

Os regimes especiais de proteção de dados pessoais: exemplos de poluição legislativa da União Europeia?

INÊS OLIVEIRA*

Resumo: O quadro normativo aplicável ao tratamento de dados pessoais é uma teia arquitetada pelo legislador europeu. À aprovação da Diretiva 95/46/CE, desenhada como *lex generalis*, seguiu-se a negociação de uma panóplia de diplomas especiais: para as instituições e órgãos da então Comunidade Europeia; para as autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais; para as operadoras de telecomunicações; e para as transportadoras aéreas. Com a aprovação do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, todos os diplomas especiais foram (ou estão a ser) revisitados, visando-se, precisamente, o alinhamento com o mesmo. Ora, tal intuito de alinhamento levanta a questão da necessidade de regimes especiais, visto que todos bebem da mesma fonte.

Palavras-chave: *Dados pessoais; Regulamento (UE) 2016/679; Diretiva (UE) 2016/680; Regulamento (UE) 2018/1725.*

Abstract: The normative framework applicable to the processing of personal data is a web designed by the European legislator. The adoption of Directive 95/46/EC, designed

* Licenciada (2008) e Mestre (2010) em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Doutoranda (desde 2015) em Administração Pública no Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade de Lisboa. Desempenhou funções no Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo (2009) e no Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios/Ministério da Justiça (2010) e foi bolseira de investigação no ISCTE – IUL, na área da proteção de dados pessoais (2011). Atualmente (desde 2013) é Consultora de Política Legislativa na Direção-Geral da Política de Justiça/Ministério da Justiça, sendo representante de Portugal junto da União Europeia para as questões atinentes à proteção de dados pessoais, incluindo no Comité do Artigo 93.º do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados. Designada Encarregada de Proteção de Dados do Ministério da Justiça pelo Despacho n.º 5643/2018 de Sua Excelência a Ministra da Justiça, datado de 24 de maio de 2018.

as *lex generalis*, was followed by the negotiation of a number of special diplomas: for the institutions and bodies of the then European Community; to the competent authorities for the purpose of preventing, investigating, detecting or prosecuting criminal offenses or enforcing criminal sanctions; for telecommunications operators; and for air carriers. With the approval of the General Regulation on Data Protection, all special diplomas have been (or are being) revisited, aiming precisely the alignment with that. Such an aim of alignment raises the question of the need for special regimes, since everyone drinks from the same source.

Keywords: *Personal data; Regulation (EU) 2016/679; Directive (EU) 2016/680; Regulation (EU) 2018/1725.*

1. Enquadramento

A aprovação de um novo regime geral de proteção de dados pessoais – entenda-se, a aprovação do RGPD¹, que modernizou a Diretiva 95/46/CE² e que se aplica, como regime regra, aos setores público e privado dos Estados-Membros, espoletou a necessidade de rever os regimes especiais em vigor. Vejamos.

Por um lado, imprimiu a necessidade de visitar as normas especiais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, tendo o legislador europeu aprovado, para esses efeitos, a Diretiva (UE) 2016/680³.

Por outro lado, a utilização dos dados dos registos de identificação dos passageiros para efeitos de prevenção, deteção, investigação e repressão das infrações terroristas e da criminalidade grave passou a ser disciplinada

¹ Regulamento (UE) 2016/679 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE.

² Diretiva 95/46/CE, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

³ Diretiva (UE) 2016/680, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados, e que revoga a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho.

pela Diretiva (UE) 2016/681⁴, que cria obrigações especiais para as transportadoras aéreas.

O setor das comunicações eletrónicas, regulado pela Diretiva 2002/58/CE⁵, também mereceu revisão por parte do legislador europeu, constando a proposta legislativa da Comunicação COM(2017) 10 final⁶.

Por fim, as normas aplicáveis aos organismos da União Europeia também foram alvo de revisão. Recorde-se que o tratamento de dados pessoais pelas instituições e órgãos da União encontrou abrigo no Regulamento (CE) n.º 45/2001⁷, que, na sequência da aprovação da Diretiva 95/46/CE, veio prever um regime especial para a estrutura institucional da então Comunidade Europeia, tendo por referência, sublinhe-se, o regime geral então plasmado na citada Diretiva de 1995. Enquanto o processo legislativo que culminou na aprovação do Regulamento (CE) n.º 45/2001 foi instruído pela Diretiva 95/46/CE, a revisão do referido Regulamento de 2001 – gizada na Comunicação COM(2017) 8 final⁸ e materializada pelo Regulamento (UE) 2018/1725⁹ – teve como principal objetivo o alinhamento com o RGPD.

Ora, aludido o regime geral – o RGPD – e apontados os regimes especiais, cumpre questionar esta multiplicidade de diplomas aplicáveis.

⁴ Diretiva (UE) 2016/681, relativa à utilização dos dados dos registos de identificação dos passageiros (PNR) para efeitos de prevenção, deteção, investigação e repressão das infrações terroristas e da criminalidade grave.

⁵ Diretiva 2002/58/CE, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas.

⁶ Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao respeito pela vida privada e à protecção dos dados pessoais nas comunicações eletrónicas e que revoga a Diretiva 2002/58/CE.

⁷ Regulamento (CE) n.º 45/2001, relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos comunitários e à livre circulação desses dados.

⁸ Proposta de Regulamento do Parlamento e do Conselho relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições, órgãos, organismos e agências da União e à livre circulação desses dados e que revoga o Regulamento (CE) n.º 45/2001 e a Decisão n.º 1247/2002/CE.

⁹ Regulamento (UE) 2018/1725, relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos e organismos da União e à livre circulação desses dados, e que revoga o Regulamento (CE) n.º 45/2001 e a Decisão n.º 1247/2002/CE.

Neste artigo iremos elencar as diferenças entre o RGPD e a Diretiva (UE) 2016/680, por um lado, e, por outro, as dissemelhanças entre o RGPD e o Regulamento (UE) 2018/1725, na tentativa de dar resposta à questão de saber se são curiais regimes especiais no que toca à temática da proteção de dados pessoais.

2. O RGPD e a Diretiva (UE) 2016/680: a duplicidade de regimes justifica-se?

A duplicidade de regimes criada pela aprovação do RGPD e da Diretiva (UE) 2016/680 remonta à legislação transata – importa recordar que a Diretiva 95/46/CE, aplicável ao mercado interno, era complementada pela Decisão-Quadro 2008/977/JAI¹⁰, que visou, então, disciplinar o tratamento de dados no âmbito da cooperação policial e judiciária em matéria penal.

Relativamente à relação entre o RGPD e a Diretiva (UE) 2016/680, traga-se à colação o entendimento de DE HERT e PAPAKONSTANTINOY, que acentuaram que a dualidade de regimes foi e está construída sobre uma distinção ilusória entre dados para fins comerciais e dados relativos à segurança¹¹. Para os autores, esta distinção provou ser, ao longo dos anos, artificial, uma vez que dados recolhidos e tratados por entidades privadas para fins comerciais podem ser acedidos por autoridades públicas e vice-versa. Acresce que o âmbito de aplicação dos instrumentos é extremamente difícil, se não mesmo impossível, de delimitar, insistindo-se em

¹⁰ Decisão-Quadro 2008/977/JAI, relativa à proteção dos dados pessoais tratados no âmbito da cooperação policial e judiciária em matéria penal.

¹¹ DE HERT, Paul; PAPAKONSTANTINOY, Vagelis, “The proposed data protection Regulation replacing Directive 95/46/EC: A sound system for the protection of individuals”, in *Computer Law & Security Review* 28, 2012, p. 132: “This distinction, that is maintained in the reform, has proven over the years to be schematic and artificial. Today, datasets that are created by private data controllers for their own purposes may be accessed at some future point by law enforcement agencies. The opposite is not inconceivable too. Case law provides very little assistance to this end. The distinction in scope between the two instruments is therefore extremely difficult, if not impossible, to make. By insisting on two separate instruments for each type of processing, the Commission risks to prolong ambiguity in the field each time law enforcement agencies and the private sector interact.”

dois instrumentos separados e arriscando-se a prolongar a ambiguidade existente.

Na verdade, a aprovação de um diploma específico para o tratamento de dados pessoais efetuado pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais redundava em três diferenças. Com efeito, a Diretiva (UE) 2016/680, em comparação com o RGPD, acolhe as seguintes particularidades:

- i) em primeiro lugar, é obrigatória a distinção entre categorias de titulares de dados, designadamente entre suspeitos, arguidos, condenados, vítimas, testemunhas e outros terceiros. A par disso, obrigatória é também a distinção entre diferentes tipos de dados pessoais: dados baseados em factos devem ser claramente separados de dados baseados em apreciações pessoais. Ora, este regime, plasmado nos art. 6.º e 7.º da Diretiva (UE) 2016/680, não tem paralelo no RGPD.
- ii) em segundo lugar, e no que concerne aos sistemas de tratamento automatizado, é obrigatória a conservação de registos cronológicos das operações. Sublinhe-se que tanto a consulta como a divulgação de dados devem gerar registos que permitam determinar o motivo, a data e a hora dessas operações e, se possível, a identificação da pessoa que consulta ou divulga e a identidade dos destinatários desses dados (art. 25.º da Diretiva (UE) 2016/680). Note-se que esta obrigação também não tem paralelo no RGPD.
- iii) em terceiro e último lugar, note-se que às autoridades de controlo nacionais não são atribuídos poderes sancionatórios (art. 47.º da Diretiva (UE) 2016/680), ao contrário do que sucede no âmbito do RGPD, que confere, designadamente, o poder de impor coimas (alínea i) do n.º 2 do art. 58.º).

A estas três diferenças somam-se várias singularidades – e não verdadeiras diferenças da Diretiva (UE) 2016/680, quando comparada com o RGPD. Vejamos.

Por um lado, o preceito definitório consagra a noção de autoridade competente (art. 3.º da Diretiva (UE) 2016/680 vs. art. 4.º do RGPD); por outro, o único fundamento legitimador do tratamento de dados pessoais é a lei, não sendo admissível outra base jurídica para justificar o tratamento,

como o consentimento do titular ou um contrato (art. 8.º da Diretiva (UE) 2016/680 vs. art. 6.º do RGPD).

Por seu turno, a Diretiva (UE) 2016/680, além de suprimir alguns dos direitos dos titulares dos dados conferidos pelo RGPD, densifica as limitações a esses direitos – entenda-se aos direitos de informação, acesso, retificação, apagamento e limitação do tratamento (art. 13.º a 16.º da Diretiva (UE) 2016/680) – quando estão em causa, mormente, inquéritos, investigações ou outros procedimentos ou quando relevem valores como a segurança pública, a segurança nacional ou direitos e liberdades de terceiros (n.º 3 do art. 13.º, art. 15.º e n.º 4 do art. 16.º da Diretiva (UE) 2016/680 vs. art. 23.º do RGPD). Em bom rigor, tais limitações não são, pois, uma particularidade, uma vez que também são expressamente admitidas no RGPD.

Por outro lado, e se é certo que a Diretiva (UE) 2016/680 suprime alguns dos direitos enumerados pelo RGPD, facto é que prevê a eventualidade de os direitos poderem ser exercidos através da autoridade de controlo (art. 17.º da Diretiva (UE) 2016/680).

Já no que concerne à disciplina das transferências internacionais de dados pessoais para países terceiros ou organizações internacionais, a Diretiva (UE) 2016/680 prevê expressamente as condições a preencher para a sua efetivação, dado o especial âmbito de aplicação material (art. 35.º da Diretiva (UE) 2016/680).

Importa sublinhar que, na nossa opinião, tais singularidades não substanciam verdadeiras diferenças, uma vez que, ainda na linha do RGPD, apenas conformam a sua aplicação ao âmbito da Diretiva (UE) 2016/680; ou seja, ao tratamento de dados pessoais efetuado pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais.

Abstraindo-nos destas singularidades, corolários do pensamento do legislador do RGPD, as três diferenças a que aludimos espoletam a questão da necessidade de um instrumento especial, autónomo, diferente do RGPD. Inclinao-nos a responder negativamente, na senda de DE HERT e PAPAKONSTANTINO, vislumbrando-se variadas vantagens na condensação, num único diploma, das regras a aplicar no que toca à proteção de dados pessoais.

Na verdade, no nosso entendimento, repetir normas – *ipsis verbis*, não só nos preceitos definitórios, mas também no articulado atinente

aos princípios basilares – em diplomas diferentes não se mostra curial, mormente numa análise sob o prisma legístico; teria sido avisado, ao invés, criar capítulos, num mesmo diploma, para preceituar as especialidades que se mostrassem efetivamente necessárias. Aliás, esta solução facilitaria a aplicação por parte dos operadores, que, como salientado anteriormente, se deparam com dificuldades acrescidas face aos âmbitos de aplicação difíceis de delimitar na prática do dia-a-dia.

Só para dar um exemplo, veja-se o caso das polícias, que aplicam o RGPD ao tratamento de dados administrativos (dados dos trabalhadores, dados das pessoas que entram nos edifícios, dados no âmbito da contratação, etc.), tendo de aplicar, em paralelo, a lei de transposição da Diretiva (UE) 2016/680 ao tratamento de dados realizado no âmbito das investigações de crimes.

3. O tratamento de dados efetuado pelos organismos da União Europeia

O tratamento de dados efetuado pelos organismos da União Europeia mereceu regulação especial – veja-se o Regulamento (UE) 2018/1725, especial, sublinhe-se, relativamente ao regime geral plasmado no RGPD. O legislador europeu entendeu dar continuidade a esta especialidade, já que, anteriormente, a Diretiva 95/46/CE não tinha aplicação quando estava em causa o tratamento de dados pela própria União. Comparando o Regulamento (UE) 2018/1725 com o anteriormente aplicável Regulamento (CE) n.º 45/2001, que aquele revogou, são muitas as continuidades.

Principiemos com o âmbito de aplicação: também agora, como anteriormente, existem normas especialíssimas, aplicáveis ao tratamento de dados efetuado pela Europol e pela Procuradoria Europeia, bem como pelas missões no âmbito da política comum de segurança e defesa, que faz parte integrante da política externa e de segurança comum (art. 2.º do Regulamento (UE) 2018/1725).

Os princípios basilares – da finalidade, da minimização, da conservação limitada e da proibição de tratamento de dados sensíveis – também se mantêm inalterados, tal como a disciplina das transmissões dentro da União (art. 4.º e 9.º do Regulamento (UE) 2018/1725).

Por outro lado, os direitos concedidos aos titulares dos dados são os tradicionais: referimo-nos aos direitos de informação, acesso, retificação,

bloqueio, apagamento, oposição e não sujeição a decisões automatizadas (art. 15.º e ss do Regulamento (UE) 2018/1725). As vias de recurso à disposição dos cidadãos configuram outra continuidade: a par do direito de queixa junto da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados, as pessoas têm direito a intentar uma ação judicial junto do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJ), podendo, nessa sede, exercer o seu direito de indemnização (art. 63.º e ss do Regulamento (UE) 2018/1725).

As obrigações também espelham o regime anterior, continuando a ser exigidas as medidas técnicas, organizativas e de segurança necessárias, assim como a designação de um encarregado de proteção de dados (art. 26.º e ss do Regulamento (UE) 2018/1725). A supervisão continua a ser competência da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados, sendo essencial a cooperação desta autoridade com as autoridades de controlo nacionais criadas ao abrigo do RGPD (art. 53.º e ss do Regulamento (UE) 2018/1725).

Vejamos agora as novidades introduzidas pelo Regulamento (UE) 2018/1725. Em primeiro lugar, ao rol dos princípios são agora expressamente aditados valores como a transparência, a integridade, a confidencialidade e a responsabilidade. A par disso, o arquivamento, para fins de interesse público, é, agora, expressamente, um tratamento posterior compatível com a recolha inicial dos dados (art. 4.º do Regulamento (UE) 2018/1725).

As regras atinentes ao consentimento encontram-se densificadas, reforçando-se a proteção conferida aos titulares dos dados, não apenas porque é consagrada a possibilidade de retirada, a todo o tempo, do consentimento anteriormente dado, mas também porque é exigida a autorização dos pais nos casos em que o titular é menor de 13 anos (art. 7.º e 8.º do Regulamento (UE) 2018/1725).

Como já referimos, os direitos dos titulares dos dados configuram uma continuidade. No entanto, ao mesmo passo, podemos vislumbrar um reforço da proteção do cidadão, que vê ampliado o seu direito à informação, devendo esta ser clara e simples. A par disso, é agora determinado o prazo de um mês para resposta aos pedidos dos titulares, pedidos esses que devem ser, por regra, submetidos gratuitamente (art. 14.º do Regulamento (UE) 2018/1725).

Ainda no que concerne aos direitos, destaque-se o direito à obtenção de uma cópia dos dados tratados, o alargamento do âmbito de aplicação

do direito ao apagamento, a introdução do direito à portabilidade dos dados e a possibilidade de representação nos recursos (art. 17.º, 19.º, 22.º e 67.º do Regulamento (UE) 2018/1725). Por outro lado, e mau grado para a proteção dos cidadãos, assistimos ao alargamento das situações em que pode haver decisões individuais automatizadas e das situações-tipo em que são legítimas restrições aos direitos (art. 24.º e 25.º do Regulamento (UE) 2018/1725).

A disciplina atinente às obrigações do responsável pelo tratamento – entenda-se, dos organismos da União – introduz, também, algumas novidades: passa a ser obrigatório demonstrar o cumprimento das obrigações, isto é, documentar os tratamentos de dados efetuados (art. 26.º do Regulamento (UE) 2018/1725); é imposta a proteção de dados desde a conceção e por defeito (art. 27.º do Regulamento (UE) 2018/1725), assim como o registo das atividades de tratamento (art. 31.º); é obrigatória a notificação de violações de dados à Autoridade Europeia para a Proteção de Dados (art. 34.º do Regulamento (UE) 2018/1725) e, em certos casos, a comunicação dessa violação ao próprio titular (art. 35.º do Regulamento (UE) 2018/1725); e obrigatória passa a ser também a avaliação de impacto e, em determinados casos, a autorização prévia da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados (art. 39.º e 40.º do Regulamento (UE) 2018/1725).

Por fim, importa destacar a introdução do regime das coimas, a aplicar pela AEPD (art. 66.º do Regulamento (UE) 2018/1725), bem como de um capítulo especialmente aplicável ao tratamento de dados operacionais no exercício de atividades compreendidas no âmbito da cooperação policial e judiciária em matéria penal, que acolhe regras gerais com a ressalva de que podem ser derogadas por normas específicas (art. 70.º e ss do Regulamento (UE) 2018/1725) – capítulo, aliás, cujo aditamento não se alcança, uma vez que copia as normas previstas nos artigos anteriores.

Ora, excecionando este capítulo especialmente aplicável ao tratamento de dados operacionais, dúvidas não restam de que todas as restantes novidades visam o alinhamento com o RGPD, sendo, pois, um decalque do regime geral a que já fizemos referência. Esta constatação leva-nos, novamente, a questionar a aprovação de um diploma diverso, especial para os organismos da União. Na verdade, se são tantos os pontos de contacto entre o Regulamento (UE) 2018/1725 e o RGPD, qual a razão que presidiu à opção do legislador europeu de não fazer aplicar o RGPD também ao setor público da própria União, já que o fez aplicar ao setor público dos

Estados membros? Inclino-nos para uma razão histórica: no regime anteriormente vigente, existia igualmente uma duplicidade de diplomas aplicáveis.

4. O RGPD e o Regulamento (UE) 2018/1725: diferenças a assinalar

Antes de nos focarmos nas diferenças entre os regimes, cumpre assinar as singularidades, que, não consubstanciando verdadeiras – e próprias – diferenciações, são antes especificações necessárias à luz do âmbito de aplicação do Regulamento (UE) 2018/1725 – recorde-se, o tratamento de dados efetuado pelas instituições e organismos da União Europeia (art. 1.º do Regulamento (UE) 2018/1725).

Em primeiro lugar, no que concerne à licitude do tratamento, os interesses legítimos do responsável pelo tratamento ou de terceiros não integram o elenco dos fundamentos legitimadores, ao contrário do que sucede ao abrigo do RGPD, que enumera tais interesses como base legítima para o tratamento de dados (art. 5.º do Regulamento (UE) 2018/1725 vs. art. 6.º do RGPD). Esta singularidade compreende-se à luz dos Tratados, mormente à luz do art. 5.º do Tratado da União Europeia¹², que consagra o princípio da atribuição, nos termos do qual a União atua unicamente dentro dos limites das competências que os Estados membros lhe tenham atribuído nos Tratados para alcançar os objetivos por estes fixados.

De difícil compreensão mostra-se o art. 25.º do Regulamento (UE) 2018/1725, que acolhe outra das singularidades que cumpre assinalar. Vejamos. O Regulamento (UE) 2018/1725, na linha do RGPD, sublinhe-se, prevê limitações aos direitos dos titulares dos dados – o Regulamento (UE) 2018/1725 fá-lo no art. 25.º e o RGPD no art. 23.º. No entanto, enquanto o RGPD obriga a que tal limitação, que é, em bom rigor, uma restrição ao direito fundamental à proteção de dados, conste de medida legislativa, o Regulamento (UE) 2018/1725 admite – *rectius*, permite – que tal restrição seja aprovada, não só por atos jurídicos adotados com base nos Tratados – o equivalente a medidas legislativas – mas também por fontes infralegislativas internas, isto é, por exemplo, por um regulamento interno de um organismo.

¹² Tratado da União Europeia (versão consolidada).

Ora, tal particularidade, apesar de poder ter explicação no quadro da orgânica própria da União, parece ser de difícil aceitação à luz do n.º 1 do art. 52.º da CDFUE. Na verdade, nos termos deste artigo, qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Sublinhe-se, por lei, e não por meras normas infralegislativas. Apesar desta não ser a sede para analisar a questão em apreço, não poderíamos deixar de a sinalizar, não só como singularidade, mas também como ponto controverso à luz da lei fundamental da União.

Como outra singularidade, aluda-se ao preceituado atinente à confidencialidade das comunicações eletrónicas nas redes das instituições e organismos da União (arts. 36.º e ss do Regulamento (UE) 2018/1725). Note-se que, no mercado interno, a confidencialidade das comunicações eletrónicas é regulada pela Diretiva 2002/58/CE, a que já fizemos alusão, instrumento legislativo especial e que complementa o RGPD.

Por fim, saliente-se o dever de informar a Autoridade Europeia para a Proteção de Dados, aquando da elaboração de medidas administrativas e regras internas, e de consultar essa autoridade e o Comité Europeu para a Proteção de Dados, aquando da elaboração de atos legislativos (art. 41.º e 42.º do Regulamento (UE) 2018/1725 vs. alínea c) do n.º 1 do art. 57.º do RGPD).

Vistas as singularidades do Regulamento (UE) 2018/1725, vejamos as diferenças face ao RGPD. A primeira, sem lugar paralelo no RGPD, é acolhida no art. 9.º do Regulamento (UE) 2018/1725, que prevê as transmissões de dados pessoais a destinatários estabelecidos na União diferentes das instituições e organismos da União, estabelecendo as condições para essa transferência especial de dados. São elas: o destinatário demonstrar que os dados são necessários ao desempenho de funções de interesse público ou inerentes ao exercício da autoridade pública de que o destinatário se encontra investido ou que é necessário transmitir os dados para um fim específico no interesse público e o responsável pelo tratamento, quando houver motivos para pressupor que os interesses legítimos do titular dos dados possam vir a ser prejudicados, estabelecer que a transmissão dos dados pessoais para esse fim específico é proporcionada, depois de comprovadamente ponderar os diferentes interesses em jogo.

Segunda diferença: a entidade com poderes de fiscalização é a Autoridade Europeia para a Proteção de Dados (art. 53.º e ss do Regulamento (UE)

2018/1725). Note-se que a Autoridade Europeia para a Proteção de Dados é nomeada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho por um período de 5 (cinco) anos e cuja independência, atribuições e poderes são semelhantes às autoridades de controlo nacionais previstas no RGPD (art. 51.º e ss do RGPD). De sublinhar a cooperação e a supervisão coordenada entre Autoridade Europeia para a Proteção de Dados e as autoridades de controlo nacionais (art. 61.º e 62.º do Regulamento (UE) 2018/1725).

Por fim, e como já referimos, o Regulamento (UE) 2018/1725 acolhe, no seu corpo, um capítulo aplicável especialmente ao tratamento de dados pessoais operacionais no exercício de atividades abrangidas pela cooperação policial e judiciária em matéria penal (art. 70.º e ss).

Ora, será que estas três diferenças são bastantes para legitimar um diploma especial face ao RGPD? Não nos parece. Aliás, é muito questionável o capítulo a que acabámos de fazer alusão, mormente sobre o prisma legístico, dada a repetição de normas aí contidas. Mais: como veremos de seguida, o Regulamento (UE) 2018/1725 é complementado por outros instrumentos legislativos, especialmente aplicáveis.

5. O Regulamento (UE) 2018/1725 e os regimes especialíssimos

Como assinalámos anteriormente, o Regulamento (UE) 2018/1725 não se aplica ao tratamento de dados efetuado pela Europol e pela Procuradoria Europeia, assim como ao tratamento efetuado pelas missões no âmbito da política comum de segurança e defesa, que faz parte integrante da política externa e de segurança comum (art. 2.º). Ora, este âmbito de aplicação cria, pois, regimes especialíssimos.

Com efeito, a especialidade do Regulamento (UE) 2018/1725 face ao RGPD não cria, em bom rigor, uma dualidade de normas aplicáveis. Na verdade, dentro do regime especial aplicável à estrutura orgânica da União Europeia encontramos regimes especialíssimos, pelo que estamos perante uma multiplicidade de regimes a aplicar. Confuso? Nós também.

Com efeito, o tratamento de dados operacionais realizado pelas agências com competências penais – referimo-nos à Europol, à Eurojust e à Procuradoria Europeia – é regulado em diplomas próprios.

Uma leitura atenta do que já deixámos dito leva-nos à distinção entre dados administrativos (por exemplo, os dados pessoais dos trabalhadores

das agências em apreço) e dados operacionais (dados tratados no âmbito das competências das referidas agências). Aos dados administrativos é aplicável a disciplina do Regulamento (UE) 2018/1725. Por seu turno, aos dados operacionais são aplicáveis as normas gizadas na legislação especialmente aplicável, a par do capítulo inserto no Regulamento (UE) 2018/1725 que se dedica a essas matérias (art. 70.^o e ss). Uma especialidade dentro da especialidade, se assim se preferir.

Ora, a Europol – Agência da União Europeia para a Cooperação Policial – encontra regulação no Regulamento (UE) 2016/794¹³, que acolhe normas especificamente aplicáveis aos dados operacionais tratados por esta agência.

Por outro lado, a Agência Europeia para a Cooperação Judiciária Penal – Eurojust, que foi criada pela Decisão do Conselho 2002/187/JAI¹⁴, revista pela Comunicação COM(2013) 535 final¹⁵, também aplica um regime especial quando trata dados operacionais¹⁶.

Por seu turno, o Regulamento (UE) 2017/1939¹⁷, que institui a Procuradoria Europeia, também prevê preceitos especiais para o tratamento de dados operacionais.

Na nossa opinião, esta multiplicidade de regimes aplicáveis à estrutura orgânica da União Europeia espelha a complexidade que o legislador europeu vem criando desde 1995, depois de aprovar a Diretiva 95/46/CE e, sucessivamente, regimes especiais – para as polícias, procuradorias e tribunais, por um lado, e para setores privados como as comunicações eletrónicas ou o transporte aéreo, por outro.

¹³ Regulamento (UE) 2016/794, que cria a Agência da União Europeia para a Cooperação Policial (Europol) e que substitui e revoga as Decisões 2009/371/JAI, 2009/934/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI e 2009/968/JAI do Conselho.

¹⁴ Decisão do Conselho, de 28 de Fevereiro de 2002, relativa à criação da Eurojust a fim de reforçar a luta contra as formas graves de criminalidade.

¹⁵ Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que cria a Agência Europeia para a Cooperação Judiciária Penal (Eurojust).

¹⁶ Regulamento (UE) 2018/1727, que cria a Agência da União Europeia para a Cooperação Judiciária Penal (Eurojust) e que substitui e revoga a Decisão 2002/187/JAI do Conselho.

¹⁷ Regulamento (UE) 2017/1939, que dá execução a uma cooperação reforçada para a instituição da Procuradoria Europeia.

6. Diferenças entre o Regulamento (UE) 2018/1725 e o Regulamento Europol

O Regulamento (UE) 2018/1725 é, ao mesmo tempo, uma lei especial – face ao RGPD – e a lei geral aplicável às instituições e organismos da União, uma vez que, no que concerne à estrutura orgânica da União, aplicam-se regimes especiais quando está em causa o tratamento de dados operacionais efetuado pela Europol, pela Eurojust e pela Procuradoria Europeia.

Comparámos já o RGPD com a Diretiva (UE) 2016/680, por um lado, e, por outro, com o Regulamento (UE) 2018/1725. Façamos agora o mesmo exercício comparativo entre o Regulamento (UE) 2018/1725 e o Regulamento (UE) 2016/794, que regula a Europol.

Antes de mais, cumpre destacar as similitudes. E são muitas: referimo-nos aos regimes atinentes aos princípios, às categorias de dados e de titulares, à segurança do tratamento, aos direitos dos titulares e aos recursos, bem como ao preceituado sobre a proteção de dados desde a conceção, a violação de dados, a consulta prévia, o registo e a supervisão.

Vejamos agora as particularidades do Regulamento (UE) 2016/794. A primeira reside, como não podia deixar de ser, nas finalidades do tratamento. Com efeito, e uma vez que estamos perante a agência que prossegue o objetivo de apoiar a cooperação entre as autoridades policiais da União, as finalidades do tratamento são, pois, correlações deste objetivo (art. 18.º do Regulamento (UE) 2016/794).

Em segundo lugar, o normativo aplicável à transferência e intercâmbio de dados pessoais facilita, efetivamente, a troca de dados (art. 24.º a 27.º do Regulamento (UE) 2016/794). Tal regime facilitador aplicável à troca de dados é equilibrado com a previsão de uma rigorosa disciplina de avaliação da fiabilidade e exatidão dos dados (art. 29.º do Regulamento (UE) 2016/794), que se afigura a terceira especificidade. Em quarto e último lugar, destaque-se a atribuição de competências ao Conselho de Cooperação (art. 45.º do Regulamento (UE) 2016/794).

Ora, o regime especialmente gizado no Regulamento (UE) 2016/794 concretiza-se em quatro especificidades. As diferenças elencadas justificaram a criação da complexidade legislativa criada por regimes que se sobrepõem? Vai bem o legislador europeu a arquitetar esta multiplicidade

de regimes? Não nos parece. Embrenhado no desenho legal, esquece-se, o legislador, do que se visa tutelar e salvaguardar: o titular dos dados, que pode ficar desprotegido face a tão complexa proteção.

Considerações finais

A disciplina jurídica aplicável ao tratamento de dados pessoais é uma teia arquitetada pelo legislador europeu. À aprovação da Diretiva 95/46/CE, desenhada como *lex generalis*, seguiu-se a negociação de uma panóplia de diplomas especialmente aplicáveis: às instituições e órgãos da então Comunidade Europeia; às autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais; às operadoras de telecomunicações; às transportadoras aéreas, para efeitos de prevenção, deteção, investigação e repressão das infrações terroristas e da criminalidade grave.

Com a aprovação do RGPD, e conseqüente revogação da Diretiva 95/46/CE, todos os diplomas especialmente aplicáveis foram (ou estão a ser) revisitados, visando-se, precisamente, o alinhamento com o RGPD. Ora, tal intuito de alinhamento levanta a questão da necessidade de regimes especiais, visto que todos bebem da mesma fonte. Acresce que, como deixámos dito, as particularidades não são vincadas ao ponto de serem necessários outros regimes, autónomos, separados. Mais: a multiplicidade de regimes aplicáveis resulta numa complexidade tal que o cidadão acaba por ficar desprotegido, quando o desígnio do legislador europeu era precisamente a proteção.

Neste artigo questionámos a aprovação de uma panóplia de regimes especiais face, primeiro, à Diretiva 95/46/CE e, agora, ao RGPD, visto que em todos se decalca o normativo da *lex generalis*. De facto, a leitura desta teia legislativa permite-nos concluir que são muitas as similitudes e poucas as especificidades que consubstanciam verdadeiras diferenças. Mais: esta complexidade de regimes esta construída em alicerces falaciosos, uma vez que a distinção entre setores público e privado é ilusória e artificial. Tudo isto, somado ao âmbito de aplicação difícil de delimitar, parece resultar na desproteção – efetiva – do cidadão.

Não nos restam dúvidas de que estamos perante diplomas legais que provocam um efeito negativo no sistema jurídico, causando como principal dano a desproteção do cidadão. Por isso mesmo, podemos afirmar que os regimes aplicáveis ao tratamento de dados pessoais são um exemplo de poluição legislativa da União Europeia.