



ENTIDADE REGULADORA
PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

Deliberação

ERC/2019/136 (Parecer Leg)

Pronúncia sobre o texto de substituição aprovado indiciariamente no Grupo de Trabalho - Regulamento Geral da Proteção de Dados, relativo à Proposta de Lei n.º 120/XIII/3.ª (GOV) que assegura a execução, na ordem jurídica nacional, do Regulamento (EU) 2016/679, relativo à proteção de pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados

**Lisboa
20 de maio de 2019**

Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social

Deliberação ERC/2019/136 (Parecer Leg)

Assunto: Pronúncia sobre o texto de substituição aprovado indiciariamente no Grupo de Trabalho - Regulamento Geral da Proteção de Dados, relativo à Proposta de Lei n.º 120/XIII/3.ª [GOV] que assegura a execução, na ordem jurídica nacional, do Regulamento (EU) 2016/679, relativo à proteção de pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados

I. Pedido de pronúncia

A Comissão de Assuntos Constitucionais, Liberdades e Garantias da Assembleia da República solicitou à ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social, em 7 de maio de 2019, parecer sobre o «texto de substituição aprovado indiciariamente no Grupo de Trabalho - Regulamento Geral da Proteção de Dados, relativo à Proposta de Lei n.º 120/XIII/3.ª [GOV]» que assegura a execução, na ordem jurídica nacional, do Regulamento (EU) 2016/679, relativo à proteção de pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

A ERC pronuncia-se sobre o Texto de Substituição da Proposta de Lei n.º 120/XIII/3.ª [GOV] (doravante, «Proposta»), ao abrigo das suas competências consultivas, previstas no artigo 25.º, n.º 1, dos Estatutos da ERC, aprovados pela Lei n.º 53/2005, de 11 de novembro.

II. Pronúncia

A pronúncia da ERC será circunscrita às dimensões normativas da Proposta diretamente relacionadas com a sua esfera de atribuições de regulação da comunicação social, designadamente, as respeitantes ao dever de assegurar o livre exercício do direito à informação e à liberdade de imprensa, de garantir o respeito pelos direitos, liberdades e garantias, do cumprimento das normas reguladoras das atividades de comunicação social, da proteção dos direitos de personalidade individuais, e da proteção dos públicos mais sensíveis, tais como menores, relativamente a conteúdos e serviços suscetíveis de prejudicar o respetivo desenvolvimento (artigo 39.º da Constituição da República Portuguesa, e artigos 6.º, 7.º e 8.º dos Estatutos da ERC).

Com este enquadramento, afigura-se à ERC pertinente centrar a sua pronúncia no artigo 24.º da Proposta – «Liberdade de expressão e de informação» –, e, ainda, no artigo 16.º da Proposta - «Consentimento de menores».

1. Tratamento de Dados Pessoais para fins de Liberdade de Expressão e de Informação – artigo 24.º da Proposta de LPD

1.1. Considerações gerais

O artigo 24.º da Proposta de LPD inscreve-se na execução do artigo 85.º do RGPD, relativo ao «tratamento e liberdade de expressão e de informação», que atribui aos Estados-Membros o dever de conciliação, por lei, do direito à proteção de dados pessoais com o direito à liberdade de expressão e de informação, incluindo o tratamento para fins jornalísticos e para fins de expressão académica, artística ou literária (n.º 1).

Prevê o artigo 85.º do RGPD que, «[P]ara o tratamento efetuado para fins jornalísticos ou para fins de expressão académica, artística ou literária, os Estados-Membros estabelecem isenções ou derrogações do capítulo II (princípios), do capítulo III (direitos do titular dos dados), do capítulo IV (responsável pelo tratamento e subcontratante), do capítulo V (transferência de dados pessoais para países terceiros e organizações internacionais), do capítulo VI (autoridades de controlo independentes), do capítulo VII (cooperação e coerência) e do capítulo IX (situações específicas de tratamento de dados) se tais isenções ou derrogações forem necessárias para conciliar o direito à proteção de dados pessoais com a liberdade de expressão e de informação» (n.º 2).

Esta norma, enquadrada no capítulo IX do RGPD, que dispõe sobre situações específicas de tratamento de dados pessoais, vem concretizar o entendimento de que o direito à proteção de dados pessoais (artigo 8.º da Carta¹) não é absoluto, devendo ser ponderado em relação com a sua função na sociedade, e equilibrado com outros direitos fundamentais, liberdades e princípios, reconhecidos na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e nos Tratados – como é o caso da liberdade de expressão e de informação (artigo 11.º da Carta), de acordo com o princípio da proporcionalidade (Considerando 4 do RGPD).

O RGPD, no Considerando 153, esclarece o sentido e alcance do artigo 85.º, integrando a jurisprudência mais recente do TJUE e do TEDH:

¹ Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

«[0] direito dos Estados-Membros deverá conciliar as normas que regem a liberdade de expressão e de informação, nomeadamente jornalística, académica, artística e/ou literária com o direito à proteção de dados pessoais nos termos do presente regulamento.

O tratamento de dados pessoais para fins exclusivamente jornalísticos ou para fins de expressão académica, artística ou literária deverá estar sujeito à derrogação ou isenção de determinadas disposições do presente regulamento se tal for necessário para conciliar o direito à proteção dos dados pessoais com o direito à liberdade de expressão e de informação, tal como consagrado no artigo 11.º da Carta.

Tal deverá ser aplicável, em especial, ao tratamento de dados pessoais no domínio do audiovisual e em arquivos de notícias e hemerotecas. Por conseguinte, os Estados-Membros deverão adotar medidas legislativas que prevejam as isenções e derrogações necessárias para o equilíbrio desses direitos fundamentais.

Os Estados-Membros deverão adotar essas isenções e derrogações aos princípios gerais, aos direitos do titular dos dados, ao responsável pelo tratamento destes e ao subcontratante, à transferência de dados pessoais para países terceiros ou para organizações internacionais, às autoridades de controlo independentes e à cooperação e à coerência e a situações específicas de tratamento de dados.

Se estas isenções ou derrogações divergirem de um Estado-Membro para outro, deverá ser aplicável o direito do Estado-Membro a que esteja sujeito o responsável pelo tratamento.

A fim de ter em conta a importância da liberdade de expressão em qualquer sociedade democrática, há que interpretar de forma lata as noções associadas a esta liberdade, como por exemplo o jornalismo.»

Assim, o direito à proteção de dados pessoais é aplicável ao tratamento de dados no âmbito do exercício da liberdade de expressão e informação. No entanto, e do mesmo modo que já o fazia a Diretiva 95/46/CE², revogada pelo RGPD, também o RGPD vem estabelecer que deverão ser excecionados, por lei nacional, aqueles princípios, direitos e obrigações, de entre os elencados no n.º 2 do artigo 85.º do RGPD, se tal for necessário para conciliar o direito fundamental à proteção de dados pessoais com o tratamento efetuado para fins jornalísticos ou para fins de expressão académica, artística ou literária, enquanto manifestações do direito à liberdade de expressão e de informação, também protegido pela Carta. Este direito abrange a «liberdade de opinião e a liberdade

² Diretiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

de receber e de transmitir informações ou ideias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem consideração de fronteiras».

Implícito no disposto no n.º 2 do artigo 85.º do RGPD está o reconhecimento de que a aplicação de obrigações previstas nos capítulos II a VII e IX do RGPD, no âmbito do exercício da liberdade de expressão, de informação e de imprensa, é suscetível de resultar em impedimentos e limitações, atentatórios do núcleo essencial destes direitos.

O artigo 11.º da Carta corresponde ao artigo 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, devendo o sentido e o âmbito do artigo 11.º da Carta ser igual ao conferido pelo artigo 10.º da CEDH. Assim, as restrições que podem licitamente ser impostas sobre direito previsto no artigo 11.º da Carta não poderão ultrapassar as previstas no n.º 2 do artigo 10.º da CEDH (artigo 52.º, n.º 3, da Carta), isso é, têm de estar previstas na lei e constituir medidas necessárias, numa sociedade democrática «para a (...) proteção da honra ou dos direitos de outrem», abrangendo este conceito o direito à proteção de dados pessoais.

O RGPD prevê que sejam os Estados-Membros a conciliar, por lei, os direitos e liberdades em tensão, ficando, ademais, obrigados a notificar a Comissão Europeia das disposições de direito interno que adotarem e de qualquer alteração subsequente das mesmas (artigo 85.º, n.º 3, do RGPD).

No ordenamento jurídico português, tanto, por um lado, o direito à proteção de dados pessoais e o direito à reserva da intimidade da vida privada, como a liberdade de expressão e de informação, e a liberdade de imprensa, por outro, têm consagração constitucional (artigos 35.º, 26.º, 37.º e 38.º da Constituição da República Portuguesa), inscrevendo-se no quadro normativo dos direitos, liberdades e garantias, sendo os seus preceitos, portanto, diretamente aplicáveis, vinculando as entidades públicas e privadas. Estes preceitos constitucionais só podem ser restringidos por lei nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, e devendo a lei restritiva revestir carácter geral e abstrato, sem efeito retroativo, nem podendo diminuir a extensão e o alcance do seu conteúdo essencial (artigo 18.º da CRP). Para defesa destes direitos, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos (artigo 20.º da CRP).

Assim, estes direitos fundamentais são protegidos em igual medida pela Constituição, pelo que, em caso de colisão, deverão ser harmonizados de acordo com o princípio da concordância prática, cedendo na medida do necessário para que todos produzam efeito e preservem o seu núcleo essencial.

Diga-se que relativamente à atividade jornalística e de comunicação social, medidas de conciliação, por via legislativa, com o direito à reserva da vida privada e o direito à proteção de dados pessoais resultam já do quadro legal em vigor, que regula a profissão de jornalista e a atividade de comunicação social, como por exemplo, o Estatuto do Jornalista³, a Lei de Imprensa⁴, a Lei da Rádio⁵, a Lei da Televisão⁶, a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo⁷, e os Estatutos da Entidade Reguladora para a Comunicação Social⁸. Releva, também, a previsão constitucional da regulação independente da comunicação social (artigo 39.º CRP), bem como o princípio da autorregulação, concretizado, por exemplo, no Código Deontológico do Jornalista e nos estatutos editoriais dos órgãos de comunicação social.

Já a Diretiva 95/46/CE⁹, revogada pelo RGPD, previa que «[O]s Estados-membros estabelecerão isenções ou derrogações ao disposto no presente capítulo e nos capítulos IV e VI para o tratamento de dados pessoais efetuado para fins exclusivamente jornalísticos ou de expressão artística ou literária, apenas na medida em que sejam necessárias para conciliar o direito à vida privada com as normas que regem a liberdade de expressão» (artigo 9.º).

Na transposição da Diretiva para o ordenamento jurídico interno, levada a cabo pela Lei n.º 67/98, de 26 de outubro (LPD), relativamente ao tratamento de dados efetuado para fins exclusivamente jornalísticos ou de expressão artística e literária, o legislador português entendeu fazer a conciliação entre estes direitos, excecionando quanto à obrigação de informação (artigo 10.º, n.º 6, da LPD), e quanto ao direito de acesso aos dados pessoais (exercido, indiretamente, através da CNPD, com regime de salvaguarda da liberdade de expressão e informação, da liberdade de imprensa e da independência e sigilo profissionais dos jornalistas, cfr. artigo 11.º, ns.º 3 e 4, da LPD). Ficou, assim, aquém do leque de isenções e derrogações para fins exclusivamente jornalísticos ou de expressão artística ou literária, previsto na Diretiva.

³ Lei n.º 1/99, de 1/01, retificada pela Retificação n.º 114/2007, de 20/12, e alterada pelo artigo 1.º da Lei n.º 64/2007, de 06/11. Cfr. artigo 14.º.

⁴ Lei n.º 2/99, de 13/01, retificada pela Retificação n.º 9/99, de 04/03, e alterada pela Lei n.º 18/2003, de 11/06, pela Lei n.º 19/2012, de 08/05, e pela Lei n.º 78/2015, de 29/07. Cfr. artigo 3.º.

⁵ Lei n.º 54/2010, de 24/12, alterada pela Lei n.º 38/2014, de 9/07, e pela Lei n.º [78/2015, de 29/07](#). Cfr. artigos 6.º, 30.º, e 32.º.

⁶ Lei n.º 27/2007, de 30/07, retificada pela Retificação n.º 82/2007, de 21/09, e alterada pela Lei n.º 8/2011, de 11/04, pela Lei n.º 40/2014, de 09/07, e pela Lei n.º 78/2015, de 29/07. Cfr. artigos 27.º e 34.º, n.º 1.

⁷ Lei n.º 147/99, de 1/09. Cfr. artigo 90.º.

⁸ Lei n.º 52/2005, de 19/11.

⁹ Diretiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

1.2. Artigo 24.º da Proposta LPD. Pronúncia da ERC

CAPÍTULO VI

Situações específicas de tratamento de dados pessoais

Artigo 24.º

Liberdade de expressão e informação

- 1 - A proteção de dados pessoais, nos termos do RGPD e da presente lei, não prejudica o exercício da liberdade de expressão, informação e imprensa, incluindo o tratamento de dados para fins jornalísticos e para fins de expressão académica, artística ou literária.
- 2 - O exercício da liberdade de informação, especialmente quando revele dados pessoais previstos no n.º 1 do artigo 9.º do RGPD e no artigo 17.º da presente lei, deve respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana previsto na Constituição da República Portuguesa, bem como os direitos de personalidade nela e na legislação nacional consagrados.
- 3 - O tratamento para fins jornalísticos deve respeitar a legislação nacional sobre acesso e exercício da profissão.
- 4 - O exercício da liberdade de expressão não legitima a divulgação de dados pessoais como moradas e contactos, à exceção daqueles que sejam de conhecimento generalizado.

[Extrato da Proposta de Lei n.º 120/XIII/3ª (GOV)]

Na pronúncia sobre o artigo 24.º da Proposta, verifica-se ser, desde logo, recomendável a separação clara entre as previsões normativas destinadas a regular a liberdade de informação e de imprensa, das previsões relativas à liberdade de expressão para fins académicos, artísticos, ou literários, considerando que, como vimos, a liberdade de informação e de imprensa dispõe de quadro legal especial, e significativamente distinto, que, do ponto de vista da aplicação do princípio da proporcionalidade, poderá resultar em soluções legislativas distintas.

Por outro lado, nota-se que a presente redação do artigo 24.º da Proposta de LPD não contém uma opção normativa clara do legislador relativamente às concretas isenções/derrogações aplicáveis no tratamento de dados pessoais para fins jornalísticos. O legislador deverá escolher, de entre o leque de possíveis isenções previstas no n.º 2 do artigo 85.º RGPD, quais as necessárias à conciliação do direito à proteção de dados com o tratamento para fins

jornalísticos, o que não é feito na presente norma. Esta omissão redundará na falta de previsibilidade da norma jurídica, falhando no seu objetivo de execução do Regulamento.

Esta imprevisibilidade é geradora de insegurança jurídica, podendo levar a decisões injustas, tanto mais indesejáveis quanto se trata da conciliação de direitos fundamentais a uma sociedade democrática.

Do mesmo modo, esta falta de previsibilidade prejudica a efetiva tutela dos bens jurídicos, designadamente em matéria contraordenacional, prevista no artigo 38.º, n.º 1, alínea c) da Proposta.

Até à data, dezoito Estados-Membros notificaram à Comissão Europeia a adoção de leis nacionais contendo previsões para execução do artigo 85.º, n.º 2, do RGPD¹⁰. Na sua maioria, as normas de execução dos Estados-Membros adotaram a técnica legislativa de especificação dos artigos/capítulos do RGPD – de entre os enunciados no n.º 2 do artigo 85.º do RGPD – de que ficam isentos os tratamentos de dados pessoais para fins jornalísticos. A título de exemplo, neste aspeto, veja-se as soluções legislativas da Áustria, Bélgica, Suécia, Reino Unido, França, Holanda, Polónia.

Sob pena de um retrocesso injustificado no grau de conciliação normativa já vigente em Portugal entre o direito à proteção de dados pessoais e a liberdade de informação e de imprensa, entende-se que aquele não deverá ficar aquém das referidas isenções/derrogações já previstas na LPD (cfr. atuais artigos 13.º, 14.º e 15.º do RGPD). Adicionalmente, parece também favorecer a conciliação de direitos em tensão a isenção/derrogação do disposto nos artigos 16.º a 21.º e 30 e 35.º do RGPD. Por outro lado, não se vislumbram razões para o afastamento das obrigações decorrentes do princípio da integridade e segurança dos dados pessoais, de designação de encarregado de proteção de dados, de contratualização com subcontratantes, e de cooperação com a autoridade nacional de controlo, com salvaguardas da independência dos jornalistas e do sigilo das fontes.

Assim, considera-se que o disposto no n.º 1 do artigo 24.º da Proposta nada acrescenta em termos de execução do artigo 85.º do RGPD.

Tem-se por pertinente o consignado no n.º 2 do artigo 24.º da Proposta, na medida em que é tendente à conciliação entre o direito à liberdade de informação e o direito à proteção de dados pessoais. Indaga-se sobre os fundamentos para a omissão da referência ao artigo 10.º do RGPD (tratamento de dados pessoais relacionados com condenações penais e infrações) e do artigo 11.º

¹⁰ https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/data-protection-eu/eu-countries-gdpr-specific-notifications_en

do RGPD (tratamento que não exige identificação). Por outro lado, o n.º 3 do artigo 24.º da Proposta dispõe que «[O] tratamento para fins jornalísticos deve respeitar a legislação nacional sobre acesso e exercício da profissão», o que se afigura pertinente, considerado o já enunciado quadro constitucional, legal e regulatório da atividade jornalística. O tratamento de dados para fins jornalísticos é efetuado diretamente por jornalistas, atuando individualmente, e também por órgãos de comunicação social, no âmbito da sua atividade de comunicação social. Assim, a redação do n.º 3 contemplaria que o tratamento para fins jornalísticos deve respeitar a legislação nacional sobre acesso e exercício da profissão e a legislação nacional aplicável aos órgãos de comunicação social, e ser inserida na continuação do disposto no n.º 2.

Por outro lado, o artigo 24.º da Proposta é omissivo quanto à explicitação das isenções aplicáveis no tratamento de dados pessoais no domínio do audiovisual e em arquivos de notícias, recomendadas no Considerando 153, o que se considera dever ser equacionado.

2. Condições aplicáveis ao consentimento de crianças em relação aos serviços da sociedade da informação – artigo 16.º da Proposta de LPD

2.1. Considerações gerais

O artigo 8.º, n.º 1, 1ª parte, do RGPD estabeleceu, com efeito vinculativo na ordem jurídica interna de todos os Estados-Membros que, «[Q]uando for aplicável o consentimento no que respeita à oferta direta de serviços da sociedade da informação às crianças, o tratamento dos dados pessoais de crianças é lícito se elas tiverem pelo menos 16 anos. Caso a criança tenha menos de 16 anos, o tratamento só é lícito se e na medida em que o consentimento seja dado ou autorizado pelos titulares das responsabilidades parentais da criança.»

Assim, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais em sede de oferta direta de serviços da sociedade da informação às crianças¹¹, lá onde a legitimidade para o tratamento de dados pessoais decorra do consentimento do titular, a idade mínima para prestação de consentimento válido passou a ser 16 anos.

Na 2ª parte do n.º 1 do artigo 8.º do RGPD, o legislador comunitário previu ainda que «[O]s Estados-Membros podem dispor no seu direito uma idade inferior para os efeitos referidos, desde que essa idade não seja inferior a 13 anos.» (artigo 8.º, n.º 1, 2.ª parte, do RGPD). Prossegue no n.º 2, estabelecendo que «[N]esses casos, o responsável pelo tratamento envia todos os esforços

¹¹ Nos termos do artigo 1.º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, «criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo.»

adequados para verificar que o consentimento foi dado ou autorizado pelo titular das responsabilidades parentais da criança, tendo em conta a tecnologia disponível.» Por último, prevê-se que o disposto em matéria de consentimento de crianças em relação aos serviços da sociedade da informação «não afeta o direito contratual geral dos Estados-Membros, com as disposições que regulam a validade, a formação ou os efeitos de um contrato em relação a uma criança» (n.º 3).

O preceito contido no artigo 8.º do RGPD não carece de execução. De facto, o disposto no artigo 8.º, n.º 1, 1ª parte, tem efeito direto imediato nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros.

A este propósito importa lembrar que a proteção dos menores nos serviços digitais é tema da maior importância e ao qual o legislador europeu, na construção do mercado único digital, concede especial atenção, com destaque, entre outros instrumentos, para a Diretiva do Comércio Eletrónico¹² - transposta para o ordenamento jurídico português, pelo Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro –, o Regulamento Geral de Proteção de Dados, e a Diretiva Serviços de Comunicação Social Audiovisual¹³ - cuja transposição se aguarda.

O RGPD, no Considerando 38, afirma que «[A]s crianças merecem proteção especial quanto aos seus dados pessoais, uma vez que podem estar menos cientes dos riscos, consequências e garantias em questão e dos seus direitos relacionados com o tratamento dos dados pessoais. Essa proteção específica deverá aplicar-se, nomeadamente, à utilização de dados pessoais de crianças para efeitos de comercialização ou de criação de perfis de personalidade ou de utilizador, bem como à recolha de dados pessoais em relação às crianças aquando da utilização de serviços disponibilizados diretamente às crianças». (sublinhado nosso)

¹² Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno («Diretiva sobre comércio eletrónico»)

¹³ Diretiva (UE) 2018/1808, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018, que altera a Diretiva 2010/13/UE relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros respeitantes à oferta de serviços de comunicação social audiovisual (Diretiva Serviços de Comunicação Social Audiovisual), para a adaptar à evolução das realidades do mercado. Com relevância para esta pronúncia, refletindo a preocupação do legislador europeu com a proteção de dados pessoais das crianças, dispõe o ns.1 1 e 2 do artigo 6.º-A, e ns.º 1, e 3 e do artigo 28.º- B, que os Estados-Membros tomam as medidas adequadas para a proteção de menores quanto a conteúdos suscetíveis de prejudicar o desenvolvimento físico, mental ou moral dos menores prestados por fornecedores de serviços de comunicação social/plataformas de partilha de vídeos, e que os dados pessoais de menores recolhidos ou gerados pelos fornecedores de serviços de comunicação social/de plataformas de partilha de vídeos, para efeitos de criação e utilização de sistemas de verificação da idade dos utilizadores/disponibilização de sistemas de controlo parental, que estejam sob o controlo dos utilizadores finais, não podem ser tratados para efeitos comerciais, como o marketing direto, a definição de perfis ou a publicidade orientada em função do comportamento. Esta Diretiva aguarda transposição para o ordenamento jurídico português.

Conforme entendimento do Grupo de Trabalho do Artigo 29.º (doravante, GT29), vertido nas Orientações relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679¹⁴, «[A] expressão ‘nomeadamente’ indica que a proteção específica não se limita à comercialização ou definição de perfis, incluindo também a ‘recolha de dados pessoais em relação às crianças’ mais abrangente.» Segundo o GT29, «[C]omparado com a [atual] diretiva, o RGPD cria mais um nível de proteção quando os dados pessoais de pessoas singulares vulneráveis, em especial crianças, são tratados. O artigo 8.º introduz obrigações adicionais para assegurar um nível reforçado de proteção dos dados das crianças em relação aos serviços da sociedade da informação.» (sublinhado nosso).

A proteção especial conferida pelo RGPD aos menores traduz-se no estabelecimento de obrigações adicionais: na obrigação de as informações/comunicações destinadas às crianças, na qualidade de público/titulares de dados, deverem «estar redigidas numa linguagem clara e simples que a criança compreenda facilmente» (considerando 58 e artigo 12.º, n.º 1); na consideração do risco para os direitos e liberdades das pessoas «quando forem tratados dados relativos a pessoas singulares vulneráveis, em particular crianças» (considerando 75); na possibilidade de as associações e outros organismos representantes de categorias de responsáveis pelo tratamento de dados pessoais, a fim de especificar a aplicação do RGPD, por exemplo, no que toca às «informações prestadas às crianças e a sua proteção, e o modo pelo qual o consentimento do titular das responsabilidades parentais da criança deve ser obtido» [artigo 40.º, n.º 2, alínea g)]; e, ainda, no que diz especificamente respeito às condições aplicáveis ao consentimento de crianças em relação aos serviços da sociedade da informação (artigo 8.º do RGPD).

Ainda nos termos do RGPD (artigo 4.º, n.º 25), «serviços de sociedade da informação» são serviços definidos no artigo 1.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva (UE) 2015/1535 do Parlamento Europeu e do Conselho: «qualquer serviço prestado, normalmente mediante remuneração, à distância, por via eletrónica e mediante pedido individual de um destinatário de serviços». O Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, define como serviço da sociedade de informação «qualquer serviço prestado a distância por via eletrónica, mediante remuneração ou pelo menos no âmbito de uma atividade económica na sequência de pedido individual do destinatário» (artigo 3.º, n.º 1).

Adicionalmente, o GT 29 entende que «a prestação de serviços em linha insere-se no âmbito da expressão serviços da sociedade da informação que consta do artigo 8.º do RGPD.» Mais à frente, afirma que, ao abrigo do disposto no n.º 3 do artigo 8.º do RGPD, «os requisitos para obter um consentimento válido para a utilização de dados acerca de crianças fazem parte de um quadro

¹⁴ Adotadas em 28 de novembro de 2017. Última redação revista e adotada em 10 de abril de 2018. Disponível em https://www.cnpd.pt/bin/rgpd/docs/wp259rev0.1_PT.pdf

jurídico que deve ser considerado diferente do direito contratual nacional. Assim sendo, as presentes orientações não abordam a questão de saber se é lícito para um menor celebrar contratos em linha. Estes dois regimes jurídicos podem ser aplicáveis em simultâneo e o âmbito do RGPD não inclui a harmonização das disposições nacionais de direito contratual.» Segundo o GT 29, a «inclusão da expressão ‘oferta direta [...] às crianças’ indica que o artigo 8.º se destina a ser aplicado a alguns, mas não todos, os serviços da sociedade da informação. A este respeito, se um prestador de serviços da sociedade da informação deixar bem claro aos potenciais utilizadores que só oferece os seus serviços a pessoas com 18 anos ou mais e se este facto não for refutado por outros elementos de prova (tais como o conteúdo do sítio ou planos de comercialização), então o serviço não será considerado como uma ‘oferta direta às crianças’ e o artigo 8.º não é aplicável.»

O consentimento do titular de dados pessoais é uma das condições de legitimidade para o tratamento de dados pessoais [cfr. artigo 6.º, n.º 1, alínea a) do RGPD]], definindo o RGPD as condições específicas, em matéria de forma e pressupostos, para um consentimento válido e legitimante do tratamento de dados pessoais (artigo 7.º RGPD). Enquanto declaração de vontade com efeitos jurídicos, o consentimento poderá ser validamente prestado por quem tenha capacidade de exercício de direitos, o que, salvo exceção, se alcança, no sistema jurídico português, aos 18 anos.

2.2. Artigo 16.º da Proposta de LPD. Pronúncia da ERC

CAPÍTULO V

Disposições especiais

Artigo 16.º

Consentimento de menores

- 1 - Nos termos do artigo 8.º do RGPD, os dados pessoais de crianças só podem ser objeto de tratamento com base no consentimento previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 6.º do RGPD e relativo à oferta direta de serviços da sociedade de informação quando as mesmas já tenham completado treze anos de idade.
- 2 - Caso a criança tenha idade inferior a treze anos, o tratamento só é lícito se o consentimento for dado pelos representantes legais desta, preferencialmente com recurso a meios de autenticação segura, como o Cartão de Cidadão ou a Chave Móvel Digital.

[Extrato da Proposta de Lei n.º 120/XIII/3º (GOV)]

Entendeu o legislador português usar a prerrogativa prevista na 2ª parte do n.º 1 do artigo 8.º do RGPD, propondo-se estabelecer abaixamento da idade mínima para prestar consentimento válido face à oferta direta de serviços da sociedade de informação.

Desde logo, parece-nos que a redação do artigo é equívoca face ao âmbito e alcance do artigo 8.º do RGPD, como o é a sua epígrafe, considerando que as condições estabelecidas pelo artigo para o consentimento de menores se reportam apenas à oferta direta dos serviços da sociedade da informação.

Enquanto declaração de vontade juridicamente relevante – que pressupõe a capacidade jurídica para o exercício de direitos – o consentimento para o tratamento de dados pessoais encontra-se sujeito às normas do RGPD e às regras gerais previstas no ordenamento interno.

No ordenamento jurídico português, a capacidade de exercício de direitos adquire-se aos 18 anos (122.º, 123.º e 129.º do Código Civil), sendo excecionais as situações em que os atos praticados por um menor de idade são suscetíveis de ter efeitos jurídicos, casos em que a idade mínima relevante são os 16 anos precisamente em homenagem à proteção dos interesses do menor (cfr., por exemplo, o artigo 127.º do Código Civil, relativamente às exceções à incapacidade dos menores; o artigo 2189.º, quanto à incapacidade para testar; o artigo 1601.º, quanto à capacidade para contrair matrimónio; o artigo 11.º da Lei da Liberdade Religiosa, quanto ao direito de realizar por si as escolhas relativas a liberdade de consciência, de religião e de culto; o artigo 19.º do Código Penal quanto à inimputabilidade criminal em razão da idade).

Assim, à luz do princípio da coerência do sistema jurídico português e dos interesses de proteção dos menores, não se vislumbram fundamentos para a proposta de abaixamento para os 13 anos da idade para um consentimento válido, quando se trata de dispor de direitos fundamentais, constitucionalmente tutelados, num ambiente em que a criança é, precisamente, objeto de proteção especial, como o dos serviços em linha.

Nesta matéria, recomenda-se que o legislador português procure sustentar alterações do quadro legislativo atualmente em vigor em estudos com evidências robustas, e também através de consulta junto das entidades relevantes, no sentido de alcançar a melhor e mais legítima solução legislativa, no interesse dos menores e em homenagem ao princípio da coerência do sistema jurídico¹⁵.

¹⁵ Um ano volvido sobre a entrada em vigor do RGPD, recomenda-se que o legislador português proceda a um levantamento comparativo das soluções encontradas nos Estados-Membros, em matéria de idade mínima para

Lisboa, 20 de maio de 2019

O Conselho Regulador,

Sebastião Póvoas

Mário Mesquita

Francisco Azevedo e Silva

João Pedro Figueiredo