



Daniel Reis | Sócio Coordenador da Área de TMT de PLMJ

Transferência de dados pessoais de dados pessoais para os EUA: Novos Desafios

A discussão pública em torno do nível de proteção adequado no tratamento de dados pessoais intensificou-se depois de, no passado dia 6 de outubro de 2015, o Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”) ter proferido acórdão no qual invalidou a decisão 2000/520/CE da Comissão Europeia, de 26 de julho de 2000, ao abrigo da qual foram até à presente data realizadas incontáveis transferências de dados pessoais para os EUA com base no acordo Safe Harbor



Nessa sequência, analisaremos de que forma é que o acórdão do TJUE altera o cenário da transferência de dados para os EUA e, em especial, os desafios que acarreta para os responsáveis pelo tratamento de dados estabelecidos em Portugal, uma vez que a Comissão Nacional de Proteção de Dados (“CNPD”) já emitiu as suas orientações sobre o tema. Nos termos da Diretiva 95/46/CE, de 24 de outubro de 1995, do Parlamento Europeu e do Conselho, a transferência de dados pessoais para um país fora do Espaço Económico Europeu ou EEE (de que fazem parte todos os países da União Europeia e ainda a Noruega, Islândia e o Liechtenstein), depende da existência de um nível de proteção equivalente ao da União Europeia nesse país. Cabendo à Comissão Europeia decidir se um país fora do EEE garante um nível de proteção adequado, veio esta determinar que estão devidamente protegidas as transferências de dados pessoais da UE para empresas norte-americanas que tenham subscrito voluntariamente o regime do Safe Harbor (um mecanismo de auto certificação de um conjunto de regras acordadas pela Comissão Europeia e o US Department of Commerce).

A polémica surge quando Maximilian Schrems, cidadão austríaco, apresenta junto do regulador de dados pessoais da Irlanda uma queixa na qual denuncia falhas na proteção dos dados transferidos para os EUA ao abrigo do referido acordo.

Contudo, tendo a Comissão Europeia já se pronunciado sobre a questão, o regulador de dados pessoais da Irlanda considerou-se impedido de avaliar o grau de proteção de fluxos de dados processados nesse âmbito. Maximilian Schrems viu-se, assim, obrigado a recorrer aos tribunais irlandeses, tendo o processo culminado no acórdão do TJUE que declarou a invalidade da referida decisão da Comissão. O TJUE salientou que a Diretiva 95/46/CE exige que a existência de um nível de proteção substancialmente equivalente ao existente na UE seja apurada pela análise da legislação interna e respetivos compromissos internacionais do país terceiro.

A existência de um nível muito elevado de acessos a dados pessoais realizados por diversas entidades governamentais dos EUA, incluindo a NSA (National Security Agency), denunciadas por Edward Snowden em 2013, influenciou de forma determinante a análise da legislação norte-americana. Para além de não existirem quaisquer vias de direito que permitam aos cidadãos exercer os direitos fundamentais de retirar ou retirar os dados transferidos que lhes digam respeito, esses podem ser utilizados sem quaisquer limitações sempre que a segurança nacional ou o interesse público o imponham.

Sem Safe Harbor, e agora?

As demais autoridades reguladoras de cada Estado-membro já se pronunciaram no sentido de que não irão emitir novas autorizações para transferências de dados com base nesse acordo. Contudo, não assumiram posições uniformes no que toca às transferências para os EUA ao abrigo de outros instrumentos alternativos ao Safe Harbor.

A autoridade reguladora da Alemanha adotou uma das posições mais rígidas ao revelar que não vai emitir novas autorizações de transferências de dados para os EUA, ainda que fundamentadas em outros instrumentos alternativos como sejam as Binding Corporate Rules ou outros contratos ad-hoc.

Mais, de agora em diante, todas as empresas estabelecidas na Alemanha que pretendam transferir dados para os EUA terão de seguir as resoluções da



autoridade reguladora alemã sobre “Human Rights and Electronic Communication” e “Cloud Computing”, de março e outubro de 2014, respetivamente, não devendo as respetivas transferências ocorrer de forma massiva ou repetitiva.

Bem mais moderada é a posição da CNPD que, por comunicado de 23 de outubro de 2015, veio informar que irá iniciar um processo formal de revisão de todas as autorizações concedidas com base nos pressupostos do Safe Harbor. Mais informou que continuará a emitir autorizações para transferências de dados para os EUA com base noutros instrumentos alternativos, ainda que a título provisório e sujeitas a revisão num futuro próximo.

Assim, do ponto de vista jurídico, as empresas estabelecidas em Portugal que pretendam transferir dados para os EUA poderão continuar a fazê-lo, desde que para isso revejam os instrumentos ao abrigo dos quais esses fluxos se realizam, recomendando-se a adoção de cláusulas contratuais modelo UE.

Se vier, todavia, a ser emitida orientação definitiva no sentido de que, mesmo ao abrigo de instrumentos alternativos, os fluxos de dados para os EUA não se encontram adequadamente protegidos, a solução passará necessariamente pela exigência de declaração expressa do titular dos dados, que consinta na sua transferência para uma ordem jurídica na qual o seu direito fundamental à privacidade poderá ser objeto de graves limitações. ■

* Escrito com Soraia Lopes, Estagiária da PLMJ