



associação para a
Promoção e desenvolvimento
da Sociedade da Informação

Conferência
Prós e Contras da Aplicação do
Artigo 35º da Constituição

31 de Janeiro de 2008
Fundação Calouste Gulbenkian

A Proibição do Número Único e a Protecção de dados Pessoais

Luís Silveira (CNPD)

Patrocinadores
Globais



Microsoft

Millennium
bcp

ERICSSON
UNISYS

A PROIBIÇÃO DO NÚMERO ÚNICO E A PROTECÇÃO DE DADOS PESSOAIS

I) ENQUADRAMENTO CONSTITUCIONAL

A) CARACTERIZAÇÃO GERAL

A proibição do número único do cidadão está integrada no artigo 35º da Constituição (nº 5), cuja relevância em termos de direitos fundamentais não pode ser olvidada.

De facto, a Lei Fundamental de 1976 foi uma das primeiras (senão a primeira) e ainda poucas Constituições a consagrar o direito – melhor: direitos – à protecção de dados pessoais.

Fê-lo, é certo, inicialmente, apenas na perspectiva dos dados pessoais informatizados – resquício que ainda se mantém na sua epígrafe, apesar de, a partir da revisão de 1997, ter passado também a aplicar-se aos dados em suporte manual (nº 7).

A norma em causa está integrada nos “Direitos fundamentais” e, de entre estes, nos “direitos, liberdades e garantias”.

Isto significa, desde logo, que, nos termos do artigo 18º da Constituição, se trata de um direito (ou direitos) oponível, tanto a entidades públicas como privadas, e, ainda, que ele só pode ser restringido ou limitado nos termos permitidos pela Lei Fundamental, e, de qualquer modo, com respeito pelo princípio da proporcionalidade.

Trata-se, ademais, de matéria que, em termos de legislação ordinária, só pode ser regulada por lei de Assembleia da República ou por decreto-lei autorizado – já que pertence à reserva relativa de legislação daquele primeiro órgão de soberania (art. 165, nº 1, al b).

B) CONTEÚDO ESSENCIAL

A proibição do número único surge, no artigo 35º em causa, de algum modo como um elemento autónomo e distinto do núcleo essencial desse

preceito, o qual se se centra, positivamente, na consagração dos principais direitos que perfazem a protecção de dados pessoais.

Assim é que essa norma começa por afirmar aquele que é, porventura, de entre os direitos que constituem tal protecção, o de âmbito mais alargado e de conteúdo mais rico: o direito de acesso aos dados pessoais próprios (tratados por outrem), para verificar se estão exactos e actualizados, e, em caso negativo, de exigir a sua rectificação ou actualização.

O mesmo nº 1 do preceito em questão, ao atribuir aos cidadãos o direito a conhecer os fins para os quais são utilizados os seus dados pessoais, está implicitamente a reconhecer um dos princípios básicos de toda a protecção de dados pessoais: o princípio da finalidade, segundo o qual os dados não podem, em regra, ser utilizados para finalidades diversas das que justificaram a sua recolha.

A norma em apreciação estabelece, ainda, como é internacionalmente previsto, um regime especial para os chamados dados sensíveis – relativos a “convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica”.

Essa protecção reforçada traduz-se no facto de tais dados só poderem ser tratados com base numa lei (parlamentar) ou no consentimento expresso dos seus titulares. Ao definir este último requisito, o artigo 35º põe de realce outra das faculdades estruturantes da protecção de dados pessoais (e que releva, aliás, na lei ordinária, para a generalidade dos dados): a de consentir livremente no tratamento dessas informações.

Está-se aqui perante uma “liberdade”, oponível a qualquer pessoa ou entidade, embora, naturalmente, por forma mais próxima ao pretendido responsável por esse tratamento.

Estipula-se, ainda, agora na perspectiva das “Garantias”, que a protecção de dados pessoais será controlada por uma “entidade administrativa independente” – hoje a Comissão Nacional de Protecção de Dados.

Este relevo constitucional conferido à Comissão significa que ela não poderia ser extinta pelo legislador ordinário e que, no seu labor quotidiano, não está sujeita a ordens ou instruções de quaisquer entidades.

Sob o ponto de vista das proibições, o preceito em apreciação não permite o acesso a dados pessoais de terceiros (salvo autorização legal), nem a criação dum número único de identificação do cidadão – da qual seguidamente nos ocuparemos.

II) A proibição constitucional do número único

A) Antecedentes

1) A legislação do regime anterior

A proibição frontal constante do nº 5 do artigo 35º da Constituição de 1976 surgiu como directa reacção a legislação emanada no ano anterior ao 25 de Abril, no âmbito do regime antes vigente.

Trata-se da Lei nº 2/73, de 10 de Fevereiro, desenvolvida pelo Decreto-lei nº 555/73, de 26 de Outubro, através dos quais se instituiu um número único de identificação dos cidadãos.

Esse número teria, de acordo com o preâmbulo do segundo diploma apontado, essencialmente três objectivos: facilitar o planeamento sectorial; implementar a eficácia da Administração Pública; melhorar as relações entre os cidadãos e Administração.

Proclamava-se que esses objectivos seriam prosseguidos com respeito pela privacidade das pessoas.

De qualquer modo, os dados a que tal número daria acesso seriam: nome completo; sexo; filiação; data de nascimento; nacionalidade; naturalidade; estado civil; profissão; residência (artº 6º, nº 2).

O artigo subsequente admitia, porém, que, facultativamente, pudessem ainda ser incluídos dados que proporcionariam o desenhar de um perfil bastante completo do cidadão:

“Artigo 7º

(Conteúdo facultativo do registo individual de cidadão)

1. Podem ainda ser incluídos em cada registo individual os seguintes elementos:

- a) Grupo sanguíneo;*
- b) Altura;*
- c) Fórmula dactiloscópica;*
- d) Habilitações escolares ou profissionais;*
- e) Situação de emancipado ou adoptado;*
- f) Nomes do cônjuge ou ex-cônjuge e dos filhos;*
- g) Nomes dos avós;*

- h) *Sinais particulares;*
- i) *Alcunhas ou nomes usados em alternativa;*
- j) *Data de emissão e validade do bilhete de identidade;*
- k) *Números que ao titular do registo tenham sido atribuídos em documentos oficiais e enquanto neles não forem substituídos pelo número nacional;*
- l) *Referência ao assento de nascimento e a quaisquer outros documentos ou fontes em que tenham sido obtidos os elementos constantes do registo.*

2. *Pode ainda ser autorizada, em portaria do Ministro da Justiça, a inclusão no registo individual de outros dados de carácter público ou cuja prova seja, por lei, atribuída a serviços públicos.”*

2) Suspensão da legislação anterior a Abril de 1974

Logo no Programa do Ministério da Justiça do 1º Governo Provisório posterior a 25 de Abril de 1974 se contemplou a suspensão da legislação antes referida – que, assim, não chegou a aplicar-se.

Essa medida foi tomada, expressamente, por se ter considerado que o número único poderia afectar indevidamente a privacidade dos cidadãos.

3) A reacção constitucional de 1976

Os constituintes de 1976 não consideraram bastante ter-se retirado eficácia à legislação que, antes do 25 de Abril, previra a criação do número único.

Entenderam que um tal instituto seria tão perigoso para a privacidade das pessoas que decidiram proibi-lo expressamente na Lei Fundamental – logo na sua versão originária, portanto – de forma a retirar ao legislador ordinário qualquer veleidade de retomar os propósitos da Lei nº 2/73.

Esta proibição manteve-se em todas as sucessivas redacções que o artigo 35º da Constituição sofreu, através das revisões constitucionais de que o texto de 1976 veio sendo objecto.

Isto significa, pois, que os legisladores constitucionais das diversas revisões entenderam que se mantinha a utilidade da proibição em causa.

Isto, apesar de ela ter vindo, por parte de alguma doutrina, a ser posta em causa.⁽¹⁾

⁽¹⁾ v. por todos, Garcia Marques, Lourenço Martins e Simões Dias, que inclusivamente a apodaram de verdadeira “reliquia” ou “peça de museu” – v. “Cyberlaw em Portugal”, Famalicão, 2004, pág. 372.

A CNPD, aliás, ao proferir o seu Parecer sobre o projecto que veio a transformar-se na Revisão de 1997⁽²⁾ reconheceu a existência de tais críticas – mas concluiu referindo que a norma em causa não tinha vindo a suscitar especiais problemas, merecendo por isso manter-se.

III) Situação noutros países

A) Ausência de proibição

Mesmo de entre países europeus pertencentes ao Conselho da Europa muitos não acolhem a proibição em causa.

Pelo menos uma dezena adopta tal posição: Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Finlândia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Noruega, Suécia.

Faz-se esta enumeração para realçar o peso estatístico desta opção.

B) Inconstitucionalidade

Portugal é apenas acompanhado pela Alemanha no sentido de considerarem inconstitucional a adopção do número único.

O Tribunal Constitucional alemão tem mesmo salientado, em várias decisões, que entende que o princípio básico da autodeterminação informacional é em regra incompatível com a inerente conexão de dados que o número único propiciaria.

C) Posições intermédias

Em alguns Estados europeus têm, não obstante, vingado posições intermédias entre as acabadas de mencionar.

Vale a pena citar, de entre eles:

- Os Países-Baixos, cuja Autoridade de Protecção de Dados tem desaconselhado o Governo a amplificar o âmbito do número da Segurança Social, de forma a transformá-lo em verdadeiro número único;

⁽²⁾ v. Relat. CNPD de 1996, pág 17.

- A Suíça, cujo “Préposé Fédéral à la Protection des Données” tem vindo, nos seus últimos relatórios anuais, a chamar a atenção para os riscos (de configuração de perfis) que o número único envolve;
- A Áustria, que, como uma das medidas da reforma geral da Administração Pública, instituiu um sistema original de número único, mas encriptado (cuja chave é controlada pela Comissão de Protecção de Dados), do qual derivam os diversos números sectoriais, que são os únicos a que os vários serviços da Administração têm acesso.

D) Apreciação

O apreciável número de Estados vinculados pela Convenção 108 do Conselho da Europa e (na sua quase totalidade) tendo transposto a Directiva 95/46/CE que não optaram por vedar a instituição dum número único do cidadão revela que uma tal medida não constitui elemento estruturante do Estado de Direito – nem sequer dum cabal sistema de protecção de dados pessoais. Corrobora-o, de resto, o diminuto número de países que dá força constitucional à proibição desse número.

Constata-se, de todo o modo, que vários são os países em que se tem feito ressaltar os possíveis riscos da existência do número único – e é flagrante verificar que tais alertas têm sistematicamente vindo da parte das respectivas autoridades da protecção de dados preconizando ou mesmo consagrando várias modalidades de defesa contra tais perigos.

IV) Perspectiva internacional e comunitária

Os principais textos internacionais existentes em matéria de protecção de dados – quer as Directrizes da OCDE de 1980, ou as Directrizes da AG da ONU de 1990 ou sequer a Convenção 108 do Conselho da Europa (único instrumento vinculativo de entre os citados) – não contêm qualquer proibição, expressa ou implícita, da adopção dum número único.

Já a Directiva 95/46/CE, da Comissão e do Parlamento Europeu, não deixou de lhe fazer referência, apontando mesmo para procedimentos cautelares a seu respeito.

Trata-se do respectivo artigo 8º, nº 4, do seguinte teor:

“8.4 – Cabe aos Estados determinar as condições em que um número nacional de identificação ou quaisquer outros elementos de identificação de aplicação geral podem ser objecto de tratamento.”

Este preceito comunitário – significativamente inserido na norma da Directiva que se ocupa dos dados de categorias especiais (ou sensíveis) – admite, pois, a possibilidade de adopção dum número único, mas realça a necessidade de estabelecimento de condições da respectiva utilização.

O Grupo dos Comissários de Protecção de Dados (ou “Grupo do artigo 29”), órgão consultivo da Comissão Europeia, em Relatório cuja elaboração promoveu em 2002, indicou expressamente que as condições mencionadas no artigo 8º, nº 4, dizem respeito ao risco de, através do número único, se proporcionarem interconexões de dados que facilitem a configuração de perfis dos cidadãos.

V) Apreciação geral

A) Natureza e relevância dos direitos à protecção de dados – nota abreviadíssima

O direito (ou direitos, como cremos mais exacto) à protecção de dados pessoais surgiram integrados no amplo direito à privacidade, do qual seriam mero aspecto.

Reflexo desta perspectiva é ainda o teor do artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que se reporta ao direito à reserva da vida pessoal e familiar – tendo todavia constituído fundamento para diversa jurisprudência do Tribunal Europeu que, afinal, teve como objecto a protecção de dados pessoais.

Em termos legislativos, foi a Lei de Protecção de Dados do Estado Federado do Hessen, aprovada em 1970, que reconheceu relevância própria ao direito à protecção de dados perante a genérica protecção da privacidade.

A nível comunitário, uma nítida e decidida autonomização do direito à protecção de dados ocorreu apenas por força da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 8º) – assim distinto do “direito ao respeito pela vida privada e familiar”, previsto no antecedente artigo 7º.

Esta autonomização tem toda a razão de ser.

Se dados pessoais são quaisquer informações relativas a pessoas identificadas ou identificáveis (Convenção 108, art 2º, al a); Directiva 95/46/CE, art 2º, al a) a respectiva protecção excede, em âmbito, a defesa da privacidade.

Ou, dito de outro modo: há muitas informações que são dados pessoais mas não afectam o núcleo ou círculo de menor área que perfaz a zona da reserva da vida privada.

O conjunto desses dados permite formar um perfil ou configuração da pessoa em causa que confere a quem detenha essas informações – já que informação é poder – uma posição de domínio ou supremacia sobre o respectivo titular.

E quanto maior for o acervo dessas informações – e por isso mais robusto o domínio que conferem – mais constragente será a limitação da liberdade do sujeito daí resultante.

B) Posição sugerida

1) Posições extremas

a) Rejeição de princípio

Como já se apontou, há quem sustente, em relação aos números de identificação únicos, posição decididamente negativa, preconizando a sua pura e simples rejeição (ou abolição, onde já existam).

Tal opinião decorre de um critério de princípio, argumentando-se que a adopção do número único do cidadão significa coisificá-lo e tratá-lo, não como pessoa, mas como mera entidade numérica.

b) Admissão por razões práticas

Para outros, considerações práticas e utilitaristas justificam que deixe de ter sentido a proibição do número único: entende-se, assim, que tal proibição deixou de ter sentido, como forma de evitar eventuais cruzamentos de dados capazes de gerar perfis.⁽³⁾

E isso, em particular, chamando a atenção para que a evolução tecnológica permite hoje efectuar interconexões sem utilizar a ferramenta do número único.

2) Nem tanto ao mar, nem tanto à terra

a) Elemento não indispensável

Pessoalmente, considero que a proibição dum número único do cidadão não é elemento estruturante dum Estado de Direito, nem sequer factor indispensável para um regime de cabal protecção de dados pessoais.

⁽³⁾ Garcia Marques e outros (op. e loc. cit.)

Basta, a confirmá-lo, atentar no assinalável número de Estados europeus (muitos deles integrados na UE) que não possuem tal instituto – bem como a posição aberta que a respeito da questão ostentam as normas internacionais e comunitárias aplicáveis.

b) Mas elemento (ainda) útil

A verdade, de todo o modo, é que, apesar de não imprescindível, a proibição dum número de identificação único pode revelar-se vantajosa, em termos de protecção de dados pessoais.

É que, se o número único não é decerto o único instrumento capaz de permitir cruzamento ou interconexões de dados, a sua existência pode ainda hoje surgir como facilitadora de tais operações.

E isto, insiste-se, em termos de propiciar a realização de perfis das pessoas, por forma a afectar a autonomia da sua vida privada.

E não pode esquecer-se que a “vida privada” constitui um “dato sensível”, quer para a Constituição (artigo 35º, nº 5), quer para a Lei nº 67/98, de 26 de Outubro (artº 7º, nºs 1 e 2) – Lei da Protecção de Dados Pessoais.

A Comissão Nacional de Protecção de Dados não se pronunciou expressamente sobre esta questão.

Mas fê-lo de algum modo implicitamente, quando foi chamada a dar parecer sobre a proposta de lei do cartão do cidadão (Parecer nº 37/2006).

Na verdade, uma das preocupações essenciais da CNPD ao apreciar esse diploma consistiu em que ficasse impedida, na lei e na prática, a interconexão entre os tratamentos de dados respeitantes a os vários números sectoriais representados no cartão único: de identificação civil; de identificação fiscal; de segurança social; de saúde.

E ao tomar essa posição indicou que o fazia pois que o cruzamento de dados a evitar poderia constituir indirectamente uma derrogação à proibição dum número único.