

## **Parecer n.º 342/2012**

**Data:** 2012.11.20

**Processo n.º 391/2012**

### **I - Factos**

1. Foi publicada, em 28 de agosto p. p., a Lei n.º 38/2012, relativa à antidopagem no desporto, adotando na ordem jurídica interna as regras estabelecidas no Código Mundial Antidopagem.

O artigo 41º deste diploma, sob a epígrafe «*Acesso e retificação*» dispõe que:

*«1- O direito de acesso aos documentos administrativos rege-se pelo disposto na Lei n.º 46/2007, de 24 de agosto.*

*2- O direito de acesso e retificação dos dados pessoais rege-se pelo disposto na Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro».*

Daqui resultaria que o acesso aos documentos administrativos se processaria nos termos da Lei n.º 46/2007, de 24 de agosto, diploma que regula o acesso aos documentos administrativos e a sua reutilização (LADA) e o acesso aos dados pessoais de acordo com a Lei n.º 67/98, de 26 de outubro (Lei de Proteção de Dados Pessoais - LPDP), como se fossem realidades distintas.

Ora, como adiante se tentará demonstrar, o acesso a uns e outros, ainda que se pudesse entender que são autonomizados pela Lei, não poderia deixar de se efetuar nos termos da LADA.

2. A referida Lei n.º 38/2012, de 28 de agosto, revogou a Lei n.º 27/2009, de 19 de junho.

O artigo 40º da Lei n.º 27/2009, de 19 de junho, ora revogada, estabelecia que:

*«O direito de acesso e rectificação dos dados pessoais rege-se pelo disposto na Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro»,*

ou seja, pela LPDP.

3. A Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA) pronunciou-se quanto à Lei n.º 27/2009, de 19 de junho, através do Parecer n.º 205/2009, de 9 de setembro (Processo n.º 451/2009).

Depois de justificar a posição que assumia perante o diploma, propôs aí a CADA, em síntese, *“que o artigo 40º da Lei n.º 27/2009, de 19 de Junho, seja revogado no segmento em que se refere ao acesso.*

*Se não se optar por esta solução, sugere-se que o mesmo passe a ter a seguinte redacção:*

*«1. O direito de acesso aos documentos administrativos rege-se pelo disposto na Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto».*

*A demais matéria, constante do questionado artigo 40º da Lei n.º 27/2009, de 19 de Junho, referente à rectificação dos dados pessoais, que não se insere no âmbito das competências da CADA, poderia fazer parte de um eventual n.º 2 do mesmo artigo”.*

4. É manifesta a diferença de teor entre o artigo 41º da Lei n.º 38/2012, de 28 de agosto, e o artigo 40º da Lei n.º 27/2009, de 19 de junho. E tal diferença só pode ter resultado da posição assumida pela CADA no Parecer n.º 205/2009, enviado ao Presidente da Assembleia da República e ao Ministro da Presidência.
5. Também sobre a Lei n.º 38/2012 emitiu esta Comissão o Parecer n.º 242/2012, de 18 de setembro (Processo n.º 391/2012), oportunamente enviado à Presidente da Assembleia da República, ao Ministro Adjunto e dos Assuntos Parlamentares, ao Secretário de Estado do Desporto e Juventude, aos Presidentes dos Grupos Parlamentares e ao Presidente do Instituto do Desporto e da Juventude.

Nesse Parecer n.º 242/2012, sugeriu a CADA que o artigo 41º da Lei n.º 38/2012, de 28 de agosto, passasse a ter a seguinte redação:

*«1- O direito de acesso aos documentos administrativos rege-se pelo disposto na Lei n.º 46/2007, de 24 de agosto.*

*2- O direito de retificação dos dados pessoais rege-se pelo disposto na Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro».*

No referido Parecer, demonstrou a CADA e, portanto, entendeu (e continua a entender) que o n.º 1 do artigo 41º deverá manter-se com a redação atual, sendo que do n.º 2 deverá ser eliminado o segmento que se refere ao acesso, ficando, pois, esse preceito reservado à matéria da retificação dos dados pessoais (que não se enquadra no âmbito de competências da CADA).

6. Posteriormente, teve esta Comissão conhecimento do Parecer n.º 63/2012, da Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd).

Tal Parecer foi remetido à CADA, em 17 de outubro p. p., pela Vogal da CNPD que é, em simultâneo, Membro da CADA, e, posteriormente, em 22, estes Serviços receberam o aludido Parecer, enviado também pelo Presidente da Comissão de Educação, Ciência e Cultura da Assembleia da República (P/CECC/AR).

O Parecer da CNPD, tal como consta de documentos que integram o Processo n.º 391/2012, desta Comissão, foi emitido por razões de urgência em 12 de outubro de 2012 e assinado apenas pelo seu Relator; e foi, nesse mesmo dia, enviado ao

P/CECC/AR, tendo sido objeto de ratificação em sessão realizada pela CNPD em 16 de outubro p. p..

É sobre esse Parecer que incidirão as considerações subsequentes.

## II - Apreciação jurídica

1. Cumpre agora apreciar o Parecer n.º 63/2012, que a CNPD emitiu relativamente ao Parecer n.º 242/2012, desta Comissão.
2. É importante referir, desde logo, que não se vê no Parecer n.º 63/2012, da CNPD, argumentação com valia suficiente para demover a CADA de continuar a sustentar o entendimento já afirmado, nomeadamente porque as questões de fundo tratadas no Parecer n.º 242/2012 da CADA não foram ali minimamente analisadas.

3. Começa o Parecer n.º 63/2012, da CNPD, por afirmar que o mencionado Parecer da CADA denota, *“no mínimo, desconhecimento do regime do direito de acesso a dados pessoais, direito fundamental, inscrito no n.º 1 do artigo 35º da CRP”*.

Trata-se de uma afirmação cujo valor será o da qualidade da sua fundamentação, que, como se entende, não é consistente.

É que, desde logo, não basta querer distinguir a existência de um eventual direito de acesso a dados pessoais, por interpretação de preceitos constitucionais ou de Direito Internacional convencional, ignorando disposições legais, a doutrina e a jurisprudência, como se não existissem.

É muito claro o regime legal, doutrinário e jurisprudencial sobre o direito de acesso aos documentos administrativos, em geral, e aos documentos nominativos, em particular nestes se incluindo os que contenham informação de saúde.

Na verdade, o direito de acesso a documentos administrativos consta da lei e é reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência que a CADA cita, neste como nos demais Pareceres. O desconhecimento da lei, da doutrina e da jurisprudência não apaga, naturalmente, essas realidades.

4. Depois de aludir aos direitos em causa (proteção de dados pessoais<sup>1</sup>, proteção da reserva da intimidade da vida privada e familiar<sup>2</sup> e princípio do arquivo aberto ou da administração aberta<sup>3</sup>), tal Parecer considera que *“o sentido literal da norma constitucional prevista no n.º 2 do artigo 268º”* da Constituição da República Portuguesa (CRP) é o de limitar *“o direito de acesso aos arquivos e registos*

---

<sup>1</sup> Cfr. artigo 35º da Constituição da República Portuguesa (CRP).

<sup>2</sup> Cfr. CRP, artigo 26º.

<sup>3</sup> Cfr. CRP, artigo 268, n.º 2.

*administrativos, no respeito do disposto na lei em matérias relativas à intimidade das pessoas”.*

Ora, não é apenas a CRP que exige “*a ponderação dos interesses em presença*”.

Na decorrência da CRP, também a LADA exige essa ponderação, ao consagrar restrições ao direito de acesso aos documentos administrativos; e nessas restrições inclui-se também a proteção da reserva da intimidade da vida privada [cfr., designadamente, artigo 2º, n.º 3, artigo 4º, n.º 1, alínea b), artigo 6º, n.º 5, e artigo 8º, n.º 2].

E toda a doutrina da CADA consubstancia o mais estrito respeito pela moldura legal vigente. E esse escrupuloso respeito impõe que se aprecie cada situação na sua factualidade concreta, para que se lhe aplique a solução jurídica mais justa e equilibrada.

Mas, repete-se, a LADA, ela e só ela, estabelece o regime geral de acesso aos documentos ou à informação administrativa, em geral, e aos documentos nominativos, em particular, sendo que a CADA, entidade à qual cabe zelar pelo cumprimento das disposições desta lei (artigo 25º, n.º 1), não se imiscui nas competências de outras entidades, mas também não pode (nem deve) abrir mão das competências que legalmente lhe cabem.

O desconhecimento do regime de acesso (aos documentos administrativos, em geral, e aos documentos nominativos, em particular) está, assim, espelhado no citado Parecer da CNPD, quando, em nome da salvaguarda da vida privada, veda o acesso a documentos administrativos, invocando competências que não detém.

#### 5. Mostra-se, pois, útil recordar os aspetos mais salientes desse regime de acesso

No seu Capítulo I, sob a epígrafe «*Disposições gerais*», a LADA estabelece, em especial, os aspetos substantivos ou materiais do direito de acesso aos documentos administrativos.

Assim, o artigo 1º sob o título «*Administração aberta*» estabelece que o acesso aos documentos administrativos é assegurado de acordo com os princípios da publicidade, da transparência, da igualdade, da justiça e da imparcialidade.

No que respeita ao objeto do direito de acesso, afirma o artigo 2º, n.º 1, que “*a presente lei regula o acesso aos documentos administrativos (...)*”.

Acrescenta o n.º 3 do mesmo artigo que:

*“O acesso a documentos nominativos, nomeadamente quando incluam dados de saúde, efetuado pelo titular da informação, por terceiro autorizado pelo titular ou por quem demonstre um interesse direto, pessoal e legítimo rege-se pela presente lei”.*

E o artigo 3º dá-nos o conceito de documento administrativo e de documento nominativo.

Assim, documento administrativo é *“qualquer suporte de informação sob forma escrita, visual, sonora, eletrónica ou outra forma material”*, na posse dos órgãos e entidades (administrativas) *“ou detidos em seu nome”* [artigo 3º, n.º 1, alínea a)].

De acordo com o mesmo preceito legal, documento nominativo é 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”* [artigo 3º, n.º 1, alínea b)].

O artigo 4º estabelece o âmbito de aplicação da LADA.

No artigo 5º encontra-se estabelecido o princípio geral do direito de acesso, segundo o qual *“todos, sem necessidade de enunciar qualquer interesse, têm direito de acesso aos documentos administrativos, o qual compreende os direitos de consulta, de reprodução e de informação sobre a sua existência e conteúdo”*.

O artigo 6º estabelece as restrições ao direito de acesso em função da necessidade de garantir a segurança interna e externa do Estado, o segredo de justiça, a conclusão de procedimentos administrativos, bem como a vida interna das empresas.

É este mesmo artigo que estabelece, no n.º 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 direto, pessoal e legítimo suficientemente relevante segundo o princípio da proporcionalidade”*.

O n.º 7 do mesmo artigo acrescenta, ainda, que :

*“Os documentos administrativos sujeitos a restrições de acesso são objeto de comunicação parcial sempre que seja possível expurgar a informação relativa à matéria reservada.”*

Tem particular relevância o n.º 2 do artigo 8º, ao estabelecer que:

*“Os documentos nominativos comunicados a terceiros não podem ser utilizados para fins diversos dos que determinaram o acesso, sob pena de responsabilidade por perdas e danos, nos termos legais”*.

Deste quadro normativo resulta que:

1º) A regra geral é a do acesso aos documentos administrativos, sem necessidade de o requerente apresentar qualquer justificação ou fundamentação;

2º) A restrição ao direito de acesso aos documentos administrativos é a exceção que tem, sempre, de ser fundamentada.

3º) O acesso a documentos nominativos só pode ser facultado ao titular da informação, a terceiro que disponha de autorização escrita da pessoa a quem a informação respeite ou a quem demonstre ser portador de um interesse direto, pessoal e legítimo suficientemente relevante segundo o princípio da proporcionalidade.

O artigo 11º refere-se à forma de acesso que, segundo opção do requerente, pode efetuar-se por consulta, reprodução ou certidão.

O artigo 13º reporta-se aos requisitos do requerimento de acesso, que deve ser efetuado por escrito e identificar o requerente pelo nome, morada e assinatura.

O artigo 14º consagra os deveres da entidade a quem foi solicitado o acesso.

O artigo 15º estabelece que o requerente pode apresentar queixa à CADA contra a falta de resposta, o indeferimento ou outra decisão limitadora do acesso bem como o prazo em que a mesma queixa deve ser apresentada.

Por conseguinte, este quadro normativo do direito de acesso integra não só normas materiais como normas procedimentais e processuais.

Merece ser destacada a norma do n.º 3 do artigo 2º que, ao estabelecer que:

*“O acesso a documentos nominativos, nomeadamente quando incluam dados de saúde, efetuado pelo titular da informação, por terceiro autorizado pelo titular ou por quem demonstre um interesse direto, pessoal e legítimo rege-se pela presente lei”*

atribui competência à CADA para se pronunciar sobre pedidos de acesso a documentos nominativos, nomeadamente quando incluam dados ou informação de saúde.

Pretendeu o legislador, ao utilizar a expressão «*dados de saúde*» que considerou como integrando documentos nominativos, que o acesso a este tipo de informação se processasse nos termos da LADA.

É, por isso, manifesto, que o acesso à informação de saúde é da competência da CADA.

Nesta perspetiva, bem se compreende que o legislador tenha estabelecido no artigo 7º que a comunicação de informação de saúde *“é feita por intermédio de médico se o requerente o solicitar”*.

O artigo 27º traça as competências da CADA, sendo de destacar a alínea d) do seu n.º 1, que manifesta uma clara opção pelo regime de competências que o legislador entendeu afirmar. De harmonia com o preceito citado, cabe à CADA *“emitir parecer*

*sobre a comunicação de documentos entre serviços e organismos da Administração, a pedido da entidade requerida ou da interessada, a não ser que se antevêja risco de interconexão de dados, caso em que a questão é submetida à apreciação da Comissão Nacional de Proteção de Dados”.*

Por outro lado, é fácil verificar que não existe na LPDP um regime completo (nem de natureza substantiva nem procedimental) como o estabelecido na LADA.

Não se ignora o artigo 11º da LPDP; porém, esta disposição prende-se com o acesso por parte do titular da informação, sendo sujeito passivo do correlativo dever o responsável pelo tratamento. Trata-se de uma norma de conteúdo diverso e não incompatível com o que consta da LADA, cujo regime tem como sujeito passivo a entidade administrativa que está na posse ou que detém a informação administrativa.

Não pode, portanto, deixar de se afirmar que, no que concerne ao direito de acesso (quer na sua perspetiva substantiva quer na ótica procedimental), a LADA é, no pressuposto da inexistência de um quadro legal especial, legislação subsidiária para toda a Administração Pública, incluída a CNPD.

Ora, não sendo a LPDP esse “*quadro legal especial*”, não poderá a CNPD, nos casos em que possua competência para se pronunciar, deixar de se valer da LADA para a resolução de questões atinentes ao acesso.

6. Decorre do exposto que há sempre a necessidade de se fazer uma concreta ponderação de valores, para permitir (ou não) o acesso.

É essa a forma de se proteger a reserva da intimidade da vida privada.

A este propósito, referiu o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) em 28.09.2011 (Processo 22/09.6YG LSB.S2) o seguinte:

“(…)

## II

### *Direito à intimidade*

(…)

*Não se vislumbra uma área que mereça uma protecção tão intensa que se sobreponha a todos os restantes valores da ordem jurídico constitucional e cuja protecção seja absoluta (v.g. a decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão no Acórdão de 14 de Setembro de 1989).*

(…)

*Tal direito consignado no artigo 35 n.º 4 da Constituição da República não é, porém, absoluto e admite excepções que se devem inscrever no regime de*

*restrições de direitos, liberdades e garantias consignado no artigo 18º da mesma Constituição. (...)*

*Como se afirma no Acórdão do STJ de 3/03/2010 fundamentalmente o que está em causa é saber até que ponto a protecção da intimidade da vida privada prevalece quando, em contraposição, estão interesses igualmente relevantes na prossecução dos valores do Estado os quais, eventualmente, podem incorporar a realização de objectivos e propósitos sem os quais se torna utópica a vida em sociedade. E nem sequer é necessário invocar exemplos extremos como a necessidade de combate á criminalidade mais grave, ou organizada, mas bastando-nos a afirmação da necessidade de inocentar um eventual acusado.*

*Tal antinomia está bem patente na contraposição que a doutrina e jurisprudência alemã consomam quando, para além da reserva inviolável de intimidade como valor absoluto, admitem uma ponderação sequencial em que o único critério é o dos valores em jogo e que, por si, é susceptível de afirmar uma aplicação do principio da proporcionalidade.*

*(...).*

### *III*

#### *Videovigilância*

*(...).*

*Aqui chegados não podemos deixar de trazer à colação algumas questões suscitadas pelo entendimento da Comissão e a sua interpretação da Lei 67/98, normativo rector da videovigilância.*

*A finalidade da Lei 67/98 está impressa no juízo de proporcionalidade no qual a citada deliberação entende constituir o critério de admissibilidade da videovigilância. Sem curar agora da validade de alguns dos pressupostos de que a mesma arranca e que nos deixam alguma perplexidade e, mesmo abdicando da visão do espaço publico como espaço de concretização de uma cidadania transparente pela qual se paga o preço da visibilidade por todos compartilhada, importa precisar qual o significado de tal principio:*

*(...).*

*Não é, assim, um juízo sobre a adequação constitucional da norma de restrição de direitos que é pedido, mas sim uma ponderação da proporcionalidade em face das condições concretas. Tal ponderação arranca de um juízo de adequação e prognose que, muitas vezes se fundamenta em convicções subjectivas, e pré-*

conceitos, em lugar de se reconduzirem a uma equação pautada por valorações objectivas (...).

#### IV

##### *Videovigilância e processo penal*

(...)

*Anota-se, ainda, a referência (...) ao regime de condomínio bem como à necessidade do consentimento de todos os condóminos para a instalação de um sistema de videovigilância.*

*A posição que se assumiu em termos de processo penal torna irrelevante tal questão que, no que concerne á legalidade da deliberação da Assembleia de Condóminos, respeita a relação do domínio interno dos condóminos cujo eventual vício tem de ser declarado. Aliás, em sede da necessidade do consentimento unânime dos mesmos condóminos não se vislumbra onde é que o estatuto jurídico que lhes assiste em termos de direito civil, e enquanto tal, configure como elemento essencial da concessão da autorização para a videovigilância a exigência de tal unanimidade.*

*É certo que, reportando-nos à orientação da CNPD, que tem o aval de decisão do Tribunal Central Administrativo do Norte de 22/11/2007 “A instalação de sistemas de videovigilância num prédio de habitação, em propriedade horizontal, envolve a restrição do direito de reserva da vida privada e apenas poderá mostrar-se justificada quando for necessária à prossecução de interesses legítimos e dentro dos limites definidos pelo princípio da proporcionalidade. Porém, no que concerne subscrevemos o entendimento expresso por Benedita Mac Crorie segundo a qual a questão que se coloca é a de saber se existe, no conjunto, proporcionalidade entre o sacrifício do direito fundamental à reserva da vida privada do condómino e o benefício para os restantes condóminos. Trata-se de equacionar os meios e o fim mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim.*

*Neste juízo de proporcionalidade terão de levar-se em conta, em primeiro lugar, as circunstâncias concretas da situação, nomeadamente o tipo de espaços e a utilização social que lhes é dada. A ponderação entre custos para a reserva da intimidade e os benefícios para a segurança tem de levar em conta o facto de as partes comuns do condomínio serem totalmente diferentes das parcelas privadas,*

*essas sim de utilização exclusiva. Há uma necessidade de conciliar os direitos com a realidade e as necessidades actuais da vida em sociedade.*

*Na verdade, confunde-se o espaço reservado á vida íntima com os espaços comuns onde a vida de todos se entrecruza e sobre o qual ninguém tem o direito de dispor à revelia dos interesses de todos os outros. A ponderação entre os custos para a reserva da intimidade e os benefícios para a segurança tem de levar em conta as características específicas da propriedade horizontal e o facto de as partes comuns de um condomínio serem totalmente diferentes das parcelas privadas. O facto de, nos dias de hoje, se viver maioritariamente em propriedade horizontal, implica que seja necessário adaptar o direito à reserva à existência de espaços comuns no condomínio, o que obriga, obviamente, a uma conciliação de interesses distintos.*

*A privacidade, refere a Autora citada, não é um espaço material estabilizado e fixo, na medida em que existe uma «relatividade histórico-cultural da privacidade», isto é, a oscilação das fronteiras entre o privado e o público ao ritmo das transformações civilizacionais.*

*Ao fim e ao cabo o que está em causa naquela exigência de unanimidade é uma visão antropocêntrica centrada nos direitos individuais em detrimento do interesse comum.*

*(...).*”

Afigura-se, pois, de concluir, com o STJ, que a CNPD, ao não ter em conta a realidade concreta de cada caso e ao tentar absolutizar a intimidade da vida privada, acaba por impedir o exercício de outros direitos fundamentais dos cidadãos.

Também a respeito dessa necessidade (permanente) de uma concreta ponderação de valores, cita-se o Acórdão n.º 216/2012, proferido pelo Tribunal Constitucional (2ª Secção), no âmbito do Processo n.º 166/2012:

*“(...*

*10. A proteção da inviolabilidade domiciliária, à semelhança dos restantes direitos fundamentais, não consubstancia um direito absoluto ou ilimitado.*

*(...)*

*11. A restrição do âmbito máximo de proteção do domicílio deve ser entendida à luz da necessidade de proteger outros direitos e interesses constitucionalmente tutelados.*

*(...)*

*A exigência legal de uma autorização judicial prévia da busca domiciliária pretende assegurar uma ponderação casuística entre o valor do contributo previsível da diligência para o apuramento da verdade material e a violação da reserva da vida privada que a sua realização acarreta.*

*(...)*”.

Por conseguinte, só uma ponderação concreta entre o direito fundamental de acesso e o direito fundamental à intimidade permitirá verificar qual deles deve ser sacrificado.

Igualmente parece ser esta a ponderação que o Acórdão do Tribunal de Justiça (3ª Secção), de 24 de Novembro (Processos apensos C - 468/10 e C - 469/10) exige quando, a propósito do tratamento de dados pessoais, afirma, nos seus pontos 38 a 43:

*“(...*

*38. O referido artigo 7.º, alínea f), prevê duas condições cumulativas para que um tratamento de dados pessoais seja lícito, a saber, por um lado, que o tratamento de dados pessoais deve ser necessário para prosseguir interesses legítimos do responsável pelo tratamento ou do terceiro ou terceiros a quem os dados sejam comunicados e, por outro, que os direitos e liberdades fundamentais da pessoa em causa não prevaleçam.*

*39. Daqui resulta que, no que se refere ao tratamento de dados pessoais, o artigo 7.º, alínea f), da Directiva 95/46 se opõe a toda e qualquer legislação nacional que, na inexistência do consentimento da pessoa em causa, imponha, além das duas condições cumulativas mencionadas no número precedente, exigências suplementares.*

*40. Contudo, há que ter em conta que a segunda dessas condições requer uma ponderação dos direitos e interesses opostos em causa que depende, em princípio, das circunstâncias concretas do caso concreto em causa e no âmbito da qual a pessoa ou a instituição que efectua a ponderação deve ter em conta a importância dos direitos da pessoa em causa resultantes dos artigos 7.º e 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»).*

*41. A este respeito, sublinhe-se que o artigo 8.º, n.º 1, da Carta estabelece que «todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito». Este direito fundamental está indissociavelmente relacionado com o direito ao respeito da vida privada consagrado no artigo 7.º da*

*Carta (acórdão de 9 de Novembro de 2010, Volker und Markus Schecke e Eifert, C-92/09 e C-93/09, ainda não publicado na Colectânea, n.º47).*

42. *Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o respeito pelo direito à vida privada face ao tratamento de dados pessoais, reconhecido pelos artigos 7.º e 8.º da Carta, abrange todas as informações relativas a qualquer pessoa singular identificada ou identificável (v. acórdão Volker und Markus Schecke e Eifert, já referido, n.º52). Contudo, resulta dos artigos 8.º; n.º2, e 52.º; n.º1, da Carta que, sob certas condições, podem ser impostas restrições ao referido direito.*

43. *Além disso, incumbe aos Estados-Membros, na transposição da Directiva 95/46, assegurar que se baseiam numa interpretação desta directiva que lhes permita assegurar um equilíbrio justo entre os diferentes direitos e liberdades fundamentais protegidos pela ordem jurídica da União (v., por analogia, acórdão de 29 de Janeiro de 2008, Promusicae, C-275/06, Colect., p. I-271, n.º68).*

*(...)”.*

7. Espiraia-se o Parecer da CNPD sobre o direito de acesso a dados pessoais, como garantia do regime de protecção de dados dessa natureza.

E, de novo, confunde realidades: reporta-se apenas ao direito de acesso (e retificação) pelo titular dos dados.

Ora, a LADA consagra o direito de acesso por parte do titular da informação e / ou por terceiros.

E, sendo a LADA o diploma que regula, em exclusivo, o acesso a documentos ou à informação administrativa, é por aplicação desta lei que o direito de acesso se concretizará.

Cabe, pois, à CADA pronunciar-se, ao abrigo da LADA, sobre o acesso. Mas, nos termos da lei, não lhe incumbe a retificação, nem se arroga esse direito.

E, perante o que acaba de se deixar exposto, é incorreto afirmar-se, como o faz a CNPD no Parecer ora em apreço, que *“por não caber nas atribuições da CADA a tutela da reserva da intimidade da vida privada e dos dados pessoais, não se vê como possa ter relevância a opinião da CADA sobre uma disposição legal relativa à protecção de dados pessoais”.*

E continua: *“Demais, nem poderia ser-lhe reconhecida legalmente competência nesta matéria, uma vez que as suas pronúncias não têm força vinculativa, o que, nesta específica matéria sempre seria essencial para a tutela daquele direito fundamental”.*

Não cabe, como se viu, apenas à CNPD a defesa da reserva da intimidade da vida privada, sendo que a força vinculativa de certos dos seus atos existe no pressuposto de os mesmos não serem questionados judicialmente. É o que acontece também com os Pareceres da CADA, quando acatados pela Administração Pública, como, de resto, é usual.

E tudo isto se justifica a partir do que parece ser, como aqui se entende, o grande equívoco da CNPD nesta matéria: pressupor que dados pessoais e documentos administrativos são conceitos que não se podem sobrepor. Mas podem. Tanto podemos ter dados pessoais que nada tenham a ver com documentos administrativos, como dados pessoais que são, simultaneamente, informação administrativa. E para este efeito, em rigor, apenas basta que tenhamos dados pessoais, no sentido que a LPDP dá ao termo, inseridos em documentos que se encontram de alguma forma na disposição dos órgãos que exercem a função administrativa do Estado. Como parece claro, quando assim é, e quando se trata de uma estrita questão de acesso, é à CADA que cabe determinar as condições jurídicas da disponibilização dos dados pessoais em causa.

8. Debruça-se também o Parecer n.º 63/2012, da CNPD, sobre o direito de acesso a dados pessoais no Direito Internacional convencional e no Direito Comunitário.

E segue, neste ponto, uma dupla perspetiva:

- 1ª) Por um lado, descritiva, pois que se limita a descrever, no geral, o regime consagrado em normativos não nacionais, nada acrescentando ao teor literal dos preceitos que refere;
- 2ª) Por outro lado, insólita.

Com efeito, considera que, *“no que toca ao regime comunitário da transparência dos atos da Administração (...), o n.º 4 do artigo 1º da Diretiva n.º 2003/98/CE, de 17 de novembro, relativa à reutilização de informações do setor público, é expresso ao fazer constar que a diretiva de que faz parte não modifica, nem de modo algum afeta o nível de proteção dos indivíduos relativamente ao processamento de dados pessoais nos termos das disposições de direito internacional e comunitário, nem altera, em particular, as obrigações e direitos estabelecidos na Diretiva 95/46/CE”*.

E continua: *“Assim, não se vislumbra qualquer obrigação decorrente de instrumento jurídico de direito convencional ou europeu que suporte o disposto no n.º 3 do artigo 2º da LADA, o qual compromete a constitucionalidade daquela disposição legal (...)”*.

Ora, esta visão é insólita, porquanto confunde realidades diversas: a LADA não afeta, nem pretende afetar, “o nível de proteção dos indivíduos relativamente ao processamento de dados pessoais”, apenas visando o acesso a documentos e / ou a informação produzidos e / ou detidos por entidades administrativas públicas e deixando para a Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, as operações que se reportam ao tratamento / processamento de dados.

E insólita também porque, tanto quanto se julga saber, não houve, até, ao momento, quem tenha questionado, perante as instâncias competentes, a constitucionalidade de qualquer das normas da LADA.

O n.º 3 do artigo 2º da LADA é, de resto, uma norma de natureza procedimental, não se descortinando nem a norma constitucional violada, nem qual a norma de Direito Internacional convencional e / ou Comunitário que determine a atribuição de competência à CNPD e não à CADA. Em parte alguma do dito Parecer n.º 63/2012 é feita a identificação da norma ou normas violada(s).

9. Relativamente à sensibilidade dos dados de saúde, considera o Parecer n.º 63/2012, da CNPD, que “o regime constitucional do acesso de terceiros é o da proibição, salvo em casos excecionais, previstos na lei”.

Ignora, no entanto, que o caso excecional que a lei prevê está consagrado na LADA e foi acima referido: prende-se com o acesso por terceiros a documentos nominativos (contendo informação de saúde ou outros), o qual está sujeito a “autorização escrita da pessoa a quem os dados digam respeito” ou à demonstração de “interesse direto, pessoal e legítimo suficientemente relevante segundo o princípio da proporcionalidade” (artigo 6º, n.º 5).

E aponta “a situação de alguma perplexidade introduzida pela Lei n.º 46/2007, relativa ao acesso a documentos oficiais” (sublinhado nosso), de acordo com a qual “um terceiro pode ter acesso a dados de saúde, mesmo sem autorização do titular, se tiver para tanto interesse legítimo, numa apreciação feita em termos de proporcionalidade” (sic). Mais: com base no artigo 35º, n.º 3, da CRP, considera que o regime da LADA não pode contrariar o da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, “por razões de constitucionalidade e até de sobrelevância do direito europeu” (sic).

Prossegue, considerando que “a contradição da interpretação dos regimes jurídicos radica na duvidosa arrumação concetual da informação de saúde”, que “diz respeito a dados pessoalíssimos que não revestem, em circunstância alguma, seja qual for o estabelecimento de saúde onde a mesma exista, a natureza de documento administrativo”.

E vai mais longe, ao referir que “o acesso de terceiros a dados de saúde, com a previsão da LADA, configura uma diminuição inadmissível das garantias dos cidadãos no que diz respeito ao tratamento de dados sensíveis (...)”.

E tudo isto suscita, desde logo, os seguintes comentários:

1º) Por um lado, não se conhece a figura jurídica de “documentos oficiais”; o conceito de “documento administrativo” consta, como se viu, da LADA e não se conhece outro nem a CNPD o identifica;

2º) Por outro, não fundamenta a afirmação de inconstitucionalidade nem a de “sobrelevância [crê-se que se refere ao primado] do direito europeu”, desconhecendo que a LADA corresponde, ela também, à transposição de uma diretiva comunitária, no que diz respeito à reutilização da informação do setor público (Diretiva n.º 2003/98/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de novembro). Acrescente-se que a LADA é legislação subsidiária da Lei n.º 19/2006, de 12 de junho, que regula o acesso à informação sobre ambiente e que transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2003/4/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de janeiro.

Cumpra aqui referir que a Convenção sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente, assinada em Aarhus (Dinamarca), em 25 de junho de 1998, foi aprovada, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 11/2003, de 19 de dezembro de 2002 (publicada no *Diário da República*, I Série - A, n.º 47, de 25 de fevereiro de 2003) e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 9/2003, de 25 de fevereiro. Esta Convenção, objeto de uma declaração da Comunidade Europeia (feita em 17 de fevereiro de 2005 – cfr. *Diário da República*, I Série - A, n.º 86, de 4 de maio de 2005), entrou em vigor para a Comunidade em 18 de maio de 2005.

3º) A CADA não vislumbra qualquer inconstitucionalidade na Lei n.º 46/2007, de 24 de agosto; este diploma e a Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, têm diferentes âmbitos materiais de aplicação (como se deixou expresso no Parecer n.º 242/2012, proferido por esta Comissão, em 18 de setembro).

Mas, ainda que assim não fosse, ou seja, ainda que tais diplomas tivessem campos de aplicação coincidentes (ou parcialmente coincidentes), valeria a regra da aplicação das leis no tempo, de harmonia com a qual a LPDP cederia perante a LADA, que lhe é posterior;

4º) Afirmar que a informação de saúde, traduzida em *“dados pessoalíssimos que não revestem, em circunstância alguma, seja qual for o estabelecimento de saúde onde a mesma exista, a natureza de documento administrativo”* corresponde a uma *“criação normativa”* por via interpretativa, com vista a afastar, sem qualquer fundamento, a aplicação de diploma legal.

5º) A LADA não determina qualquer diminuição das garantias dos cidadãos; e a CADA, ao emitir Parecer (favorável ou desfavorável ao acesso), pesa criteriosamente as circunstâncias de cada caso concreto.

Ao contrário, a doutrina da CNPD constitui, essa sim, uma violação de um direito com a estrutura de direito, liberdade e garantia (como é o direito de acesso a documentos administrativos), fazendo-o com a agravante de se considerar apta a pronunciar-se sobre uma matéria em que não deveria fazê-lo, por, manifestamente, não ter competência para tanto.

E quando a CNPD *“procurou sintetizar as questões acima indicadas”* (do que considera serem as divergências entre a LPDP e a LADA), fê-lo *“em duas deliberações gerais”*, que não consubstanciam apreciações concretas.

10. Finalmente, considera o Parecer n.º 63/2012, da CNPD, que o n.º 3 do artigo 2º da LADA é inconstitucional.

Pelo que acima se referiu, não se descortina qualquer inconstitucionalidade nesse ou em qualquer outro preceito da LADA.

Quer dizer: não se vê, designadamente, como possa violar o princípio da recepção automática do direito internacional geral ou comum (artigo 8º, n.º 1, da CRP), nem o princípio da recepção plena do direito internacional convencional (CRP, artigo 8º, n.º 2).

Não se compreende como uma norma atributiva de competência a uma entidade administrativa independente e não a outra (neste caso, à CADA e não à CNPD) possa ser inconstitucional.

11. Nos Pareceres n.ºs 131/2011, de 12 de abril, 386/2011, de 20 de dezembro, e 277/2012, de 18 de setembro (por exemplo), todos eles emitidos a propósito do acesso por parte de seguradoras a informação de saúde, a CADA apreciou pedidos concretos de acesso, tendo afirmado a sua competência e a incompetência da CNPD.

12. A doutrina aí expandida, no que concerne à competência da CADA para se pronunciar sobre o acesso a informação de saúde, foi confirmada pelo Tribunal Central Administrativo Sul (TCAS), em Acórdãos de 1 de março de 2012 (Processo

n.º 08472/12)<sup>4</sup>, de 8 de março de 2012 (Processo n.º 08471/12)<sup>5</sup> e de 13 de setembro de 2012 (Processo n.º 09083/12)<sup>6</sup>.

Assim, no mencionado Acórdão de 8 de março de 2012, o TCAS referiu o seguinte:

*“II. Sobre o pedido de intimação ao acesso a informação de saúde na posse de entidade pública, rege o artº 268º, nº 2 da CRP, os artºs. 2º nº 3, 3º nº 1, 5º e 6º nº 5 da Lei nº 46/2007, de 24/08 (LADA) e os artºs. 2º e 3º da Lei nº 12/2005, de 26/01, por estar em causa documentos administrativos nominativos, de acesso restrito, porque abrangidos pela reserva da intimidade da vida privada.*

*III. A Lei nº 67/98, de 26/10, que aprova a Lei da Proteção de Dados Pessoais (LPDP), visa regular o tratamento de dados pessoais e a livre circulação desses dados, tal como resulta das definições feitas no artº 3º daquele diploma (cf. ainda os artºs 2º e 4º), pelo que é um regime que logicamente antecede o regime de acesso aos documentos administrativos, regulado pela Lei nº 46/2007, de 24/08, ao regular os termos em que a informação é tratada, antes da existência de qualquer pedido de acesso a informação.*

*IV. Existindo o consentimento ou autorização escrita da pessoa a quem os dados de saúde digam respeito - constante de uma declaração de saúde, que faz parte integrante do contrato de seguro -, em facultar à companhia de seguros toda e qualquer informação médica de que possa necessitar, detida por médicos, hospitais e clínicas, com a garantia de confidencialidade, é de reputar tal declaração como traduzindo o consentimento expresso, livre, específico, informado e esclarecido no acesso a tal informação clínica.*

*V. Para além disso, é de reconhecer à requerente, companhia se seguros, a titularidade de um interesse direto, pessoal e legítimo, suficientemente relevante segundo o princípio da proporcionalidade, no acesso a tal informação nominativa, o que decorre da subscrição do contrato de seguro de vida e do seu objetivo próprio, de atestar a causa e circunstâncias em que ocorreu a morte do seu segurado, assim como, aferir se as suas declarações de saúde no momento da celebração do sobredito contrato eram verdadeiras – cfr. 2ª parte do nº 5 do artº 6º da Lei nº 46/2007, de 24/08.”*

---

<sup>4</sup><http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/d0c41b7b9054d3c6802579ba00459822?OpenDocument>.

<sup>5</sup><http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/20ad912c41cd6ba4802579c1003b3b66?OpenDocument>.

<sup>6</sup><http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/72cffa8e56f207e580257a7d0046598b?OpenDocument&Highlight=0,46%2F2007>.

De referir que o Supremo Tribunal Administrativo decidiu pela não admissão dos recursos de revista, interpostos pelo Hospital Professor Doutor Fernando da Fonseca, EPE, relativamente aos dois primeiros Acórdãos do TCAS acima citados e relativamente a Acórdão do TCAS de 12 de abril de 2012.

Na fundamentação dos Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativos (Processo 0520/12, de 12 de junho de 2012, relativo ao Acórdão do TCAS de 8 de março de 2012, Processo 0394/12, de 11 de julho de 2012, relativo ao Acórdão do TCAS de 1 de março de 2012, e Processo n.º 0854/12, de 26 de setembro de 2012, relativo ao Acórdão do TCAS de 12 de abril de 2012), é, em síntese, referido o seguinte:

*“I - Nos termos do art. 150º, nº 1 do CPTA, das decisões proferidas em 2ª instância pelo Tribunal Central Administrativo pode haver, «excepcionalmente», recurso de revista para o Supremo Tribunal Administrativo “quando esteja em causa a apreciação de uma questão que, pela sua relevância jurídica ou social, se revista de importância fundamental” ou “quando a admissão do recurso seja claramente necessária para uma melhor aplicação do direito”.*

*II - Não se justifica, à luz da apontada disposição legal, a admissão de revista excepcional numa situação em que o recorrente se limita a invocar, de forma genérica, que está suscitada uma questão que diz respeito à protecção de dados pessoais, matéria com consagração constitucional (art. 35º da CRP), mas sem apontar qualquer aspecto ou especificidade ligada a tal matéria que lhe confira uma particular complexidade jurídica ou uma particular sensibilidade em termos do seu impacto comunitário, e que extravase os contornos normais da disputa jurídica sobre a matéria da protecção de dados pessoais e do regime legal de acesso aos documentos administrativos.”*

Como fundamento desta conclusão, o Supremo Tribunal Administrativo referiu que:

*“(…)*

*O recorrente limita-se a invocar, de forma genérica, que está suscitada uma questão que diz respeito à protecção de dados pessoais, matéria com consagração constitucional (art. 35º da CRP), e que diz ser de extrema relevância social, para além de uma referência crítica ao decidido sobre o prazo de conhecimento de nulidades.*

*Não aponta, porém, qualquer aspecto ou especificidade ligada a tal matéria que lhe confira uma particular complexidade jurídica ou uma particular sensibilidade em termos do seu impacto comunitário, e que extravase os contornos normais da disputa jurídica sobre a matéria da protecção de dados pessoais e do regime*

*consagrado na Lei nº 67/98, de 26 de Outubro (Lei da Protecção de Dados Pessoais), em conjugação com o regime legal de acesso aos documentos administrativos, previsto na Lei nº 46/2007, de 24 de Agosto.*

*A decisão recorrida aponta com natural verosimilhança os fundamentos de direito em que se apoiou, citando expressamente os textos legais pertinentes, arquitectando a pronúncia a que chegou na existência de documento de autorização escrito em vida pelo seu segurado, e que considerou consentimento expresso, livre, específico, informado e esclarecido para efeitos do acesso à informação clínica em causa.*

*A mera discordância da recorrente sobre o sentido da decisão impugnada, sem que sinalize algum aspecto ou questão concreta de particular complexidade que dela resulte, não justifica a admissão da revista excepcional, que, como atrás se disse, não constitui um normal 3º grau de jurisdição, e só se justificará em matérias de assinalável relevância e complexidade.*

*Por outro lado, também se não visiona na apreciação feita pelo tribunal recorrido qualquer erro grosseiro ou decisão descabidamente ilógica, ostensivamente errada ou juridicamente insustentável que imponha a admissão da revista como «claramente necessária para uma melhor aplicação do direito».*

*(...)"*

13. Quer dizer: decorre do exposto que o acesso à informação de saúde pelas seguradoras se pode processar por força de autorização vertida no contrato de seguro subscrito pelo segurado ou por estar subjacente um interesse direto, pessoal e legítimo, que resulta do interesse da seguradora em saber se deve pagar a indemnização contratualizada ou deve encaminhar a discussão do pagamento para o plano judicial.
14. Em suma, poder-se-á afirmar que:
  - 1º) O direito de acesso encontra-se regulado na LADA, quer no aspeto substantivo, quer no aspeto procedimental;
  - 2º) O quadro normativo do direito de acesso, constante da LADA, aplica-se como direito subsidiário a toda a Administração Pública, desde que não exista quadro normativo especial de acesso;
  - 3º) Tal quadro normativo é, pois, aplicável à CNPD, salvo no que de especial existir na LPDP, como é o caso do respetivo artigo 11º;
  - 4º) Assim, constitui competência exclusiva da CADA pronunciar-se sobre o acesso a documentos administrativos, em geral, e, em especial, a documentos

nominativos, nos quais se incluem os que insiram informação de saúde detida ou na posse de entidades sujeitas à LADA;

- 5º) Tal competência, cabendo exclusivamente à CADA, exclui a de qualquer outra entidade, pelo que a emissão de parecer pela CNPD sobre o acesso a documentos nominativos e, dentro destes, sobre o acesso a documentos contendo informação de saúde, está viciada de incompetência;
- 6º) Não se encontrando esse direito estabelecido na LPDP e não sendo, pois, o acesso da competência da CNPD, afigura-se que essa entidade terá pretendido criar um eventual direito de acesso por via interpretativa, partindo de normas constitucionais e de direito internacional, sem, no entanto, identificar um quadro normativo (alternativo) de acesso, que, ainda que existisse, sempre teria de se valer da LADA, como direito subsidiário, no que respeita à concretização do acesso;
- 7º) A autorização escrita do titular da informação de saúde para terceiro aceder a essa informação equivale ao seu consentimento;
- 8º) A interpretação da CNPD sobre a necessidade de o consentimento ser prestado em documento autónomo e separado não encontra apoio na LPDP nem na LADA;
- 9º) Não colhe, pois, a invocação de uma eventual nulidade do contrato de seguro, por falta de consentimento em documento autónomo e separado;
- 10º) Um legislador que se exprime adequadamente não deve remeter para um quadro normativo que não criou por via legislativa, mas para um quadro normativo completo e harmónico que defenda e valore os interesses em presença.

Daí que se entenda manter a solução proposta pela CADA.

Se assim não se entender, a revogação pura e simples do preceito conduzirá a que se aplique ao acesso a LADA e ao tratamento e à retificação a LPDP, pelo que será esta, igualmente, uma solução juridicamente adequada.

### **III - Conclusão**

Em razão de tudo quanto ficou dito, a CADA entende:

- a) Reafirmar, na íntegra, o conteúdo do seu Parecer n.º 242/2012, de 18 de setembro;

- b) Propor, em alternativa, a revogação do artigo 41º da Lei n.º 38/2012, de 28 de agosto, o que permitirá a exclusão de quaisquer dúvidas que se reportem à competência da CADA e da CNPD;
- c) Dar conhecimento deste Parecer à Senhora Presidente da Assembleia da República, ao Senhor Ministro Adjunto e dos Assuntos Parlamentares, ao Senhor Secretário de Estado do Desporto e Juventude, aos Senhores Presidentes dos Grupos Parlamentares, ao Senhor Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, ao Senhor Presidente da Comissão de Educação, Ciência e Cultura da Assembleia da República, bem como ao Senhor Presidente do Instituto do Desporto e Juventude.

Comunique-se.

Lisboa, 20 de novembro de 2012

David Duarte (Relator) - Pedro Delgado Alves - Maria Eduarda Azevedo - Paulo Moura Pinheiro - Antero Rôlo - Artur Trindade - Helena Delgado António (com declaração de voto) - António José Pimpão (Presidente)

### **Declaração de voto**

O presente Parecer visa rebater os argumentos desenvolvidos no Parecer nº 63/2012 de 12 de outubro de 2012, ratificado em sessão da Comissão Nacional de Proteção de Dados de 16 de outubro de 2012 pela Deliberação nº 1189/2012, que subscrevi enquanto vogal daquela Comissão.

Por essa razão, e dado que as posições em presença em ambos os Pareceres se mostram inconciliáveis, profiro declaração de voto no sentido de que sendo o acesso aos dados pessoais expressão da garantia do direito à reserva da intimidade da vida privada, não sendo dissociável do direito de retificação dos mesmos dados, deverá ser mantida a redação do nº 2 do artigo 41º da Lei nº 38/2012, de 28 de agosto.

(Helena Delgado António)