, nos termos da lei especial aplicável ao tratamento de dados pessoais”*
 - b. nº 2: *As informações de carácter médico só são comunicadas ao interessado por intermédio de um médico por si designado.*
 - c. nº 3: *“A invocação do interesse directo, pessoal e pessoal, nos termos do nº 2 do artigo anterior, deve ser acompanhada de parecer favorável da Comissão de Acesso aos Documentos da Administração, solicitado pelo terceiro que pretenda exercer o direito de acesso.”*

Ressaltam, imediatamente, pelo menos duas dificuldades:

- a) A utilização da expressão “dados pessoais” com sentidos divergentes entre a LADA e a LPD e, portanto, entre a CADA e a CNPD, com repercussões na interpretação e aplicação do nº 1 do artigo 8º;
- b) Uma certa contradição entre os regimes destes preceitos: o acesso de terceiros a documento nominativo faz-se pela demonstração do interesse directo, pessoal e legítimo (artigo 7º/2), sendo documento nominativo o que tem dados pessoais no sentido do artigo 4º da LADA. Porém, o acesso a dados pessoais contidos em documentos faz-se nos termos da lei especial aplicável aos tratamentos automatizados (LPD), mas a invocação do interesse directo e pessoal carece de ser acompanhada por parecer favorável da CADA (artigo 8º/3). A CADA teria de interpretar e aplicar a LPD.

Por intervenção legislativa de 1999, a Lei 94/99, de 16 de Julho alterou este artigo 8º. A partir deste ano, o artigo 8º da LADA de 1993 foi integralmente revogado, apesar de manter a mesma epígrafe, passando a contar com a redacção seguinte:

- a) nº 1: *“Os documentos nominativos são comunicados, mediante prévio requerimento, à pessoa a quem os dados digam respeito, bem como a terceiros que daquela obtenham autorização escrita.”*
- b) nº 2: *“Fora dos casos previstos no número anterior os documentos nominativos são ainda comunicados a terceiros que demonstrem interesse directo, pessoal e legítimo.”*
- c) nº 3: *“A comunicação de dados de saúde, incluindo dados genéticos, ao respectivo titular faz-se por intermédio de médico por ele designado.”*

Daqui e doutras alterações podem tirar-se algumas seguras ilações: *i)* o acesso a documentos nominativos deixou de ser feito através da intervenção de outra legislação que não a LADA: desapareceu o nº 2 do artigo 7º e o acesso aos documentos nominativos é regulado exclusivamente pelo novo artigo 8º; *ii)* deixou de ser obrigatória para o requerente a prévia obtenção do parecer favorável da CADA, como era por força do nº 3 do artigo 8º, mas é esta Comissão a competente para decidir do acesso a documentos nominativos, verificando o interesse directo, pessoal e legítimo invocado, não podendo a entidade requerida satisfazer o acesso a documentos nominativos sem solicitar esse parecer (novo nº 2 do artigo 15º); *iii)* a intervenção e aplicação desta lei ao regime de acesso a dados pessoais de saúde e, agora, genéticos, são expressas; *iv)* desapareceu a obrigatoriedade de obter previamente parecer favorável da CADA, apesar de a entidade requerida estar obrigada a solicitar o parecer da CADA quando este não é junto com o requerimento e, de todo o modo, poder fazê-lo sempre que tenha dúvidas (artigo 15º/ 2 e 3 introduzidos pela Lei 94/99); *v)* o artigo 20º da LADA de 1993 também foi alterado quanto às competências da CADA no sentido de lhe conferir expressamente a competência para emitir parecer sobre o acesso a documentos nominativos solicitado pelo acedente ou pela entidade requerida, de acordo com o nº 2 do artigo 15º, bem como dar parecer sobre a comunicação de documentos nominativos entre os serviços e organismos da Administração (alíneas c) e d) do nº 1 do artigo 20º, introduzidas pela Lei 94/99).

Mas apesar deste sentido de maior definição da competência da LADA e da CADA para o acesso aos documentos nominativos, consignando-se expressamente na lei esta competência, bem como apesar de se ter extraído a expressão “tratamento automatizado de dados pessoais” do nº 1 do artigo 8º e substituído por “documentos nominativos”, as dúvidas e as controvérsias não foram todas dissipadas e superadas.

Pelo contrário,...

8.4 O debate continuou...

Depois daquele interregno iniciado em Março de 2001 em que a CADA remetia os pedidos de acesso a dados pessoais de saúde para a CNPD, já desde 2003, pelo menos, a CADA tem decidido pedidos de parecer ou queixas apresentadas relativas aos acessos a documentos de saúde, a par da CNPD, que também o faz, havendo discrepâncias e contradições entre as duas entidades nos sentidos e conteúdos decisórios.

Mas o debate não encerrou. Por exemplo, no Parecer da CADA nº 137/2005, dado sobre a intenção legislativa de alterar a LADA, esta Comissão entende que é de *“apenas excluir da aplicação do regime da LADA (e da competência da CADA) o acesso aos documentos nominativos (na acepção da LADA) objecto de tratamento e contidos em ficheiro manual ou automatizado”* e de *“Aproximar os regimes das excepções de acesso a documentos nominativos e a segredos de empresa, dada a sua semelhança”, (...)* *“em que o acesso só pode-deve ser facultado a terceiro que tenha autorização escrita do titular dos dados ou demonstre interesse directo, pessoal e legítimo suficientemente relevante segundo o princípio da proporcionalidade”* Neste parecer alertou-se para o facto de o fim da intermediação médica no acesso conflitar com a Lei 12/2005 no que toca ao regime do acesso directo ou intermediado, facultativo ou obrigatoriamente, adiantando-se a proposta de alteração para o actual regime sem intermediação, salvo se requerente solicitar. Por outro lado, propôs-se que a obrigatoriedade de pedir parecer à CADA no caso de a pretensão de acesso a

documentos administrativos recair sobre documentos nominativos, proposta que também foi acolhida. Neste mesmo parecer, a CADA propôs, para a redacção do nº 3 do artigo 2º do Projecto de Lei que *“O acesso aos documentos nominativos objecto de tratamento e contidos em ficheiro manual ou automatizado consta de legislação própria”*. De novo, o fio separador da LADA e da CADA face à LPD e à LPD era a noção de tratamento (de dados) em ficheiros manuais ou automatizados e, neste parecer, o membro da CADA Renato Gonçalves lavrou e anexou uma declaração de voto que, pela importância para este debate, aqui se resume em três telegráficas linhas: *i) a CNPD entende que o acesso a dados pessoais através de consulta ou obtenção de cópia é um verdadeiro tratamento de dados pessoais e, por isso, esta formulação proposta pela CADA retira a competência desta Comissão para a tutela do exercício do direito de acesso a documentos nominativos, pois não há hoje documentos da administração que não sejam objecto de tratamento ou não estejam em ficheiro manual ou automatizado; ii) a alínea b) do artigo 3º da LPD deve ser interpretada no sentido de o “acesso” aí mencionado, tal como a “consulta” e/ou “reprodução”, significar que estas operações ou ocorrências só sejam tratamento de dados pessoais quando houver efectivo ou potencial (possibilidade) risco de interconexão, comparação ou mero relacionamento de dados pessoais, tal como acontece na alínea i) do mesmo artigo 3º da LPD para o caso da definição de interconexão, que se basta com a “possibilidade” de relacionamento; iii) em relação aos dados pessoais de saúde que se encontram inscritos em documentos da administração hospitalar e em unidades do Sistema Nacional de Saúde deve actuar o princípio da proporcionalidade, numa formulação restrita, que contemple o sigilo da informação e se articule com a Lei 12/2005. Outra proposta constante de uma declaração de voto neste parecer, do Conselheiro Castro Martins, sugeria a seguinte redacção: *“O acesso aos documentos administrativos que contenham dados pessoais no sentido definido pela Lei 67/98, de 26 de Outubro, é regulado pela presente lei, a não ser que se antevêja risco de interconexão de dados, caso em que a questão será submetida à apreciação da Comissão Nacional de Protecção de Dados.”* Como se pode ver, nesta proposta a fronteira é traçada com um sábio apelo ao conceito de “tratamento”. Dados pessoais, sensíveis ou não, caem na alçada da CNPD e no âmbito da LPD se forem objecto de “tratamento”. A “pedra de toque”, que já foi assinalada encontrar-se nos conceitos de “tratamento automatizado” e de “dados pessoais”, parece estar centrada no conceito de “tratamento” de dados pessoais. Mas a questão conceptual*

e terminológica ainda não estava totalmente ultrapassada. No Parecer da CADA nº 246/2005, dado à intenção legislativa que transpões a Directiva da reutilização da Informação no Sector Público, foi expressamente afirmado que a existência de um conceito de dados pessoais diverso para a Lei 65/93 e para a Lei 67/98 tem vindo a criar dificuldades, quer a nível da não uniformidade de decisões entre CADA e CNPD, quer a nível das suas competências.

Por sua vez, da CNPD conheceu-se um Despacho do seu Presidente denominado “Esclarecimentos da CNPD quanto ao Regime de Acesso à «Informação Médica»”, de 23 de Março de 2007, sobre esta matéria afirmando, em suma, que i) *“a sua eventual comunicação (que é uma forma de tratamento, nos termos do artigo 3º, al b) da Lei 67/98) a terceiros só pode, segundo o nº 2 do artigo 7º desta Lei, ter lugar com base em lei (por exemplo a que permita essa comunicação aos tribunais) e que ii) as decisões da CNPD são vinculativas.*

Efectivamente, o problema é complexo, difícil e mesmo agudo, requerente da maior cautela. O Documento do Grupo de Trabalho do artigo 29º sobre os Registos de Saúde Electrónicos (RSE), já mencionado, considera que todos os elementos e informações constantes destes registos, desde os dados administrativos, até aos clínicos propriamente ditos, fisiológicos e comportamentais, não excepcionando a informação subjectiva (anotações feitas pelo registador, subjectivas, auto-referenciadas ao próprio médico para sua orientação e gestão da informação no exercício das suas funções), todos são dados de saúde. Quando este documento analisa o artigo 8º, nº 2, da Directiva 95/46, sobre as derrogações à proibição de tratamento, “salta” e deixa por analisar a alínea b) do nº 2 deste artigo da Directiva (ver página 8 a 10 deste documento). Este “salto” suscita algumas reflexões e considerações, dado o conteúdo da alínea b) do nº 2 do artigo 8º da Directiva que é o seguinte: *“O nº 1 não se aplica quando: b) O tratamento for necessário para o cumprimento das obrigações e dos direitos do responsável pelo tratamento no domínio da legislação do trabalho, desde que o mesmo seja autorizado por legislação nacional que estabeleça garantias adequadas”.* i) A primeira consideração é uma evidência anterior a esta passagem: o documento não versa, de maneira alguma, nem com a mais leve alusão, à questão do exercício do direito de acesso a documentos nominativos detidos pela administração e garantido pelo direito fundamental de acesso á informação e aos registos e documentos da

administração. *ii*) A segunda consideração é que esta alínea b) do n° 2 do artigo 8° da Directiva radica no direito à liberdade da informação (a mesma raiz do direito de acesso aos documentos nominativos) que esteja regulado por lei para efeitos laborais, certamente para responder à primeira preocupação da Directiva de harmonização do mercado⁴⁶. E, se para efeitos laborais, a legislação nacional excepciona a proibição de tratamento dos dados pessoais sensíveis, por maioria de razão, a legislação nacional que disciplina um direito fundamental beneficiário do regime dos direitos, liberdades e garantias também excepciona essa proibição. *iii*) Por fim, a liberdade de informação que oferece, nos termos das legislações nacionais, a derrogação da proibição de tratamento para efeitos laborais poderia provocar o efeito perverso de os responsáveis pelos tratamentos (geralmente, as empresas) terem o acesso garantido por essa legislação, mas os cidadãos (os trabalhadores, terceiros entre si, e todos os demais terceiros) poderem não ter o direito de acesso garantido, caso não interviesse o direito fundamental de acesso aos documentos nominativos.

Auto-limitando a proibição de tratamento e salvaguardando as legislações dos Estados-membros sobre as relações laborais, a aplicação nacional da Directiva (como elemento de interpretação da lei) através da LPD também se encontra limitada pela legislação nacional relativa ao direito fundamental (nacional, europeu e universal) de acesso a documentos nominativos, sem precisar de o dizer, bastando não tocar sequer o campo deste direito. De facto, entre os dois direitos fundamentais, o de acesso aos documentos administrativos, nominativos ou não, e o de protecção dos dados pessoais, reconhecidos pelo Direito Europeu e pelo Direito da União Europeia, reconhecidos pela Constituição e legislação nacionais, bem como entre os respectivos instrumentos normativos onde residem estes direitos, não existe qualquer relação de prevalência ou hierarquia. Nem quanto aos conteúdos, nem quanto às fontes, nem quanto às entidades de garantia. Daí que os Estados-membros apresentem diversidade institucional e decisória sobre esta matéria, como se viu com o ICO e a CNIL e CADA francesas. O modelo português seguiu, como se viu, esta configuração francesa e, assim, a autoridade criada para garantia do direito à protecção dos dados pessoais não assegura a efectividade do direito fundamental de acesso à informação, aos registos e documentos administrativos, nominativos ou não.

⁴⁶ Ver, atrás, Capítulo 4 O direito à protecção dos dados pessoais.

8.5 A entrada em vigor da actual LADA em 2007 e a continuação do debate

A Lei 94/99, de 16 de Julho, interveio concisamente no regime de acesso aos documentos nominativos constante do nº 2 do artigo 7º e do nº 1 do artigo 8º da LADA de 1993. O nº 2 do artigo 7º da LADA de 1993 dizia que tinha acesso a documentos nominativos o titular da informação e os terceiros que tivessem interesse directo pessoal e legítimo, a par do nº 1 do artigo 8º que dizia que *“O direito de acesso a dados pessoais contidos em documento administrativo é exercido, com as necessárias adaptações, nos termos da lei especial aplicável ao tratamento de dados pessoais”*. Aquela Lei 94/99 veio substituir este regime, que denotou as dificuldades já abordadas, e introduziu a disciplina do artigo 8º da LADA de 1999. Nesta, a opção parece afirmada: o nº 2 deste artigo 8º, dizendo *“Fora dos casos previstos no número anterior os documentos nominativos são ainda comunicados a terceiros que demonstrem interesse directo, pessoal e legítimo.”*, substituindo aquele nº 1 do artigo 8º da LADA de 1993 que remetia para a legislação especial ao tratamento de dados pessoais, consigna na LADA a competência para o acesso a documentos nominativos. Por outro lado, o nº 3 deste novo artigo 8º introduzido em 1999, incluindo os dados genéticos (por causa da evolução e generalização científicas, tecnológicas e, conseqüentemente, informativas) nos dados de saúde sobre os quais regula o acesso intermediado, não deixava, aparentemente, dúvidas quanto à orientação do legislador: a competência da CADA e o enquadramento do direito de acesso aos documentos (administrativos) nominativos (de saúde) no âmbito da LADA.

Mas dúvidas subsistiram, como se viu no debate.⁴⁷

De facto, a nova LADA, saída da Lei 94/99, ainda deixou alguns pontos geradores de polémica ou controvérsia, alguns elementos ou vestígios conceptuais e legais que continuaram a constituir fonte de divergência ou, independentemente disso, a distância entre as duas entidades manteve-se, quer sobre o ponto de vista institucional (quem decide), quer do ponto de vista material (que lei se aplica). Desde logo, o conceito de documentos nominativos é feito ainda, na lei, pela referência aos “dados

⁴⁷ Ver Parecer da CADA nº 246/2005 onde o conflito positivo entre as duas entidades está manifestado, bem como a repercussão desse conflito em decisões concretas contraditórias e, ainda, a chamada de atenção para o legislador dissipar todas as dúvidas.

personais”: alíneas b) e c) do nº 1 do artigo 4º da LADA de 1999. Por outro lado, o nº 7 do artigo 7º ainda falava que “o acesso aos documentos referentes a dados pessoais com tratamento automatizado” se regia por legislação própria. O artigo 9º da LADA de 1993, norma materialmente de protecção de dados pessoais, continuava na LADA de 1999. O nº 3 do artigo 10º da LADA de 1999 ainda se referia, no uso ilegítimo de informações, aos “dados pessoais comunicados a terceiros não podem ser utilizados para fins diversos dos que determinaram o acesso”.

Todavia, uma mudança extremamente significativa ocorreu: a jurisprudência da CADA, pelo menos desde 2004, adoptou um conceito de documento nominativo consentâneo com a característica da “sensibilidade” dos dados, na concepção da LPD, através de um aperfeiçoamento da interpretação da alínea c) do artigo 4º da LADA. Este um passo muito significativo no encontro e harmonização dos regimes das duas leis: uma interpretação da LADA integrada, actualista, comunicante e concordante na aplicação prática com outros direitos e liberdades confinantes considera documentos nominativos os documentos que contêm os mesmos dados pessoais sensíveis que estão elencados no nº 1 do artigo 7º da LPD e os que contêm informações negativas sobre pessoas (nomeadamente expressas em classificação de serviço ou processos de averiguação, inquéritos ou disciplinares)⁴⁸; considera dados nominativos os que “revelam dados do foro íntimo de um indivíduo, como, por exemplo, dados genéticos, de saúde, todos os dados pessoais sensíveis, juízos opinativos sobre uma pessoa (nomeadamente os expressos em classificação de serviço, sindicâncias, processos de averiguação, inquéritos, processos disciplinares), os que traduzam descontos no vencimento não ope legis, mas ope voluntatis ou na sequência de decisão judicial ou que, em razão do seu conteúdo, podem traduzir invasão da reserva da vida privada”⁴⁹ E decide, em conformidade com a lei, o acesso a documentos nominativos de saúde.

Foi já neste ponto de desenvolvimento que chegou a Lei 46/2007, de 24 de Agosto, a LADA de 2007, desta vez não para intervir cirurgicamente no regime da LADA em vigor nessa data, mas para revogar a LADA: artigo 40º da LADA de 2007, doravante também só LADA. A LADA eliminou aqueles vestígios que lembravam os pontos de discórdia e o surgimento de controvérsia. Em primeiro lugar, o conceito de

⁴⁸ Ver Parecer da CADA nº 14/2004.

⁴⁹ Ver Pareceres da CADA nº 15/2004 e 17/2004.

documento nominativo, sem fazer qualquer referência a “dados pessoais”, é agora o de “o documento administrativo que contenha, acerca de pessoa singular, identificada ou identificável, apreciação ou juízo de valor, ou informação abrangida pela reserva da intimidade da vida privada”. Em segundo lugar, o nº 7 do artigo 7º da antiga LADA de 1999, que remetia o acesso aos documentos referentes a dados pessoais automatizados para legislação própria, desapareceu. Em terceiro lugar, o artigo 9º da LADA de 1999, aquele que era materialmente uma norma de protecção de dados pessoais, desapareceu e foi substituído de modo muito significativo: o antigo artigo 9º referia-se aos direitos de acesso, rectificação, aditamento e eliminação previstos no artigo 11º da LPD e que se podiam exercer perante o responsável pelo tratamento de dados (sendo este definido na alínea d) do artigo 3º da LPD), ao passo que o actual artigo 9º introduzido pela LADA versa sobre o responsável pelo acesso e obriga a medidas organizativas para o exercício do direito de acesso, tal como o fazia, mas muito mais detalhadamente, o anterior artigo 14º. Em quarto lugar, assinala-se que a finalidade do acesso, sendo limitada exclusivamente àquela que justificou o acesso, no anterior nº 3 do artigo 10º da LADA de 1999 era redigida com a referência aos “dados pessoais comunicados”, mas agora no novo artigo 8º da LADA passou a usar as expressões “utilização da informação” e “documentos nominativos”. Em quinto lugar, a consulta da CADA, mesmo para o acesso a documentos nominativos, é agora facultativa também para a entidade requerida (alínea e) do nº 1 do artigo 14º da LADA). As competências da CADA, em sexto e último lugar nesta lista de alterações mais significantes, são para apreciar todas as queixas e para dar pareceres sobre a comunicação de documentos (administrativos, nominativos e não) entre os serviços e organismos da administração, salvo quando se antever risco de interconexão de dados, caso em que a CNPD é chamada a intervir: alíneas b) e d) do artigo 27º desta LADA de 2007.

A competência da LPD e da CNPD nesta matéria confluyente de acesso a documentos (administrativos) nominativos com dados de saúde fica, agora, confinada às situações de interconexão de dados no seio das comunicações entre serviços e organismos da administração, casos em que, verdadeiramente, já não se trata de acesso nem de divulgação da informação, nas acepções do artigo 5º, do nº 5 do artigo 6º e do artigo 10º da LADA⁵⁰, mas sim de matéria do artigo 9º da LPD. E por isso esta lei e a

⁵⁰ Lembra-se que quando se fala tão só de LADA a referência é para a LADA de 2007.

CNPD devem ser chamadas a intervir. É, de resto, consentâneo com o modelo francês seguido em Portugal: à CNPD cabe, então, *i)* para além de autorizar as interconexões, *ii)* zelar por que os responsáveis pelos tratamentos cumpram os deveres e obrigações da LPD e garantir os direitos dos titulares dos dados consignados nesta lei, *iii)* garantindo muito especialmente o direito de acesso dos próprios titulares dos dados previsto no artigo 11º da LPD e que deixou de existir no artigo 9º desde a nova LADA de 2007, *iv)* avaliar e fiscalizar o respeito pelas autorizações e deliberações que emita, *v)* fiscalizar as características dos sistemas de informação e as suas medidas de segurança da informação e, muito particularmente no que se refere ao objecto desta dissertação, *vi)* avaliar a evolução das graves deficiências que os tratamentos de dados apresentaram na altura do Relatório da CNPD de 2004, *vii)* fiscalizar as instalações e funcionamento de todas as aplicações informáticas existentes no Sistema Nacional de Saúde (SINUS, SONHO, SAM, entre outras), *viii)* promover as potencialidades dos Registos de Saúde Electrónicos (RSE) conforme ao Documento do artigo 29º no que especialmente toca à capacidade de segmentação da informação e controlo de acessos por níveis de informação agregada, *ix)* avaliar e fiscalizar a conformidade dos fluxos massivos ou assíduos, sobretudo por via electrónica, *x)* além de cumprir com as outras competências previstas na sua lei.

É que, além do mais, a CNPD conhece bem a situação, como se pode ler no seu Relatório de 2000: *“Conclusões: “Constata-se um grande desconhecimento e incumprimento da LADA por parte dos serviços públicos; Na sequência do artigo 268º nº 2 da CRP, a lei estabeleceu limites ao acesso aos documentos que contenham dados de saúde. Quando houver colisão com outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos a possibilidade de revelação dos dados (artº 15º nº 2 da Lei 65/93) passa, necessariamente, pela harmonização dos direitos em conflito”; A Administração deve tomar medidas para assegurar uma melhor organização da informação, por forma a que a mesma possa ser disponibilizada e divulgada aos cidadãos”.*

Mas as mais significativas alterações da LADA são as que se seguem, estas sim, parece que totalmente esclarecedoras e aptas a encerrar o debate do conflito positivo institucional entre as duas comissões.

A primeira destas três alterações é a introduzida pelo nº 3 do artigo 2º da LADA: *“O acesso a documentos nominativos, nomeadamente quando incluam dados de saúde, efectuado pelo titular da informação, por terceiro autorizado pelo titular ou por quem demonstre um interesse directo, pessoal e legítimo rege-se pela presente lei”*. Em primeiro lugar, como os documentos nominativos são, pela via da nova definição da alínea b) do nº 1 do artigo 3º da LADA, os documentos que contêm informação abrangida pela reserva da intimidade da vida privada, por um lado, bem como, pela via jurisprudencial da CADA, os documentos que contêm dados pessoais sensíveis⁵¹, na aceção e terminologia da LPD, esta norma do nº 3 do artigo 2º da LADA diz expressamente que o acesso a este tipo de documentos rege-se pela LADA. Explícita e deliberadamente a lei colocou o acesso a este tipo de documentos no âmbito da LADA e, portanto, a partir da entrada em vigor da LADA de 2007, é esta lei que rege o acesso a documentos nominativos com informação de saúde. E fê-lo de um modo pouco dado a equívocos e pouco permissivo a dúvidas ou hesitações quando se trata de dados pessoais de saúde, uma vez que lhes faz uma destacada menção dentre os dados sensíveis que torna os documentos nominativos. Poderá enunciar-se a dúvida se esta solução afronta a Directiva 95/46, na medida em que o acesso é uma operação de tratamento de dados pessoais e, portanto, o regime é o da Directiva e qualquer outro que se lhe desvie está a violar a hierarquia das normas. Mas como se viu, a Directiva não alcança o direito fundamental de acesso aos documentos administrativos e, por outro lado, o acesso de que fala a Directiva e a LPD não é o mesmo acesso de que fala a LADA: o direito de acesso de que fala a LADA é de um acesso “cego” a qualquer tratamento, independente de qualquer operação de tratamento, é a mera comunicação a terceiro mediante a abertura, a *“disclosure”* da informação, sendo competente para esclarecer os termos dessa abertura a CADA, por força da alínea e) do nº 1 do artigo 14º e da alínea b), d) e h) do nº 1 do artigo 27º, ambos os preceitos da LADA.

A segunda alteração deste lote de três com maior notoriedade é aquela que resulta do nº 5 do artigo 6º da LADA. Este artigo, com a epígrafe *“Restrições ao direito de acesso”*, diz no seu nº 5 que *“Um terceiro só tem direito de acesso a documentos nominativos se estiver munido de autorização escrita da pessoa a quem os dados digam respeito ou demonstrar interesse directo, pessoal e legítimo suficientemente relevante*

⁵¹ Ver nota 47 e 48.

segundo o princípio da proporcionalidade”. Isto é, para além de a LADA dizer que lei se aplica ao acesso a documentos nominativos e, portanto, indicar quem é a entidade responsável para decidir desse acesso (nº 3 do artigo 2º da LADA), vem agora dizer como a CADA deve decidir o acesso a documentos nominativos por terceiro não autorizado pelo titular: através do *“interesse directo, pessoal e legítimo suficientemente relevante segundo o princípio da proporcionalidade”*. Tendo em conta que a LADA e a CADA têm uma longa tradição decisória nesta matéria, pois foi obrigatório o pedido de parecer à CADA para os requerentes, foi-o para as entidades requeridas e continua a sê-lo, agora voluntariamente, para todas as entidades administrativas ou outras sujeitas à LADA, esta solução legal pretende aproveitar desse capital de conhecimento técnico que é, como se viu, um dos grandes factores do surgimento das autoridades administrativas independentes e elemento da sua legitimidade.

A terceira destas três alterações é a que consta do artigo 7º da LADA e que respeita ao regime do acesso directo à informação médica ou, diferentemente, do acesso intermediado por médico a essa informação. O nº 5 do artigo 11º da LPD diz textualmente que: *“O direito de acesso à informação relativa aos dados da saúde, incluindo os dados genéticos, é exercido por intermédio escolhido pelo titular dos dados”*. Ou seja, como o direito de acesso do artigo 11º da LPD apenas diz respeito àquele a quem pertence a informação e só pode ser exercido pelo titular dos dados pessoais, tem-se, por aqui, que o acesso do titular aos seus dados de saúde é feito (imperativamente) por intermediação de um médico por si escolhido. O nº 3 do artigo 3º da Lei 12/2005 diz textualmente o seguinte: *“O acesso à informação de saúde por parte do seu titular, ou de terceiros com o seu consentimento, é feito através de médico, com habilitação própria, escolhido pelo titular da informação”*. Por estas duas normas, o acesso pelo titular ou por quem este autorize é feito de modo intermediado por médico escolhido pelo titular. Naturalmente, estas duas normas só se referem ao acesso pelo titular ou por quem este autorizou esse acesso, mas já não por terceiro sem autorização no exercício do direito de acesso a documentos administrativos: por aqui se vê bem a distinção dos *“ratios”* e regimes destes direitos de acesso: acesso pelo próprio ou por quem este autoriza é matéria de LPD e da lei sobre a informação de saúde que concede ao titular a propriedade da informação, acesso por terceiro não autorizado não é regulado por estes diplomas. Surge, então, a LADA a dizer no seu artigo 7º que “A

comunicação de dados de saúde é feita por intermédio de médico se o requerente o solicitar". Este novo artigo 7º introduzido em 2007 revogou o regime do acesso obrigatoriamente intermediado no caso do acesso pelo titular e que estava previsto no nº 3 do artigo 8º da LADA de 1999. Mas como a LADA de 2007 pretendeu clarificar eficazmente a separação dos campos de actuação da LADA e da LPD e como o acesso pelo próprio titular é matéria também da LPD e da Lei 12/2005, a solução da LADA de 2007, seguindo a evolução da legislação e jurisprudência francesas, foi a de dotar o requerente, o próprio titular, o terceiro por si autorizado ou o terceiro munido de interesse directo, pessoal e legítimo suficientemente relevante segundo o princípio da proporcionalidade, da autonomia bastante para escolher a intermediação ou não.⁵² Quanto a esta terceira alteração, porém, uma particularidade muito significativa já se verificou: é que este sentido legislativo de dar a opção ao requerente já alcançou generalizada aceitação e observância, quer quando é o próprio titular a requerer o acesso (o que pode fazer através do exercício do direito fundamental de acesso aos documentos administrativos da LADA ou através do direito de acesso aos seus dados pessoais da LPD), quer quando é um terceiro autorizado por este (que também pode fazer uso das duas leis, na LADA tendo autorização escrita, na LPD tendo consentimento expresso), quer, evidentemente, quando é um terceiro com interesse directo, pessoal e legítimo suficientemente relevante segundo o princípio da proporcionalidade.⁵³ A desnecessidade de intermediação, salvo se o requerente o solicitar, é hoje uma prática já frequente e mesmo generalizada no seio das entidades requeridas, neste estudo, as unidades de saúde do Sistema Nacional de Saúde.

⁵² Ver, supra, Capítulo 5.

⁵³ O fundamento da intermediação do acesso por médico escolhido pelo titular é, não apenas a garantia da compreensão da informação, mas também e talvez sobretudo a protecção do próprio titular face ao risco de choque ou prejuízo para a sua saúde física e mental decorrente do conhecimento da informação de saúde que lhe respeita. A solução do acesso intermediado por médico quando o acesso é feito por terceiro não está desprovida de sentido à luz destes fundamentos, uma vez que a falta de compreensão pode dar-se igualmente e, por outro lado, a informação de saúde sobre uma pessoa pode revelar informação sobre terceiros (caso, por exemplo, de doenças genéticas ou infecto-contagiosas).

9 Uma conclusão e o debate continua...

9.1 A conclusão

Uma conclusão, pode, com toda a segurança, ser retirada: a CADA é a entidade administrativa independente para decidir sobre os acessos aos documentos (administrativos) nominativos, com dados de saúde, existentes nas unidades integradas no Sistema Nacional de Saúde. A história e tradição da CADA na decisão destas matérias – tendo havido a obrigatoriedade de obtenção de parecer positivo por parte dos requerentes que quisessem aceder aos documentos nominativos, passando, depois, a ser obrigatória a consulta da CADA por parte da entidade requerida quando esse parecer não houvesse sido junto pelo requerente do acesso – tornam compreensível e coerente com a estabilidade esta opção do legislador. Com a entrada em vigor da Lei 67/98, o conflito positivo entre a CADA e a CNPD e entre as respectivas leis acentuou-se, tendo a Deliberação da CNPD nº 51/2001 entrado pelo regime de acesso e levado a CADA a remeter-lhe os requerimentos de acesso a dados pessoais de saúde. Mas, por outro lado, as alterações à LADA, em 1999 e, sobretudo, em 2007, foram inequívocas neste sentido e neste propósito clarificador da confusão instalada. E se a alteração de 1999 não foi suficiente, ou se foi interceptada no seu propósito pela Deliberação da CNPD de 2001, a verdade é que a CADA fez um caminho de harmonização, adoptando na sua jurisprudência um conceito de documento nominativo coincidente com os dados pessoais sensíveis do artigo 7º da LPD. Depois, a introdução da nova LADA de 2007 não deixa qualquer espaço para dúvidas. Em primeiro lugar, eliminou as referências à terminologia e aos conceitos do direito à protecção de dados pessoais. Em segundo lugar, agora, há a possibilidade da compreensão da LADA de 2007 à luz das preocupações espelhadas, quer nos relatórios da CADA, quer nos pareceres desta Comissão e nas declarações de voto as eles anexadas: todos apontam a confusão que se verifica com o conflito positivo das leis e das autoridades e são sugeridos vários caminhos para a solucionar. A nova LADA foi peremptória no seu nº 3 do artigo 2º: *“O acesso a documentos nominativos, nomeadamente quando incluam dados de saúde,*

efectuado pelo titular da informação, por terceiro autorizado pelo titular ou por quem demonstre um interesse directo, pessoal e legítimo rege-se pela presente lei”.

Esta norma, lembre-se, vincula todas as entidades pelo princípio da legalidade. Mesmo numa óptica perspectivada a partir do estrito regime da protecção de dados, hermética face ao restante ordenamento e, portanto, apenas hipoteticamente admitida, o regime da LADA enquadra-se nas excepções à proibição do tratamento de dados pessoais, caso se entendesse o exercício do direito fundamental de acesso aos documentos administrativos como um tratamento. Na verdade, o nº 3 do artigo 35º da CRP, tal como o nº 2 do artigo 7º da LPD e, bem assim, o nº 1 do artigo 3º da Lei 12/2005, todos proibem o tratamento de dados pessoais de saúde, salvo “*autorização prevista por lei*” (CRP), “*mediante disposição legal*” (LPD) e “*e outros estabelecidos por lei*” (Lei 12/2005). Pois é, precisamente, o caso da LADA. Mesmo que se pretenda que o acesso previsto na LADA seja uma operação de tratamento de dados pessoais na acepção da alínea d) do artigo 3º da LPD, o que levaria a resultados absurdos e só academicamente se aceita, este tratamento estava legitimado pela força da lei formal que prevê o acesso a quem demonstre interesse directo, pessoal e legítimo suficientemente relevante segundo o princípio da proporcionalidade: nº 3 do artigo 2º e nº 5 do artigo 6º da LADA.

Mas esta coerência só explicita o regime e reforça o dever de obediência que é imposto a todas as entidades administrativas submetidas ao princípio da legalidade em relação à conclusão da competência da CADA para decidir o acesso a documentos nominativos com dados de saúde, conclusão que se encontra expressamente consignada em lei formal.

9.2 As sugestões para o debate

Mas se esta conclusão pôde ser retirada com segurança, as dificuldades não desapareceram. Na verdade, tem havido muitas solicitações à CADA por parte das entidades administrativas de gestão e prestação de cuidados de saúde para que esta

entidade emita orientações para as respostas que estas entidades não-de dar aos pedidos de acesso que lhes são feitos.⁵⁴ Estes pedidos, além daquelas queixas e pareceres sobre casos concretos, convocam a CADA para um exercício de preenchimento do interesse directo, pessoal e legítimo suficientemente relevante à luz do princípio da proporcionalidade. Este interesse tem de verificar-se nas situações factuais que se apresentem, mas estas situações factuais são, desde que acontecem na realidade ontológica, também situações jurídicas ou, pelo menos, “juridicizadas”. Na verdade, as questões ou situações concretas, casuísticas, de facto, surgem na realidade da vida social para conhecerem valoração, apreciação e decisão jurídica, não como “*factos puros*” ou meros dados, mas como uma dada “*situação histórico-social do caso decidendo*”, composta pelos diversos elementos que se mostrem comprovados e juridicamente relevantes.⁵⁵ (Neves, 2008)

É para este preenchimento que aqui se deixam sinteticamente formuladas algumas sugestões de reflexão e de debate e se termina com uma proposta.

A primeira sugestão é a de que seja feita uma leitura das leis – LADA e LPD – à luz da aplicabilidade directa e imediata dos direitos fundamentais que disciplinam e segundo o princípio da concordância prática (Canotilho, 2003).

A segunda reflexão é a de que a Administração está vinculada à aplicação das leis inconstitucionais e proibida de apreciar a sua constitucionalidade, isto por causa do princípio da separação de poderes, por causa do princípio da legalidade, porque há uma presunção de não inconstitucionalidade das leis, por causa da segurança jurídica e do risco de paralisação do governo e, finalmente, por causa do perigo para a obediência hierárquica que um desvio ao princípio da legalidade em favor de uma apreciação da constitucionalidade constituiria. Mas este dever de obediência às leis não significa que não deva ser feito um exame de constitucionalidade das leis por parte da Administração, pelo menos buscando o sentido da lei mais próximo e mais conforme à Constituição e afastando o sentido menos conforme com a CRP (Matos, 2004).

⁵⁴ Ver Parecer da CADA nº 274/2008, de 14 de Novembro de 2008.

⁵⁵ A tentação de transcrever a integralidade do texto onde se funda esta afirmação é grande, quer pela sua extrema centralidade, quer pela singularidade da sua excelência, quer pela importância do seu conhecimento. Não cabe essa transcrição no presente documento, havendo que quedar-se pela sua referência.

Sendo assim e em terceiro lugar, as teorias sobre os direitos fundamentais devem ser todas consideradas nas devidas medidas: a teoria liberal (com acento tónico na liberdade-direito do indivíduo anterior ao Estado); a teoria institucional (os direitos fundamentais contêm princípios objectivos de ordem e nos termos da sua consagração normativa para a respectiva área que regulam, sendo a lei que oferece condição de existência e concretiza as liberdades-direitos); a teoria axiológica, em que os direitos fundamentais fixam os valores comunitários fundamentais; a teoria democrática e funcional, segundo a qual os direitos fundamentais são factores constitutivos do livre processo de produção democrática do Estado; a teoria social dos direitos fundamentais, que faz depender a efectividade dos direitos fundamentais do nível de bem-estar dos sujeitos (Bockenforde, 2000). Todas estas teorias nos trazem ensinamentos que se mostram úteis na aplicação e efectivação dos direitos fundamentais.

Em quarto lugar, enunciar os critérios de interpretação dos direitos e liberdades fundamentais: uma interpretação dos direitos fundamentais segundo a Constituição, os valores e princípios constitucionais e não segundo a lei; uma interpretação cujo ponto de partida é a relatividade de todos os direitos fundamentais, no sentido em que não há nenhum que seja absoluto e que nenhum prepondera sobre qualquer outro; uma interpretação, não isolada de cada direito, mas antes sistemática e integrada, de todo o sistema de direitos que enforma o ordenamento constitucional; uma interpretação que no conflito de direitos procure e encontre a função que a Constituição determina para cada direito e que leve à optimização de todos os direitos em presença (Sánchez, 2005). Ou seja, que a interpretação dos direitos fundamentais não seja uma mera sujeição à letra da lei, acrítica e incondicional, mas antes uma sujeição à Constituição no seu todo, perspectivada com independência quando se trata de direitos fundamentais pertencentes aos indivíduos, independência face aos laços e relações de poder (Ferrajoli, 2004).

Em quinto lugar, importa lembrar que *“O juízo de proporcionalidade em sentido estrito, de proibição do excesso e da justa medida, também é de racionalidade, não é um juízo meramente cognitivo; com ele cura-se de uma funcionalidade teleológica, não de qualquer lógica ou semântica.”* (Miranda, 2000). O juízo de proporcionalidade deve ser equacionado, então, à luz, não apenas da liberdade de informação e do direito de acesso aos documentos administrativos (LADA), também à luz da protecção da privacidade e dos dados pessoais (LPD), de acordo com o regime de sigilo previsto

ancestralmente nos códigos deontológicos dos médicos alargados aos profissionais de saúde e com o segredo profissional previsto na Lei de Bases da Saúde, atendendo ao sigilo da informação médica e à sua função para o indivíduo, para a classe profissional e para a sociedade em geral, bem como de acordo com o regime da Lei 12/2005. Particularmente importante pode ser a indexação, mais próxima ou mais remota, dos fundamentos do acesso aos casos previstos no n.º 3 do artigo 7.º da LPD, que podem mostrar-se instrumentos de grande valor para o preenchimento do interesse directo, pessoal e legítimo suficientemente relevante segundo o princípio da proporcionalidade.

Por outro lado, as formas de acesso devem potenciar a concordância destes dois direitos em conflito: comunicação parcial de acordo com o princípio da necessidade (indispensabilidade) e comunicação verbal para esclarecimento do acedente como modo mais adequado do que o fornecimento de cópias dos documentos de saúde, formas que devem tirar partido da segmentação da informação por categorias de dados operada pelo tratamento electrónico do RSE, tornando dispensável o acesso ao processo clínico integral para a grande parte das finalidades.

Em sétimo lugar, deve ser atendido o princípio da confiança, na medida em que quando uma pessoa fornece informações sobre o seu estado de saúde aos profissionais do Sistema Nacional de Saúde na expectativa da sua confidencialidade, esta confiança deve ser protegida e preservada. Nesta medida, um propósito ou finalidade que seja meramente razoável, sério, atendível, autónomo e legítimo não deve ser, só por si, suficientemente relevante para, à luz do princípio da proporcionalidade, preencher o conceito de interesse directo, pessoal e legítimo, derogando o regime de sigilo da informação médica e pesar mais do que o direito à privacidade e à protecção dos dados pessoais, sobretudo tendo em consideração a medida da informação acedida necessária para a finalidade em causa.

Em oitavo lugar, a Ordem dos Médicos e as Ordens dos profissionais de saúde devem ser auscultadas sobre o entendimento que fazem da ponderação entre o sigilo médico e o dever de confidencialidade e o acesso à informação, com especial pertinência para o acesso, seus termos e limites, às informações subjectivas feitas constar nos processos clínicos por esses profissionais.

Por outro lado, os recursos humanos que manuseiam os processos clínicos⁵⁶, desde os profissionais de saúde que inscrevem as informações nos registos até aos profissionais administrativos que efectivamente praticam os actos materiais de manuseamento e prestação da informação, devem ter formação adequada sobre esta matéria, para maior sensibilização sobre os direitos fundamentais aqui em presença e sobre a necessidade de os proteger e promover.

Em décimo lugar, o direito de informação previsto no artigo 10º da LPD deve funcionar como um marco da transparência da actividade administrativa e do respeito pelos direitos das pessoas. Assim, nos instrumentos de recolha de dados pessoais, nas fichas de preenchimento com os dados dos utentes e pacientes, além do dever de informar das pessoas titulares que os seus dados são tratados de acordo com o regime da LPD e, muito particularmente, além dos elementos de informação obrigatória constantes do artigo 10º da LPD, devem esses instrumentos mencionar expressamente que a informação de saúde pode ser acedida nos termos da LADA, bem como que a CADA existe para se pronunciar sobre este acesso.

Por outro lado e em décimo primeiro lugar, o conhecimento prévio por parte do titular da informação de que um terceiro pretende exercer o direito de acesso à sua informação de saúde, a possibilidade de o titular ser ouvido sobre a admissibilidade deste acesso, o direito de corrigir, aditar ou suprimir elementos dos documentos que são acedidos, a possibilidade de condicionar ou objectar ao acesso aos documentos por parte dos titulares, a não satisfação do direito de acesso sem providenciar pela audição do titular, o dever de conservar a exacta informação a que se deu acesso a terceiro, todos estes ensinamentos de cariz pragmático colhidos nos procedimentos do ICO de Inglaterra são factores de elevada importância para um sistema de acesso que preveja, discipline e efective os dois direitos fundamentais aqui em presença.

Finalmente, importante se mostra, ainda, que sejam criadas linhas de orientação decisória abrangentes e estáveis, que confirmem às entidades e sobretudo às pessoas a confiança no sistema de saúde e no Direito. Na verdade, se o Estado é de Direito, é porque nele as pessoas confiam no Direito e, portanto, a segurança jurídica é um bem constitucional integrador dos elementos do estado de Direito (Valembos, 2005). Para

⁵⁶ Ver Relatório da CNPD de 2004 sobre o tratamento de dados de saúde nos hospitais.

isso, deve a CADA encetar um estudo que integre a administração de saúde e as classes profissionais de saúde, bem como a comunidade científica e técnica com interesse nesta matéria, além das organizações que actuam junto deste sistema e, ainda, as organizações representativas das entidades e grupos de pessoas, para analisar e chegar à elaboração de um conjunto estável e seguro de linhas orientação para as decisões dos pedidos de acesso a documentos administrativos de saúde.

10 Conclusão única e proposta única

10.1 Conclusão única

A CADA é a entidade competente para decidir sobre os pedidos de acesso aos documentos administrativos nominativos com dados de saúde, quando feitos por terceiros em relação àqueles a quem os dados respeitam, devendo decidir de acordo com o interesse directo, pessoal e legítimo invocado pelo requerente do acesso e à luz do princípio da proporcionalidade.

10.2 Proposta única

A CADA deve encetar e dinamizar um programa que integre a administração de saúde, as classes profissionais de saúde, bem como a comunidade científica e técnica com interesse nesta matéria e os representantes dos intervenientes no Sistema Nacional de Saúde, para elaboração de linhas de orientação estáveis e seguras para as decisões dos pedidos de acesso a documentos administrativos de saúde, dinamizando a formação dos recursos humanos dos respectivos serviços, com contemplação e ponderação das sugestões atrás indicadas.

BIBLIOGRAFIA

- (Alexy, 1989): Robert Alexy, *“Teoria de La Argumentacion Jurídica”* (Tr.ad.Cast.M.Atienza e. Especho), Editorial Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989
- (Alexy, 1993): Robert Alexy, *“Derecho e Razón Práctica”*, Distribuciones Fonatamara, SA, Colonia del Carrmen, Mexico, 1993.
- (Archer, 2005): Luís Archer, *“Genoma e Intimidade”*, Cadernos de Bioética nº 7, citado em Bernardo Xavier, *“O acesso à informação genética. O caso particular das entidades empregadoras”*, Estudos de Direito da Bioética, Almedina, Coimbra, 2005.
- (Barreto, 1999): Ireneu Cabral Barreto, *“A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada”*, Coimbra Editora, 2ª Edição, Coimbra, 1999
- (Beverley-Smith, Ohly, Schloetter, 2005) Huw Beverley-Smith, Ansgar Ohly and Agnès Lucas-Schloetter, *“Privacy, Property and Personality. Civil Law Perspectives on Commercial Appropriation”*, Cambridge Studies in Intellectual Property Rights, Cambridge University Press, Cambridge, Reino Unido, 2005.
- (Bobbio, 1992): Norberto Bobbio, *“A Era dos Direitos”*, Editora Campus, 17ª Tiragem, Rio de Janeiro, Brasil
- (Bockenforde, 2000): Ernst-Wolfgang Bockenforde, *“Le droit, l’État et la contitution démocratique”*, Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle reunis et présentés par Olivier Jouanjan, Bruylant, Bruxelas, 2000
- (Bono, 1976): Ernesto Bono, *“Nós, a loucura e a antipsiquiatria”*, Afrontamento, Porto, 1976.
- (Brotóns, 2004): Iñigo Lazcano Brotóns, *“Artículo 10. Libertad de expresión”*, em *“Convenio Europeo de Derechos Humanos Comentario Sistemático”*, dirigido por Iñaki Lasagabaster Herrarte, Thomson Civitas, Madrid, Espanha, 2004
- (Canotilho, Moreira, 1985): Gomes Canotilho, Vital Moreira, *“Constituição da República Portuguesa Anotada, 2º Volume”*, Coimbra Editora, Coimbra, 1985
- (Canotilho, Moreira 1991): Gomes Canotilho, Vital Moreira, *“Fundamentos da Constituição”*, Coimbra Editora, 1991.

- (Canotilho, 2003): J. J. Gomes Canotilho, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, Almedina, 7ª Edição, Coimbra, 2003
- (Canotilho, Moreira, 2007): Gomes Canotilho, Vital Moreira, “Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I”, Coimbra Editora, Coimbra, 2007
- (Canotilho, 2008): “«Brançosos» e Interconstitucionalidade Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional, Almedina, Coimbra, 2008”
- (Carvalho, 1999): Raquel Carvalho, “O Direito á Informação administrativa Procedimental”, Publicações da Universidade Católica, Porto, 1999.
- (Cassese, Franchini, 1996): Sabino Cassese e Claudio Franchini, “I garante delle regole Le autorità indipendenti nel sistema istituzionale italiano; i loro compiti normativi, amministrativi, giurisdizionali. Un tema centrale per la democrazia nel nostro paese”, Società Editrice Il Mulino, Bolonha, 1996
- (Castells, 2002): Manuel Castells, “A Era da Informação, Economia, Sociedade e Cultura, Vol. I, A Sociedade em Rede”, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002.
- (Castro, 2004): Catarina Sarmiento e Castro, “Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais”, Almedina, Coimbra, 2004.
- (Colliard, Letteron, 2005): Claude-Albert Colliard, Roseline Letteron, “Libertés Publiques, 8ª Edição, Dalloz, Paris, França, 2005
- (Condesso, 1995): Fernando Condesso, “Direito à Informação Administrativa”, Editora Pedro Ferreira, Lisboa, 1995.
- (Condesso, 1996): Fernando Condesso, “O Direito à Informação Administrativa”, Cadernos de Ciência da Legislação nº 17, Outubro – Dezembro de 1996, INA, Oeiras, 1996
- (Duarte, 2006): Maria Luísa Duarte, “União Europeia e Direitos Fundamentais – No espaço da Internormatividade”, AAFDL, Lisboa, 2006
- (Ferrajoli, 2004): Luigi Ferrajoli, “Derechos y garantías, la ley del más débil”, 4ª Edição, Editorial Trotta, Madrid, 2004
- (Friedmann, 1976): John Friedmann, “Empowerment Uma política de desenvolvimento alternativo”, Celta Editora, Oeiras, 1996

- (Gentot, 1994): Michel Gentot, “Les Autorités Administratives Indépendantes”, Montchrestien, 2ª Edição, Paris, França, 1994
- (Gentot, 2005): Michel Gentot, “la CNIL et son Expérience de la Régulation de l’Information”, em “La Société de l’Information Entre Mythes et Réalités”, dirigido por Michel Mathien, AUF, Bruylant, Bruxelas, Bélgica, 2005-
- (Gonçalves, 2003): Maria Eduarda Gonçalves, “Direito da Informação Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação”, Almedina, Coimbra, 2003.
- (Gonçalves (2003b): Maria Eduarda Gonçalves, “*Mudança Tecnológica, Conflito Social e Novos Direitos*”, em “Cidadania, Administração Pública e Sociedade”, INA, Oeiras, 2003
- (Gonçalves, 2004): Maria Eduarda Gonçalves, “Risk and Trust”, Science Public Policy, Vol. 31, Number 6, Beech Tree Publishing, Surrey, Inglaterra, 2004
- (Gonçalves, Guibentiff, 2008): Maria Eduarda Gonçalves e Pierre Guibentiff (Coordenadores), “*Novos Territórios do Direito, Europeização, Globalização e Transformação da Regulação Jurídica*”, ISCTE, Principia, Lisboa, 2008
- (Gonçalves, 2003c): Maria Eduarda Gonçalves, “Ironias do Destino: As Limitações à Liberdade de Informação na Internet”, em “Novas Formas de Mobilização Popular”, Coordenação de José Rebelo, Campo das Letras, Porto, 2003
- (Graça, 2000): António Pires Henriques da Graça, “Sigilo Médico, Deontologia e Tutela Penal”, em Colectânea de Jurisprudência de Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, Ano VIII, Tomo I, 2000
- (Guerra, 2002): Amadeu Guerra, “O Acesso à Informação Administrativa Sujeita a Tratamento Automatizado”, 8º Relatório de Acesso aos Documentos Administrativos, CADA (Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos), Lisboa, 2002
- (Häberle, 1974): P. Häberle, “Verfassungstheorie ohne Naturrecht”, in AÖR, 99 (1974)
- (Higuera, 2003): Manuel Heredero Higuera, “La Directiva Comunitaria de Protección de los Datos de Carácter Personal”, Arazandi Editorial, Barcelona, Espanha, 2003

- (Kienle, 2001): Thomas Kienle, “New Forms of Medical Data Collection – Should be complemented by a new European Privacy standards?”, *European Journal of Health Law*, Vol. 8, nº 1 (Março de 2001)
- (Maisl, 1988): Herbert Maisl, “Les autorités administratives indépendantes: protection dès libertes ou régulation sociale?” em Claude.-Albert Colliard, Gérard Timsit, “Les autorités administrative indépendantes”, PUF, Paris, 1988
- (Marques, 1996): Maria Manuel Leitão Marques, “Administração Consultiva em Portugal”, CES – Série Documentos e Estudos Internos, 1996
- (Menéndez, 1994): Ignacio Villaverde Menéndez, “Estado democrático e información: el derecho a ser informado”, Premio Extraordinario de Doctorado da Junta General del Principado de Asturias, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, Espanha, 1994
- (Miles, 1996): Ian Miles, “The Informations Society: Competing Perspectives on the Social and Economic Implications of Information and Communication Technologies”, em “Information Technologies – Visions and Realities”, edição de W. H. Dalton, University Press, Oxford, Inglaterra, 1996.
- (Marques, Martins, 2000): Garcia Marques e Lourenço Martins, “Direito da Informática”, Almedina, Coimbra, 2000
- (Martins, 2002): Agostinho Castro Martins, “ O Acesso aos Documentos da Administração Pública”, 8º Relatório de Acesso aos Documentos Administrativos, CADA (Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos), Lisboa, 2002
- (Matos, 2004): André Salgado de Matos, “A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade”, Almedina, Coimbra, 2004
- (Miranda, 2000): Jorge Miranda, “Manual de Direito Constitucional, Tomo IV Direitos Fundamentais”, Coimbra Editora, 3ª Edição, Coimbra 2000
- (Miranda, Medeiros, 2007): Jorge Miranda, Rui Medeiros, “Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III”, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- (Miranda, Medeiros, 2007b) Jorge Miranda – Rui Medeiros, “Constituição Portuguesa Anotada”, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007

- (Möller, 2007): Kai Möller, “*Balancing and the Structure of Constitutional Rights*”, International Journal of Constitutional Law, 2007.
- (Mota Pinto, 2000): Paulo Mota Pinto, “A protecção da vida privada e a Constituição”, Boletim da Faculdade de Direito Vol LXXVI, Coimbra, 2000
- (Moreira, 2001): Vital Moreira, “ A carta e a Adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos do Homem”, em “Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia”, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.
- (Moreira, 2002): Vital Moreira, “Autoridades reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro”, Ministério da Reforma do Estado e da Administração Pública, Lisboa, 2002
- (Moura Ramos, 2001): R. M. Moura Ramos, “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Alguns aspectos”, em “Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia”, Coimbra Editora, Coimbra, 2001
- (Neves, 2008): A. Castanheira Neves, “Matéria de Facto – Matéria de Direito”, Digesta Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros, Volume 3º, Coimbra Editora, 2008,
- (Neveu, 1994): Erik Neveu, “Une Société de Communication?”, Montchrestien, Paris, França, 1994
- (Novais, 2006): Jorge Reis Novais, “Direitos Fundamentais Trunfos Contra a Maioria”, Coimbra Editora, Coimbra, 2006
- (Paesani, 2000): Liliana Minardi Paesani, “Direito e Internet Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil”, Editora Atlas, S. Paulo, Brasil, 2000
- (Pereira, 2006): André Gonçalo Dias Pereira, “Dever de fundamentação, Acesso ao Processo Clínico e sua Propriedade. Uma Questão Europeia”, em Revista Portuguesa do Dano Corporal, Associação Portuguesa de Avaliação do Dano Corporal nº 16 (Novembro de 2006), Instituto Nacional de Medicina Legal – Delegação de Coimbra, Coimbra, 2006
- (Pérez, 2005): Maria Mercedes Serrano Pérez, “El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado”, Thomson Civitas, Madrid, Espanha, 2005

- (Pieroth, Schlink, 2008): Bodo Pieroth, Bernhard Schlink, “Direitos Fundamentais, Direito Estadual II”, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2008
- (Popper, 1993): Karl R. Popper, “A Sociedade Aberta e os Seus Inimigos”, Vols. I e II, Editorial Fragmentos, Lisboa, 1993
- (Quadros, 2004): Fausto Quadros, “Direito da União Europeia”, Almedina, Coimbra, 2004
- (Queiroz, 2002): Cristina M. MM. Queiroz, “Direitos Fundamentais (Teoria Geral)”, Coimbra Editora, Coimbra, 2002
- (Rawls, 2003): John Rawls, “Justiça como equidade Uma reformulação”, Martins Fontes, S. Paulo, Brasil, 2003
- (R. Gonçalves, 2002): Renato Gonçalves: “A Protecção dos «dados pessoais» informatizados – articulação de regimes”, 8º Relatório de Acesso aos Documentos Administrativos, CADA (Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos), Lisboa, 2002
- (R. Gonçalves, 2002): Renato Gonçalves, “Acesso à Informação Administrativa das Entidades Públicas”, Almedina, Coimbra, 2002
- (R. Gonçalves, 2003): Renato Gonçalves, “Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocência Galvão Teles”, Almedina, Coimbra, 2003
- (Renders, 2008): David Renders (direction), “L’Accès aux Documents Administratifs”, Centre d’Études Constitutionnelles et Administratives, Bruylant, Bruxelass, Bélgica, 2008
- (Rivero, Moutouh, 2003): Jean Rivero, Hugues Moutouh, “Libertés Publiques”, Tome I et II, 9ª Edição, Thémis, PUF, Paris, França 2003.
- (Saavedra, 1995): L. Cordero Saavedra, “El Derecho de Acceso a los Archivos y Registros Administrativos y su Tutela Administrativa y Jurisdiccional”, em La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía, Disley, SA, Madrid, 1995
- (Salmerón, 2003): Manuel Fernández Salmerón, “La protección de los datos personales en las Administraciones Públicas”, Thomson Civitas, Madrid, Espanha, 2003

- (Sánchez, 2005): Yolanda Gómez Sánchez, “Derecho Constitucional Europeo”, Sanz y Torres, Madrid, 2005
- (Santos, Gonçalves, Marques, 2004): António Carlos Santos, Maria Eduarda Gonçalves, “Direito Económico”, Almedina, Coimbra, 2004
- (Sendra, 1997): V. Gimeno Sendra, “El Registro de la Propiedad y el Derecho a la Intimidad”, Edición de La Ley – Actualidad, SA Madrid, Espanha, 1997
- (Silveira, 2004): Luís Lingnau da Silveira, “Família e Protecção de Dados”, em Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da reforma de 1977, Coimbra Editora, Coimbra, 2004
- (Teitgen-Colly, 1988): Catherine Teitgen-Colly, “les autorités administrative indépendantes: histories d’une institution” em Claude.-Albert Colliard, Gérard Timsit, “Les autorités administrative indépendantes”, PUF, Paris, 1988
- (Terwangne, 1999): Cécile de Terwangne, “ Le rapport de l’avie privée à l’information”, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Drois n° 16, “Droit des Technologies de L’Information Regards Prospectives, Bruylant, Bruxelles, Belgique, 1999
- (Valembois, 2005): Anne-Laure Valembois, “La Constitutionnalisation de l’exigence de sécurité juridique en droit français “, LGDJ, Paris, 2005
- (Van Lang, 1997): Agathe Van Lang, Geneviève Gondouin, Véronique Inserguet-Brisset, “Dictionnaire de droit administrative”, Armand Colin, Paris, França, 1997
- (Ventura, 2001): Catarina Sampaio Ventura, “Contexto e justificação da Carta”, em “Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia”, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

Eduardo Campos

Curriculum Vitæ