

A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA UNIÃO EUROPEIA: DESAFIOS E PERSPETIVAS NA ERA DIGITAL

Personal data protection in the European Union: Challenges and perspectives in the digital age

Eugénio Lucas¹

Instituto Politécnico de Leiria

DOI: <https://doi.org//10.62140/EL7292025>

Sumário: 1. Introdução; 2. Conceito de conteúdo essencial dos direitos fundamentais; 3. Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia; 4. Considerações Finais.

Resumo: O avanço tecnológico e a digitalização de informação têm gerado uma crescente preocupação em relação à proteção de dados pessoais e ao direito à privacidade na União Europeia (UE). A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) reflete a tensão existente entre a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, especialmente o direito à privacidade e à proteção de dados e as novas formas de processamento e compartilhamento de dados que emergem na era digital. Este artigo procura explorar como o TJUE tem abordado essa questão e identificar alguns desafios que ainda persistem, nomeadamente a definição de conteúdo essencial e de limitação desses direitos fundamentais.

A investigação revelou que a jurisprudência do TJUE desempenha um papel crucial na modelagem da proteção de dados na UE. Decisões como a dos casos

¹ Professor Coordenador Principal, ESTG, Instituto Politécnico de Leiria; Instituto Jurídico Portucalense - Polo de Leiria. Doutorado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9795-1707> E-mail: eugenio.lucas@ipleiria.pt

“Google Spain SL” e “Schrems” destacam o impacto das decisões do TJUE na definição de limites e responsabilidades das empresas no tratamento de dados pessoais e revelam que o TJUE está atento às ameaças à privacidade e às implicações de um ambiente digital em constante mudança.

As conclusões deste estudo enfatizam a importância de um marco regulatório robusto e fluido que possa responder não apenas aos desafios atuais, mas também às incertezas futuras em relação à proteção de dados na UE. Recomenda-se a criação de mecanismos mais eficazes de fiscalização e a harmonização das legislações nacionais com as decisões do TJUE e a necessidade de investir em educação e conscientização sobre a importância da privacidade e da proteção de dados, tanto para os cidadãos quanto para as empresas e organizações.

Palavras-chave: Proteção de dados pessoais; Conteúdo essencial dos direitos fundamentais; Regulamento Geral de Proteção de Dados; Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Summary: 1. Introduction; 2. Concept of essential content of fundamental rights; 3. Case law of the Court of Justice of the European Union; 4. Final Considerations.

Abstract: Technological advances and the digitalization of information have generated growing concerns regarding the protection of personal data and the right to privacy in the European Union (EU). The case law of the Court of Justice of the European Union (CJEU) reflects the tension between the protection of individuals' fundamental rights, especially the right to privacy and data protection, and the new forms of data processing and sharing that emerge in the digital age. This article seeks to explore how the CJEU has approached this issue and to identify some

challenges that still persist, namely the definition of essential content and limitations of these fundamental rights.

The research revealed that CJEU case law plays a crucial role in shaping data protection in the EU. Decisions such as the “Google Spain SL” and “Schrems” cases highlight the impact of CJEU decisions in defining the limits and responsibilities of companies in the processing of personal data and reveal that the CJEU is attentive to threats to privacy and the implications of an ever-changing digital environment.

Thus, the conclusions of this study emphasize the importance of a robust and fluid regulatory framework that can respond not only to current challenges but also to future uncertainties regarding data protection in the EU. It is recommended that more effective monitoring mechanisms be created and that national legislation be harmonized with the decisions of the CJEU and that there is a need to invest in education and awareness-raising on the importance of privacy and data protection, both for citizens and for companies and organizations.

Keywords: Protection of personal data; Essential content of fundamental rights; General Data Protection Regulation; Charter of Fundamental Rights of the European Union.

Introdução

A crescente digitalização e o uso intensivo de dados pessoais pelas empresas, organizações, instituições governamentais e particulares têm suscitado preocupações significativas sobre a proteção dos direitos fundamentais, particularmente no que se refere à privacidade e ao tratamento de dados.

Na União Europeia (UE) a proteção dos direitos fundamentais é uma questão basilar, nomeadamente no contexto da evolução tecnológica e da digitalização que pode colocar em risco a privacidade e a proteção de dados pessoais.

Para proteger estes direitos tem sido criada legislação específica nesta matéria e a aplicação e interpretação das normas sobre proteção de dados e privacidade são frequentemente discutidas no Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), cujas decisões têm implicações significativas na proteção dos direitos fundamentais.

Neste artigo pretendemos analisar como o TJUE aborda a conciliação entre inovação tecnológica e a proteção dos direitos fundamentais, especialmente a privacidade dos cidadãos europeus e explorar a eficácia das decisões do TJUE na garantia desses direitos, analisando os desafios e as oportunidades na implementação e harmonização das normas de proteção de dados entre os Estados-Membros da UE, nomeadamente a definição de conteúdo essencial desses direitos e liberdades.

A metodologia adotada nesta investigação é de natureza analítica e descritiva, utilizando uma abordagem qualitativa. A recolha de dados inclui a análise de decisões relevantes proferidas pelo TJUE, bem como o estudo da legislação europeia pertinente, como a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) e o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD).

A entrada em vigor do Tratado da União Europeia (TUE) e da CDFUE em 2009 desenhou um novo panorama jurídico para a proteção de dados pessoais na UE. A consagração no artigo 8.º do direito à proteção de dados pessoais, e no artigo 7.º do direito ao respeito pela vida privada, como direitos fundamentais autónomos constituiu uma novidade a nível europeu².

No presente artigo serão abordadas duas questões dentro da temática geral da proteção e privacidade de dados: o conceito de conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a inter-relação entre respeito pela vida privada e a proteção dos dados de carácter pessoal, ambas as análises numa perspetiva doutrinal e jurisprudencial.

² Sobre a origem do direito à proteção de dados na UE v. FUSTER, Gloria González. *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*. Cham: Springer, 2014.

Conceito de conteúdo essencial dos direitos fundamentais

O enquadramento legal em matéria de proteção de dados pessoais e do direito à privacidade na UE encontra-se em múltiplos diplomas legais³. Neste capítulo analisaremos apenas a relevância da CDFUE⁴ e do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD)⁵ na temática em análise.

A CDFUE foi proclamada a 7 de dezembro de 2000, sem efeito jurídico vinculativo, constituindo na sua essência um compromisso político, mas que o TJUE rapidamente a reconheceu como fonte de direito⁶. Em 12 de dezembro de 2007, depois de ter sido adaptada para que se tornasse juridicamente vinculativa com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa (assinado a 13 de dezembro de 2007) foi proclamada pela segunda vez, tendo entrado em vigor conjuntamente com o Tratado de Lisboa a 1 de dezembro de 2009.

O RGPD foi publicado a 27 de abril de 2016 e entrou em vigor a 25 de maio de 2018 e é um regulamento de cumprimento obrigatório que concede aos cidadãos um conjunto de direitos relativos aos seus dados pessoais, os quais podem ser exercidos junto das entidades que os processam e armazenam.

Efetivamente no seguimento da criação da CDFUE, surgiu a necessidade de reforçar a proteção de dados, prevista no seu art.º 8.º, e de harmonizar a legislação existente nos Estados-Membros, criando as bases para o mercado único digital. Também a jurisprudência do TJUE criou novos princípios nesta matéria, como, por exemplo, o direito ao esquecimento⁷, que era importante consolidar num novo regime

³ FRA - European Union Agency for Fundamental Rights. Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados. Disponível em https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-coe-edps-2018-handbook-data-protection_pt.pdf

⁴ Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2016/C 202/02). JO C 202 de 7.6.2016, p. 389-405.

⁵ Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

⁶ SILVEIRA, Alexandra. *Do âmbito de aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: recai ou não recai? - Eis a questão!* Revista Julgar, n.º 22, 2014, pp. 179-209.

⁷ Processo C-131/12, Google Spain SL e Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González, 13 de maio de 2014.

normativo. Estas duas realidades contribuirão decisivamente para a criação do RGPD.

No seu artigo 7.º a CDFUE consagra o respeito pela vida privada e no seu artigo 8.º proteção dos dados de carácter pessoal, sendo que ambos estes direitos podem ser limitados nos termos do artigo 52.º n.º 1 da CDFUE, que estabelece que os direitos fundamentais da UE, como o respeito pela vida privada e à proteção dos dados pessoais, podem ser limitados se as limitações em causa forem previstas por lei, se respeitarem o conteúdo essencial desses direitos e liberdades e se cumprirem o princípio da proporcionalidade.

Embora muito se tenha escrito sobre o princípio da proporcionalidade, menor atenção tem sido dada à segunda condição do artigo 52.º, n.º 1 da CDFUE, o conteúdo essencial e revela-se assim fundamental na análise deste conceito.

Ainda sobre as possíveis limitações refere o artigo 52.º n.º 7 “Os órgãos jurisdicionais da União e dos Estados-Membros têm em devida conta as anotações destinadas a orientar a interpretação da presente Carta”, sendo que estas anotações⁸ incluem mais detalhes sobre possíveis limitações permitidas aos direitos fundamentais da UE.

Assim, os direitos garantidos no artigo 7.º da CDFUE correspondem aos garantidos pelo artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) e este direito tem um sentido e um âmbito igual, com as mesmas limitações, às do artigo correspondente da CEDH⁹.

Relativamente ao artigo 8.º da CDFUE as anotações referem que este artigo se baseou no artigo 286.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia, na Diretiva 95/46/CE¹⁰ (já revogada), bem como no artigo 8.º da CEDH e na Convenção do

⁸ Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais, JO C 303 de 14.12.2007

⁹ Anotação ad artigo 7.º, Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais, JO C 303 de 14.12.2007

¹⁰ 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. JO L 281 de 23.11.1995, p. 31-50.

Conselho da Europa para a Proteção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carácter Pessoal, de 28 de janeiro de 1981.

No que respeita ao artigo 52.º da CDFUE as anotações referem que “a fórmula utilizada inspira-se na jurisprudência do Tribunal de Justiça”¹¹. Efetivamente o TJUE em 2000, antes da criação da CDFUE, já referia “segundo jurisprudência bem assente, podem ser introduzidas restrições ao exercício desses direitos, designadamente no âmbito de uma organização comum de mercado, desde que essas restrições correspondam, efectivamente, a objectivos de interesse geral prosseguidos pela Comunidade e não constituam, face a esses objectivos, uma intervenção desproporcionada e intolerável, susceptível de atentar contra a própria essência desses direitos”¹².

Os referidos interesses gerais reconhecidos pela UE, que podem justificar limitações, abrangem tanto os objetivos referidos no artigo 3.º do TUE como outros interesses protegidos por disposições específicas dos Tratados, como o artigo 4.º, n.º 1 do TUE e os artigos 35.º, n.º 3, 36.º e 346.º Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Mas as referências ao conceito de conteúdo essencial não se limitam ao artigo 52.º, n.º 1 da CDFUE, mas estão também presentes em disposições de direito secundário como o RGPD, que contém três normas sobre a necessidade de respeitar o conteúdo essencial, que se referem a uma exigência que deve ser cumprida pelo legislador e estabelecem uma relação entre a obrigação de legislar em alguns casos e a necessidade de legislar respeitando a essência dos direitos fundamentais relevantes.

O artigo 9.º do RGPD, sobre o tratamento de categorias especiais de dados pessoais, dispõe no seu n.º 2 alínea g) que se o tratamento for necessário por motivos de interesse público importante, com base no direito da UE ou de um Estado-Membro, que deve ser proporcional ao objetivo visado e “respeitar a essência do

¹¹ Anotação ad artigo 52.º, Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais, JO C 303 de 14.12.2007

¹² Processo C-292/97, Kjell Karlsson e o., 13 de abril de 2000, parágrafo 45.

direito à proteção dos dados pessoais”. No mesmo artigo, no n.º 2 alínea j) relativo a fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica, ou histórica, ou para fins estatísticos, em conformidade com o artigo 89.º, n.º 1, com base no direito da UE ou de um Estado-Membro, refere que deve ser proporcional ao objetivo visado e “respeitar a essência do direito à proteção dos dados pessoais”. Em terceiro lugar o artigo 23.º n.º 1 do RGPD define que o direito da UE ou dos Estados-Membros podem limitar por medida legislativa o alcance de certas obrigações e direitos “desde que tal limitação respeite a essência dos direitos e liberdades fundamentais e constitua uma medida necessária e proporcionada numa sociedade democrática para assegurar”, se estiver em conformidade com outros requisitos previstos no artigo 23.º.

A referida segunda condição do artigo 52.º, n.º 1 da CDFUE, o conteúdo essencial dos direitos e liberdades reconhecidos pela CDFUE, também prevista no artigo 9.º e 23.º do RGPD não deve ser analisado isoladamente de um contexto constitucional mais amplo, em concreto do direito constitucional dos Estados-Membros da UE, onde há Constituições que contêm cláusulas gerais sobre limitações de direitos fundamentais que fazem referência expressa à proteção da essência, outras Constituições incluem cláusulas de limitação geral que não incluem tais referências específicas, e ainda outras Constituições não contêm uma cláusula global de proteção, mas preveem limitações específicas em relação aos direitos individuais¹³.

É na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949 que encontramos a origem do conceito de conteúdo essencial quando refere “Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência”¹⁴. Muitas outras Constituições europeias, como a portuguesa¹⁵, ou a espanhola¹⁶, também vêm posteriormente a abordar esta questão.

¹³ Para uma visão global v. TRIDIMAS, Takis; GENTILE, Giulia. *The Essence of Rights: An Unreliable Boundary?*. German Law Journal, 20, 2019, pp. 794-816. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/glj.2019.63>

¹⁴ Artigo 19.º, n.º 2, Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, 1949.

¹⁵ Artigo 18.º, n.º 3, Constituição da República Portuguesa, 1976.

¹⁶ Artigo 53.º, n.º 1, Constituição Espanhola, 1978.

Além dos tribunais, nomeadamente o TJUE, também as instituições e os organismos europeus e autores discutem o conceito de conteúdo essencial do direito. A Autoridade Europeia para a Proteção de Dados descreveu o não respeito da essência como implicando que um direito “is in effect emptied of its basic content and the individual cannot exercise”¹⁷, o que parece confundir, pelo menos parcialmente, a exigência de respeitar a essência de um direito com a possibilidade de exercer um direito.

Pela negativa Brkan entende que a essência de um direito fundamental pode ser considerada como não respeitada quando “the interference with the fundamental right calls into question the existence of the fundamental right either for a particular right holder or for all right holders and if overriding reasons for such interference do not exist”¹⁸.

Para Ojanen, a única forma possível de definir a essência de um direito fundamental é “by taking into account carefully the normative elements of each fundamental right and the characteristics of a particular case”¹⁹ e entende também que “the essence of a fundamental right cannot usually be determined in light of its textual formulation in the Charter”²⁰, mas que “the identification of the essence is a matter of contextual, moment-to-moment interpretation”²¹.

No essencial existem duas teorias principais relativas ao conceito de essência dos direitos fundamentais. Para a teoria absoluta, todo o direito fundamental tem um núcleo intocável, que o coloca fora do âmbito de aplicação do princípio da proporcionalidade. A teoria relativa constrói a essência como um conceito

¹⁷ EDPS, *Guidelines on the assessment of the proportionality of measures that limit the fundamental rights to privacy and to the protection of personal data*, 19 December 2019. Disponível em: https://www.edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/guidelines/edps-guidelines-assessing-proportionality-measures_en, p. 8.

¹⁸ BRKAN, Maja. *The concept of essence of fundamental rights in the EU legal order: Peeling the onion to its core*. *European Constitutional Law Review*, 14(2), 2018, p. 363.

¹⁹ OJANEN, Tuomas. *Making the essence of fundamental rights real: the Court of Justice of the European Union clarifies the structure of fundamental rights under the Charter: ECJ 6 October 2015, Case C-362/14, Maximilian Schrems v Data Protection Commissioner*. *European Constitutional Law Review*, 12(2), 2016, p. 326.

²⁰ Idem.

²¹ Idem.

redundante, partindo da premissa de que todas as interferências nos direitos fundamentais podem ser determinadas com a aplicação do princípio da proporcionalidade e questiona a utilidade e o valor acrescentado do conceito de essência²².

Nesta divisão doutrinal entendemos que a noção de essência, tal como está consagrada no artigo 52.º n.º 1 da CDFUE, deve ser interpretada como um conceito constitucional independente, que não faz parte do princípio da proporcionalidade. Uma análise do texto do artigo 52.º n.º 1 da CDFUE é clara nesta matéria ao referir “respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades” e a observância do princípio da proporcionalidade está referido numa diferente frase do mesmo artigo. Igualmente a jurisprudência do TJUE antes e depois da CDFUE, analisada no próximo capítulo, é clara ao reconhecer o conceito de essência como um conceito independente. Um terceiro argumento é o de que a essência atua como uma defesa extra contra as interferências mais graves e evidentes nos direitos fundamentais, para as quais não há justificação possível e por isso não é possível estabelecer um equilíbrio de proporcionalidade, o que pode resultar no comprometimento da essência de um direito fundamental²³.

Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

Como já analisado supra o TJUE em 2000, antes da aprovação da CDFUE em 2009, já defendia a obrigação de se respeitar a própria essência dos direitos fundamentais²⁴. Igualmente antes da consagração do direito à vida privada na CDFUE, o TJUE já se tinha referido ao direito ao respeito pela vida privada, como um direito fundamental protegido pela ordem jurídica da UE, tendo de seguida referido que o Estado-Membro pode adotar medidas suscetíveis de limitar as

²² BRKAN, Maja. *The Essence of the Fundamental Rights to Privacy and Data Protection: Finding the Way Through the Maze of the CJEU's Constitutional Reasoning*. German Law Journal, 20, 2019, pp. 866-867. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/glj.2019.66>

²³ Idem, pp. 867-869.

²⁴ Processo C-292/97, Kjell Karlsson e o., 13 de abril de 2000, parágrafo 45.

liberdades do Tratado, se essas medidas se justificarem em conformidade com o direito da UE, lido à luz dos direitos fundamentais da UE²⁵.

Depois da criação da CDFUE e do RGPD, o TJUE continua a ter uma função essencial no aprofundamento da proteção de dados pessoais e do direito à privacidade na UE. Uma decisão do TJUE, já clássica nesta temática, resultou do processo Google Spain²⁶ em que o cidadão espanhol M. Costeja González requereu à Google Spain ou à Google Inc. que suprimissem ou ocultassem notícias relativas à venda de imóveis em hasta pública decorrente de um arresto com vista à recuperação de dívidas à Segurança Social, que mencionava o nome de M. Costeja González e alegava que o processo de arresto, de que fora objeto, tinha sido completamente resolvido há vários anos e que a referência ao mesmo carecia atualmente de pertinência.

Este caso estabeleceu o direito ao esquecimento, reforçando que os indivíduos têm a autoridade para solicitar a remoção de informações pessoais irrelevantes ou prejudiciais dos motores de busca²⁷. Um dos direitos que o RGPD veio a consagrar, o direito ao apagamento dos dados (“direito a ser esquecido”), teve diversas influências na sua criação, nomeadamente da ordem jurídica francesa (*droit à l’oubli*)²⁸ e do acórdão Google Spain do TJUE²⁹.

Mas este acórdão discutiu muitas outras questões relevantes. Entendeu, por exemplo, que o direito ao esquecimento digital não é um direito fundamental absoluto. Refere o TJUE que em caso de litígio com a liberdade de informação há que procurar “um justo equilíbrio, designadamente, entre esse interesse e os direitos

²⁵ Processo C-62/90, Comissão das Comunidades Europeias v. República Federal da Alemanha, 08 de abril de 1992, parágrafo 23.

²⁶ Processo C-131/12, Google Spain SL e Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González, 13 de maio de 2014.

²⁷ Processo C-131/12, Google Spain SL e Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González, 13 de maio de 2014, parágrafos 97 e 99.

²⁸ CASTELLANO, Pere Simón. *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la EU. Efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014*. Madrid: Bosch, 2015. p. 230.

²⁹ Processo C-131/12, Google Spain SL e Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González, 13 de maio de 2014, parágrafo 81.

fundamentais dessa pessoa nos termos dos artigos 7.º e 8.º da Carta³⁰, o que revela por parte do TJUE uma defesa abrangente dos direitos à privacidade dos dados, incluindo o direito a ser esquecido, que teve grande impacto na liberdade de empreender uma atividade económica e na liberdade de expressão e de informação, que vem limitar o âmbito de aplicação do artigo 11.º da CDFUE.

Neste acórdão o TJUE decidiu ainda que a atividade dos operadores dos motores de busca da internet, ainda que estabelecidos fora da UE, que incide sobre dados pessoais está sujeita à respetiva disciplina legal da UE (na altura a Diretiva 95/46/CE)³¹.

Relativamente à questão do conceito de conteúdo essencial do direito à vida privada e à proteção dos dados de carácter pessoal o TJUE abordou esta questão pela primeira vez no processo Digital Rights Ireland³². Neste processo os pedidos de decisão prejudicial têm por objeto a validade da Diretiva 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2006, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações.

Na sua decisão o TJUE invalidou a diretiva com o fundamento de que a mesma violava os direitos fundamentais à privacidade e à proteção de dados³³. Na fundamentação a análise da essência do direito fundamental à reserva da vida privada situa-se na parte do acórdão relativa à justificação da ingerência em ambos os direitos fundamentais acima referidos, não sendo este conceito de essência a justificação fulcral do acórdão para a decisão tomada, mas considerando que o núcleo essencial do direito fundamental à proteção de dados estaria salvaguardado³⁴.

³⁰ Idem, parágrafo 81.

³¹ Idem, parágrafos 55, 56.

³² Processos apensos C-293/12 e C-594/12, Digital Rights Ireland Ltd contra Minister for Communications, Marine and Natural Resources e o. e Kärntner Landesregierung e o., 8 de abril de 2014.

³³ Idem, parágrafos 69, 73.

³⁴ Idem, parágrafos 38, 40.

O TJUE determinou que, apesar de a conservação de dados imposta pela Diretiva 2006/24 representar uma ingerência particularmente grave nos direitos fundamentais à privacidade e proteção de dados pessoais, ela não comprometia o conteúdo essencial desses direitos. Mas ainda que o núcleo essencial estivesse salvaguardado, a legislação era desproporcionada e foi este o entendimento do TJUE que esteve na base da declaração de invalidade da Diretiva 2006/24.

No processo *Tele2 Sverige AB*³⁵, sobre a interpretação do artigo 15.º da Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas, o TJUE continua sem encontrar uma interferência na essência da violação, mas sim uma interferência particularmente grave nos direitos fundamentais dos artigos 7.º e 8.º da CDFUE, mas existe uma tensão jurídica no seu raciocínio sobre o contributo do essencial do direito violado.

O TJUE considerou que a conservação de categorias tão amplas de dados violava o princípio da proporcionalidade. O relatório considerou que, embora o combate eficaz ao crime dependa fortemente da utilização de técnicas de investigação modernas, tal objetivo não poderia, por si só, justificar uma legislação que preveja a retenção geral e indiscriminada de todos os dados de tráfego e localização. Neste acórdão o TJUE recorda que “qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades por ela reconhecidos deve estar prevista por lei e respeitar o seu conteúdo essencial”³⁶, mas sobrepõe-se o peso do princípio da proporcionalidade na decisão³⁷.

No processo *Schrems*³⁸ o TJUE chamado a pronunciar-se sobre a interpretação, à luz dos artigos 7.º, 8.º e 47.º da CDFUE, dos artigos 25.º, n.º 6, e 28.º da 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

³⁵ Processos apensos C-203/15 e C-698/15, *Tele2 Sverige AB* contra *Post- och telestyrelsen* e *Secretary of State for the Home Department* contra *Tom Watson* e o., 21 de dezembro de 2016.

³⁶ *Idem*, parágrafos 94, 101.

³⁷ *Idem*, parágrafos 94, 96, 116.

³⁸ Processo C-362/14, *Maximilian Schrems* contra *Data Protection Commissioner*, 6 de outubro de 2015.

dados pessoais e à livre circulação desses dados, questionado se os princípios do “porto seguro” garantiam um nível adequado de proteção dos dados pessoais transferidos da UE para os EUA e, conseqüentemente, se a Decisão da Comissão 2000/520/CE³⁹ é válida.

A Decisão 2000/520/CE consagrava o primado dos “requisitos de segurança nacional, interesse público ou [cumprimento da lei]” sobre os princípios de porto seguro, primado por força do qual as organizações americanas autocertificadas que recebem dados pessoais da UE estão obrigadas a afastar, sem limitação, esses princípios quando estes últimos entrem em conflito com aqueles requisitos e se revelem, portanto, incompatíveis com os mesmos⁴⁰.

Este caso surge depois revelações de Edward Snowden de que a Agência de Segurança Nacional dos EUA obteve acesso à grande quantidade de dados que foram transferidos para empresas e organizações dos EUA ao abrigo dos princípios do “porto seguro”.

A fundamentação com base na essência atingiu o seu auge no processo Schrems em que o TJUE na sua análise considerou que a “regulamentação que permita às autoridades públicas aceder de modo generalizado ao conteúdo das comunicações eletrónicas deve ser considerada lesiva do conteúdo essencial do direito fundamental ao respeito da vida privada, tal como é garantido pelo artigo 7.º da CDFUE”⁴¹, indo assim em sentido diverso da jurisprudência Digital Rights Ireland, mas Tribunal chegou a esta conclusão depois de já ter decidido que a medida em questão não está em conformidade com o princípio da proporcionalidade⁴². Em conclusão o TJUE entende que a Decisão 2000/520/CE é inválida, com um

³⁹ Decisão da Comissão 2000/520/CE, de 26 de julho de 2000, nos termos da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e relativa ao nível de proteção assegurado pelos princípios de «porto seguro» e pelas respetivas questões mais frequentes (FAQ) emitidos pelo Departamento of Commerce dos Estados Unidos da América.

⁴⁰ Processo C-362/14, Maximilian Schrems contra Data Protection Commissioner, 6 de outubro de 2015, parágrafo 86.

⁴¹ Idem, parágrafo 94.

⁴² Idem, parágrafo 92, 93.

contributo significativo do conceito de essência nessa fundamentação, tendo, pela primeira vez, declarado uma decisão inválida por interferir na essência de um direito

Em síntese nos processos Digital Rights Ireland e Tele2 Sverige AB a distinção entre uma violação grave ou particularmente grave de um direito e uma violação da sua essência é tão ténue que se torna praticamente impossível de ser traçada. Já no processo Schrems a violação da essência aproxima-se perigosamente da extinção do direito.

A identificação da essência pode também tornar-se relevante no equilíbrio dos diferentes direitos. O artigo 52.º, n.º 1 da CDFUE ao definir o âmbito da proporcionalidade estabelece que os direitos podem ser limitados quando é necessário proteger os direitos e liberdades de terceiros. Em caso de direitos concorrentes a essência de cada um deve ser protegida e o equilíbrio ocorre dentro da zona de conflito das periferias sobrepostas. Neste contexto, porém, as referências à essência têm sido escassas⁴³. Não foi feita qualquer referência, por exemplo, no já referido processo Google Spain⁴⁴, num conflito entre direito à informação e direito ao esquecimento.

No mesmo sentido, no processo Associação Sindical dos Juízes Portugueses⁴⁵ o TJUE utilizou o conceito de essência em relação aos valores fundamentais da UE previstos no artigo 2.º do TUE ao considerar que própria existência de uma fiscalização jurisdicional efetiva faz parte da essência do Estado de direito enquanto valor da UE⁴⁶.

Mais recentemente, no processo La Quadrature du Net relativo à existência de uma justificação ao abrigo do artigo 15.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58 para

⁴³ TRIDIMAS, Takis; GENTILE, Giulia. Op. cit., p. 808.

⁴⁴ Processo C-131/12, Google Spain SL e Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González, 13 de maio de 2014.

⁴⁵ Processo C-64/16, Associação Sindical dos Juízes Portugueses contra Tribunal de Contas, 27 de fevereiro de 2018, parágrafo 36.

⁴⁶ A versão portuguesa do considerando 36 não se refere a “essência” mas a “inerente”. V. “...é inerente a um Estado de direito”. O mesmo sucede com a versão francesa e espanhola “...est inhérente à un État de droit”, “... es inherente a un Estado de Derecho”, ao contrário da versão inglesa “... of the essence of the rule of law”.

o acesso de uma autoridade pública a dados relativos à identidade civil correspondente a um endereço IP conservados pelos prestadores de serviços de comunicações eletrónicas para efeitos do combate à contrafação cometida em linha, o TJUE entende que interpretação desse artigo deve ter em conta a importância tanto do direito ao respeito da vida privada, como do direito à proteção dos dados pessoais, assim como do direito à liberdade de expressão, direito fundamental, que constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e pluralista, fazendo parte dos valores nos quais, em conformidade com o artigo 2.º do TUE, se baseia a UE⁴⁷.

A jurisprudência do TJUE nesta matéria tem vindo a densificar-se, mas ainda continua a desenvolver novos caminhos, no quais se inclui a definição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Considerações finais

A análise da jurisprudência do TJUE demonstra que a essência do direito fundamental ao respeito pela vida privada e à proteção dos dados de carácter pessoal é ainda um conceito elusivo. Resulta da jurisprudência do TJUE que a interferência na essência dos direitos fundamentais à privacidade e à proteção de dados deve ser determinada caso a caso e que nessa análise há uma distinção entre interferências graves examinadas no âmbito do princípio da proporcionalidade e interferências na essência destes direitos fundamentais.

A jurisprudência do TJUE assinala que uma medida que interfira na essência de um direito fundamental qualificado não pode ser justificada de forma alguma: o conceito de essência é estranho à proporcionalidade por definição e as interferências na essência de um direito fundamental são incompatíveis com a CDFUE,

⁴⁷ Processo C-470/21, La Quadrature du Net, Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs, Franciliens.net, French Data Network contra Premier ministre, Ministre de la Culture, 30 de abril de 2024, parágrafo 68.

independentemente de qualquer equilíbrio entre direitos concorrentes⁴⁸. Neste sentido Lenaerts analisando a jurisprudência do TJUE realça que para este tribunal “in order to determine whether a measure compromises the essence of a fundamental right, one must not only examine the intensity, but also the extent, of the limitation at issue”⁴⁹.

Verificamos também que a essência não é uma condição *sine qua non* da fundamentação do TJUE e que, em alguns casos, o TJUE não se refere à essência do direito fundamental, ou se se refere essência essa não é a fundamentação principal da sua decisão.

No entanto, uma medida pode ser anulada por razões relacionadas com a sua falta de respeito pela essência apenas para as interferências mais flagrantes: a proteção que a essência proporciona, embora extremamente poderosa na sua natureza, é também muito restrito no âmbito⁵⁰.

O objetivo do conceito de conteúdo essencial é o de garantir que os direitos fundamentais são preservados e que a regulação do exercício dos direitos não ameaça a existência de tais direitos. A essência de um direito fundamental deve ser entendida como tendo um núcleo interno que é irrenunciável. Se a essência foi violada, tal deve ser determinado pelo resíduo deixado após a violação.

O respeito pela essência do direito fundamental é, portanto, melhor entendido como uma condição autónoma que deve ser satisfeita separadamente do requisito da proporcionalidade.

A essência como “limite dos limites” assegura que todo o direito fundamental tem um conteúdo mínimo que é protegido da ingerência de atores públicos e privados. Isto significa que uma condição *sine qua non* para que uma

⁴⁸ LENAERTS, Koen. *Limits on limitations: the essence of fundamental rights in the EU*. German Law Journal, 20(6), 2019, p. 785.

⁴⁹ LENAERTS, Koen. Op. cit., p 786.

⁵⁰ CORTE, Lorenzo Dalla. *On proportionality in the data protection jurisprudence of the CJEU*. International Data Privacy Law, 2022, Vol. 12, n.º 4, p. 274.

restrição seja permitida é que não afete a essência de um direito. Assim, uma intervenção governamental pode afetar elementos não essenciais sujeitos ao princípio da proporcionalidade, mas não deve ser realizada qualquer investigação de proporcionalidade em relação à essência, uma vez que esta nunca poderá ser anulada e assim a proporcionalidade começa onde a essência do direito fundamental termina⁵¹.

Neste enquadramento um primeiro problema surge do facto de não existir um consenso sobre o que compreende o conteúdo do direito fundamental da UE à proteção de dados pessoais e ao respeito pela vida privada. Esta indefinição não facilita a identificação do que poderá ser essência desse direito.

Uma abordagem diferente desta questão será a de colocar o seu foco não em questionar sobre qual seria a própria essência dos direitos em causa, mas antes discutir quanto uma limitação de um direito deve ser considerada uma violação do requisito da essência.

Existe também uma certa ambiguidade em torno da relação entre o direito à proteção de dados pessoais e o direito ao respeito pela vida privada. A jurisprudência do TJUE tem progressivamente reconhecidos estes dois direitos como existindo de forma independente e separada um do outro, mas com aspetos comuns.

Em regra, o TJUE considera as limitações aos direitos previstos no art. 7.º e no art. 8.º da CDFUE em separado e de forma diferente, mas por vezes também considera conjuntamente limitações ao artigo 7.º e ao artigo 8.º da CDFUE. Tal sucedeu, por exemplo, no processo Volker und Markus Schecke em que refere que a “Carta estabelece que «[t]odas as pessoas têm direito à proteção 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 desta mesma Carta”⁵²e também que “que o respeito pelo direito à vida privada

⁵¹ TRIDIMAS, Takis; GENTILE, Giulia. Op. cit., p. 803.

⁵² Processos apensos C-92/09 e C-93/09, Volker und Markus Schecke GbR (C-92/09) e Hartmut Eifert (C-93/09) v. Land Hessen, 09 de novembro de 2010, parágrafo 47.

relativamente 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”⁵³.

No mesmo sentido o TJUE refere-se frequentemente em conjunto aos artigos 7.º e 8.º da CDFUE quando decide genericamente sobre a legislação da UE em matéria de proteção de dados, sem apresentar qualquer distinção específica relativamente às implicações de se basear numa norma ou noutra⁵⁴.

Pode-se também discutir se o TJUE ao assumir a liderança na proteção dos direitos à privacidade dos dados abriu uma caixa de Pandora no que diz respeito à inter-relação entre esses direitos e o artigo 16.º do TFUE, com interesses alternativos como a democracia, a liberdade de expressão, a proteção da segurança pública e o direito à iniciativa económica privada. O TJCE abalou inevitavelmente um equilíbrio delicado, levantando questões substantivas sobre como equilibrar a privacidade dos dados com direitos e liberdades conflitantes e questões institucionais sobre quem deve efetivamente realizar este equilíbrio, o que exigirá uma resposta que continua em construção.

O TJUE tem desempenhado um papel crucial na definição e na defesa dos direitos fundamentais no domínio da privacidade e da proteção de dados, em concreto na formação constitucional do conceito de essência dos direitos fundamentais, mas ainda não há jurisprudência uniforme nesta matéria. Será importante no futuro o TJUE continuar a desenvolver um quadro normativo mais claro sobre a noção de essência do direito fundamental à privacidade consagrado no artigo 7.º da CDFUE e do direito fundamental à proteção de dados pessoais consagrado no artigo 8.º da CDFUE, para alcançar um maior grau de coerência na sua jurisprudência.

⁵³ *Idem*, parágrafo 52.

⁵⁴ Processo C-184/20, OT v. Vyriausioji tarnybinės etikos komisija, 1 de agosto de 2022, parágrafos 60, 61, 66, 70, 81, 85, 112, 116, 126.

Além da uniformização da jurisprudência do TJUE é também essencial uma readaptação do próprio quadro normativo, que inclua uma preocupação de legislação ser tecnologicamente neutra, sem produto ou empresas como destinatários, mas preparada para a evolução tecnológica que surgir.

Resulta também que, com o caráter vinculativo que a CDFUE ganhou em 2009, o TJUE ganha uma dimensão constitucional de proteção dos direitos fundamentais, que se aplica aos Estados-Membros, às instituições da UE, às empresas e aos cidadãos e que irá continuar a tentar encontrar o equilíbrio judicial entre os direitos à privacidade e à proteção de dados e os direitos ou interesses conflitantes ou alternativos.

Concluimos também que, apesar dos avanços significativos, existem desafios persistentes, como a aplicação uniforme das normas de proteção de dados entre os Estados-Membros, a resistência de algumas jurisdições em adotar as diretrizes do TJUE e as dificuldades em garantir os direitos dos indivíduos frente a grandes empresas tecnológicas. As perspectivas para o futuro incluem a necessidade de um aprimoramento contínuo da legislação, bem como a promoção de um diálogo entre as instituições europeias e as plataformas digitais para encontrar um balanço adequado entre inovação e proteção de dados. Por fim defendemos que apenas com uma abordagem integrada e colaborativa entre os diferentes atores envolvidos será possível enfrentar os desafios que emergem na era digital, protegendo assim os direitos fundamentais dos cidadãos da UE, bem como a necessidade de investir em educação e consciencialização sobre a importância da privacidade e da proteção de dados, tanto para os cidadãos quanto para as empresas e organizações.

Referências Bibliográficas

BRKAN, Maja. The Essence of the Fundamental Rights to Privacy and Data Protection: Finding the Way Through the Maze of the CJEU's Constitutional

Reasoning. German Law Journal, 20, 2019, pp. 864–883. Disponível em:
<https://doi.org/10.1017/glj.2019.66>

BRKAN, Maja. The concept of essence of fundamental rights in the EU legal order: Peeling the onion to its core. European Constitutional Law Review, 14(2), 2018, pp. 332-368.

CASTELLANO, Pere Simón. El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la EU. Efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014. Madrid: Bosch, 2015.

CORTE, Lorenzo Dalla. On proportionality in the data protection jurisprudence of the CJEU. International Data Privacy Law, 2022, Vol. 12, N.º 4, pp. 259-275.

EDPS, Guidelines on the assessment of the proportionality of measures that limit the fundamental rights to privacy and to the protection of personal data, 19 December 2019. Disponível em: https://www.edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/guidelines/edps-guidelines-assessing-proportionality-measures_en

FUSTER, Gloria González. The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU. Cham: Springer, 2014.

FRA - European Union Agency for Fundamental Rights. Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados. Disponível em https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-coe-edps-2018-handbook-data-protection_pt.pdf

LENAERTS, Koen. Limits on limitations: the essence of fundamental rights in the EU. German Law Journal, 20(6), 2019, pp. 779-793

OJANEN, Tuomas. Making the essence of fundamental rights real: the Court of Justice of the European Union clarifies the structure of fundamental rights under the Charter: ECJ 6 October 2015, Case C-362/14, Maximilian Schrems v Data Protection Commissioner'. European Constitutional Law Review, 12(2), 2016, pp. 318-329.

SILVEIRA, Alexandra. Do âmbito de aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: recai ou não recai? - Eis a questão! Revista Julgar, n.º 22, 2014, pp. 179-209.

TRIDIMAS, Takis; GENTILE, Giulia. The Essence of Rights: An Unreliable Boundary?. *German Law Journal*, 20, 2019, pp. 794-816. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/glj.2019.63>