



Finalmente: coerência no âmbito de aplicação do regime da União Europeia de proteção de dados pessoais! O fim do enigma linguístico do artigo 3.º, n.º 2 do RGPD

Graça Canto Moniz*

RESUMO: O âmbito de aplicação extraterritorial do regime de proteção de dados pessoais da União Europeia (UE) é um tema controverso desde a adoção da Diretiva 95/46/EC. O Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) altera parcialmente aquele âmbito e introduz-lhe novos elementos. Este texto procura abordar um desses elementos, relacionado com a divergência em torno do artigo 3.º, n.º 2 do RGPD e enfatizar as consequências práticas do enigma criado pela mesma.

PALAVRAS-CHAVE: Regulamento Geral de Proteção de Dados – extraterritorialidade – artigo 3.º, n.º 2 do RGPD – problemas linguísticos – âmbito coerente.

* Doutoranda na NOVA Direito, Universidade Nova de Lisboa. Cooordenadora do “Observatório de Proteção de Dados Pessoais”.

I. Introdução¹

O debate sobre o âmbito de aplicação extraterritorial do regime de proteção de dados pessoais da UE não é novo.² Após um período em que passou amplamente despercebido, a discussão foi instigada pela decisão *Google Spain*.³ Neste caso, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) concluiu que a Diretiva 95/46/CE se aplicava às atividades da Google Inc., uma empresa estabelecida nos EUA. Pouco depois o âmbito territorial da legislação da UE em matéria de proteção de dados ganhou redobrada atenção com a adoção do RGPD.⁴

Com efeito, esta discussão é composta por vários aspetos: primeiro levantam-se dúvidas sobre a validade ou legitimidade do âmbito de aplicação extraterritorial do RGPD e sugere-se que a UE e as autoridades competentes exerçam uma certa contenção na prática do mesmo;⁵ em segundo lugar, há autores que aplaudem os novos critérios do RGPD, considerando-os “revolucionários”, e explicam-nos por via da necessidade de assegurar uma proteção eficaz das pessoas singulares independentemente da localização dos tratamentos;⁶ finalmente, há quem enfatize as dificuldades práticas da exequibilidade da assunção jurisdicional da UE neste campo.⁷

Sem esquecer todos estes pontos, este artigo tem como objetivo introduzir um novo elemento nesta discussão identificado em diferentes versões oficiais do RGPD. Após uma breve descrição do âmbito de aplicação territorial anterior, traçado pela Diretiva 95/46 / CE⁸ (1), este texto enuncia os novos critérios estipulados no RGPD quanto àquele âmbito⁹ (2). Em terceiro lugar, em particular, analisam-se os critérios

¹ Este artigo foi escrito com o apoio financeiro da Fundação para a Ciência e Tecnologia (FCT). Devo agradecer ao Francisco Pereira Coutinho e à Gabriela Zanfir pelas várias trocas de ideias sobre este tema.

² Yves Poulet, “Transborder data flows and extraterritoriality: the European position”, *Journal of International Commercial Law and Technology*, 2 (2007): 141; Joshua Bauchner, “State sovereignty and the globalizing effects of the Internet: a case study of the privacy debate”, *BJIL*, 26 (2000-2001): 696; Lee Bygrave, “Determining applicable law pursuant to European data protection legislation”, *CLSR*, 16 (2000): 252; Lokke Moerel, “Back to basics: when does EU data protection law apply?”, *IDPL*, 1, 2 (2011): 97 e “The long arm reach of EU data protection law: Does the Data Protection Directive apply to processing of personal data of EU citizens by websites worldwide?”, *IDPL*, 1, 1 (2011): 30; Art. 29 Data Protection Working Party, “Working document on determining the international application of EU data protection law to personal data processing on the Internet by non-EU based web sites”, 30 de maio de 2002.

³ Acórdão *Google Spain SL and Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*, proc. C-131/12, de 13 de maio de 2014, ECLI:EU:C:2014:317.

⁴ 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 e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados).

⁵ Merlin Gomann, “The new territorial scope of EU Data Protection Law: deconstructing a revolutionary achievement”, *Common Market Law Review*, 54 (2017): 567; Brendan Van Alsenoy, “Reconciling the (extra) territorial reach of the GDPR with public international law”, in *Data Protection and Privacy under Pressure*, ed. Gert Vermeulen e Eva Lievens, (Antwerp: Maklu Publishers, 2017), 77-98; Christopher Kuner, “Extraterritoriality and regulation of international data transfers in EU data protection law”, *International Data Privacy Law*, 5 (2015): 235.

⁶ Ulrich Dammann, “Erfolge und Defizite der EU-Datenschutzgrundverordnung”, *Zeitschrift für Datenschutz*, (2016): 307

⁷ C. Kuner, *Extraterritoriality and regulation of international data...*, 244.

⁸ 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.

⁹ De acordo com o artigo 94.º, n.º 1 do RGPD, “A Diretiva 95/46/CE é revogada com efeitos a partir

do artigo 3.º, n.º 2 da versão inglesa do RGPD para os comparar com as regras delineadas no mesmo artigo noutras versões oficiais do RGPD (3). De seguida, demonstraremos as consequências práticas da ambiguidade linguística identificada anteriormente, consequências essas manifestadas tanto na doutrina como na primeira proposta do diploma nacional que implementa o RGPD em Portugal nos domínios deixados em aberto pelo legislador da UE (4). Por último, sublinhamos os esclarecimentos recentemente publicados pelo Conselho da UE e que, esperamos nós, sirvam de orientação ao legislador português e à doutrina que, no futuro, tratará do artigo 3.º do RGPD (5).

II. O âmbito de aplicação territorial da legislação da UE em matéria de proteção de dados pessoais segundo a Diretiva 95/46/CE

Os critérios de aplicação do regime da UE em matéria de proteção de dados pessoais encontravam-se no artigo 4.º da Diretiva 95/46/CE, nomeadamente o âmbito de aplicação geográfico do mesmo, dentro e fora da UE. Na perspetiva dos operadores transnacionais, o artigo 4.º era a disposição mais importante da Diretiva uma vez que estipulava a (não) aplicabilidade da mesma às respetivas atividades. Por outro lado, aquela era uma disposição importante do ponto de vista do titular dos dados, o beneficiário e titular do bem jurídico protegido, uma vez que estabelecia os termos e limites da proteção garantida pelo regime da UE quanto aos seus dados pessoais. No entanto, apesar desta relevância prática, vários autores criticaram aquela disposição afirmando que a mesma estava “mal construída”¹⁰ e apontaram as dificuldades práticas em determinar a aplicação do regime da União num “novo ambiente tecnológico global”.¹¹

Temos para nós que, na prática, o funcionamento do artigo 4.º assentava em dois critérios principais: um critério centrado nos responsáveis pelo tratamento *estabelecidos* na UE (1.1) e o outro dirigido aos responsáveis pelo tratamento de países terceiros ou *não* estabelecidos na UE (1.2.).

a. Responsáveis pelo tratamento estabelecidos na UE

De acordo com o artigo 4.º, n.º 1, alínea a), a Diretiva 95/46/CE aplicava-se quando “o tratamento for efectuado no contexto das actividades do estabelecimento do responsável pelo tratamento situado no território desse Estado-Membro (...)”. A jurisprudência do TJUE forjou um teste em duas etapas para especificar a aplicação desta disposição: em primeiro lugar, deve existir um estabelecimento do responsável pelo tratamento no território de um Estado-Membro; em segundo lugar, o tratamento de dados pessoais realizado pelo responsável pelo tratamento de dados é efetuado no contexto das atividades desse estabelecimento.¹² Assim, é necessário esclarecer e identificar quem é o responsável pelo tratamento (1.1.1), quando é que existe um

de 25 de maio de 2018.”

¹⁰ Liane Colonna, “Article 4 of the EU Data Protection Directive and the irrelevance of the EU-US Safe Harbour Program”, *International Data Privacy Law*, 4, 3 (2014): 207.

¹¹ Douwe Korf, “New Challenges to Data protection”, Working Paper No. 2: Data protection laws in the EU, *European Commission DG JFS*, January, 2010.

¹² Acórdão *Google Spain SL and Google Inc.*...parágrafo 50; e acórdão *Weltimmo s.r.o. v. Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság*, proc. 230/14, de 30 de outubro de 2015, parágrafo 28 e ss, ECLI:EU:C:2015:639.

estabelecimento (1.1.2) e, por último, quando é que o tratamento é realizado no contexto das atividades desse estabelecimento (1.1. 3.)?

i. Quem é o responsável pelo tratamento?

Nos termos do artigo 2.º, alínea d), da Diretiva 95/46/CE, o responsável pelo tratamento seria a “pessoa singular ou coletiva, autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outrem, determine as finalidades e os meios de tratamento dos dados pessoais”.

ii. O que é um estabelecimento?

O conceito de estabelecimento é definido de forma ampla no considerando 19: “pressupõe o exercício efetivo e real de uma atividade mediante uma instalação estável, que, para o efeito, a forma jurídica de tal estabelecimento, quer se trate de uma simples sucursal ou de uma filial com personalidade jurídica, não é determinante”. Isto significa que a *nacionalidade* do responsável pelo tratamento, o local do seu *estabelecimento principal* ou a *localização física* do tratamento seriam irrelevantes para apurar a aplicação do direito da UE. Por conseguinte, o mesmo pode ser aplicado quando o estabelecimento principal estiver localizado num país terceiro. Com efeito, foi justamente o sucedido no caso *Google Spain*.

Apesar de exaustivamente analisado no contexto do “direito ao esquecimento”, o caso *Google Spain* é fundamental na interpretação do artigo 4.º, n.º 1, alínea a) da Diretiva 95/46 /CE.¹³ De facto, este é o único caso em que o TJUE se pronunciou sobre a aplicabilidade das regras da UE em matéria de proteção de dados pessoais em relação a um responsável pelo tratamento com estabelecimento principal num país terceiro: a Google Inc., empresa-mãe do grupo Google, com sede nos Estados Unidos, foi considerada o responsável pelo tratamento¹⁴ e a sua subsidiária, a Google Spain, o estabelecimento daquela.¹⁵

Posteriormente, noutra decisão – o caso *Weltimmo* – o TJUE partiu de uma “definição flexível do conceito de ‘estabelecimento’”.¹⁶ O TJUE considerou que um responsável pelo tratamento está estabelecido num Estado-Membro quando tem uma “atividade real e efetiva”, mesmo que “mínima” – que pode consistir na gestão de um sítio *web* imobiliário, relativamente a imóveis localizados nesse Estado-Membro, e redigido na língua desse mesmo Estado;¹⁷ em segundo lugar, a presença de um representante que serve como ponto de contacto, juntamente com outros elementos, como uma conta bancária ou uma caixa postal, também foram aspetos destacados pelo TJUE para verificar a existência de um estabelecimento.¹⁸ Já no caso *Amazon*, o TJUE limitou-se a esclarecer que “um estabelecimento não pode existir apenas porque o sítio *web* da empresa é acessível” a partir de um determinado Estado-Membro.¹⁹

¹³ Merlin Gomann, *The new territorial scope of EU Data Protection Law...*, 569.

¹⁴ Considerando um mecanismo de busca, um “controlador” desencadeou muitas críticas, cfr. Christopher Kuner, “The Court of Justice of the EU judgement on data protection and Internet search engines”, *LSE Law, Society and Economy Working Paper*, (2015): 9.

¹⁵ Acórdão *Google Spain SL and Google Inc...* parágrafo 48.

¹⁶ Acórdão *Weltimmo...*, parágrafo 29.

¹⁷ Acórdão *Weltimmo...*, parágrafo 32.

¹⁸ Acórdão *Weltimmo...*, parágrafo 33.

¹⁹ Acórdão *Verein für Konsumenteninformation v. Amazon EU Sàrl*, proc. C-191/15, 28 de julho de 2016, parágrafo 76, ECLI:EU:C:2016:612.

iii. *Quando o tratamento é realizado no contexto das atividades do estabelecimento?*

O segundo momento do teste aplicado pelo TJUE centra-se na condição de que o tratamento de dados pessoais seja realizado “no contexto das atividades” do estabelecimento. Como explica Moerel, o exemplo mais comum é quando uma empresa multinacional trata dados pessoais de forma centralizada fora da UE:

*a foreign parent company often also processes data of its EU group companies for central management purposes. If that processing also takes place in the context of the activities of these EU group companies (for instance, the foreign parent company operates a central HR system both for its own central management purposes, but also for HR purposes of the EU group companies), the EU data protection laws will apply to those parts of the central processing which relates to the respective employees of the EU subsidiaries.*²⁰

Recentemente, o TJUE, por duas vezes, esclareceu os termos desta condição. A primeira foi no acórdão *Google Spain*: o tribunal partiu de uma interpretação teleológica do artigo 4.º, n.º 1, alínea a) da Diretiva 95/46/CE, com o objetivo de garantir “uma proteção efetiva e completa do direito fundamental (...) à proteção de dados pessoais”.²¹ Com base nesta premissa, o TJUE enunciou o seguinte critério para determinar se o tratamento é “realizado no contexto das atividades do estabelecimento”: existe ou não um “nexo indissociável” entre as atividades do estabelecimento da UE e o tratamento de dados pessoais realizado pelo responsável pelo tratamento não-europeu?²² Na sua resposta, o tribunal considerou que, apesar de o tratamento de dados pessoais implicado na atividade de um motor de busca (*Google Search*)²³ ser realizado exclusivamente pela Google Inc., nos EUA, as atividades da Google Spain (promoção e venda de espaço publicitário online) estão “indissociavelmente ligadas” a esse tratamento, uma vez que “as atividades relativas aos espaços publicitários constituem o meio para tornar o motor de busca em causa economicamente rentável e que esse motor é, aos mesmo tempo, o meio que permite realizar essas atividades”.²⁴ Sem as atividades de publicidade da Google Spain – das suas subsidiárias equivalentes em todo o mundo – não seria economicamente rentável para a Google Inc. oferecer os seus serviços. Isso significa que o tratamento de dados pessoais realizado pelo Google Inc. é *economicamente* sustentado pelas atividades dos seus estabelecimentos, incluindo o espanhol.

Mas o “nexo indissociável” entre o tratamento de dados pessoais realizado pela Google Inc. e as atividades do seu estabelecimento em Espanha não é de índole meramente económica: também é virtual ou *online*.²⁵ Quando a Google Inc. exhibe dados pessoais numa página de resultados de pesquisa o tratamento é acompanhado

²⁰ Lokke Moerel, *The long arm reach of EU data protection law...*, 30.

²¹ Acórdão *Google Spain SL and Google Inc...*, parágrafos 53 e 54.

²² Merlin Goman, *The new territorial scope of EU Data Protection Law...*, 572.

²³ “Por conseguinte, há que declarar que, ao explorar a Internet de forma automatizada, constante e sistemática, na busca das informações nela publicadas, o operador de um motor de busca ‘recolhe’ esses dados, que ‘recupera’, ‘registra’ e ‘organiza’ posteriormente no âmbito dos seus programas de indexação, ‘conserva’ nos seus servidores e, se for caso disso, ‘comunica’ e ‘coloca à disposição’ dos seus utilizadores, sob a forma de listas de resultados das suas pesquisas. Na medida em que estas operações estão explícita e incondicionalmente referidas no artigo 2.º, alínea b), da Diretiva 95/46, devem ser qualificadas de ‘tratamento’ na aceção desta disposição, independentemente de o operador do motor de busca efetuar as mesmas operações também com outros tipos de informação e não as distinguir dos dados pessoais”, acórdão *Google Spain SL and Google Inc...*, parágrafo 28.

²⁴ Acórdão *Google Spain SL and Google Inc...*, parágrafo 56.

²⁵ Merlin Goman, *The new territorial scope of EU Data Protection Law...*, 574.

“na mesma página, da exibição de publicidade relacionada com os termos de pesquisa” pelo que “o tratamento de dados pessoais em questão [exibição dos dados pessoais] é efetuado no contexto da atividade publicitária e comercial do estabelecimento de responsável pelo tratamento no território de um Estado-Membro, neste caso, o território espanhol”.²⁶

Por fim, a outra situação em que o TJUE se debruçou sobre este segundo momento da aplicação do artigo 4.º, n.º 1, al. a) foi no caso *Weltimmo*. Contudo, para alguns autores, o relevo desta decisão é reduzido, uma vez que o TJUE menosprezou e, portanto, diminuiu significativamente a função deste segundo momento no teste de aplicação do artigo 4.º da Diretiva 95/46.²⁷

b. Responsáveis pelo tratamento não estabelecidos na UE

i. O artigo 4.º, n.º 1, alínea b)

Como enunciado no texto desta disposição, quando o responsável pelo tratamento *não* está estabelecido num Estado-Membro da UE, a Diretiva 95/46 poderia ser aplicada por força do direito internacional público. Esta disposição tem um âmbito limitado aos casos em que, por exemplo, o responsável pelo tratamento é uma embaixada, um navio ou um avião localizado em um Estado terceiro. Há quem considere que, nestas situações, não há uma verdadeira aplicação extraterritorial do regime de proteção de dados pessoais da UE porquanto a mesma resulta de um consenso prévio entre os Estados, firmado num acordo internacional.²⁸

ii. O artigo 4.º, n.º 1, alínea c)

A Diretiva 95/46 aplicar-se-ia ainda ao tratamento de dados pessoais quando o “responsável pelo tratamento não estiver estabelecido no território da Comunidade e recorrer, para o tratamento de dados pessoais, a meios, automatizados ou não, situados no território desse Estado-Membro, salvo se esses meios só forem utilizados para trânsito no território da Comunidade”. A *ratio* deste artigo encontra-se no considerando 20: “o facto de o tratamento de dados ser da responsabilidade de uma pessoa estabelecida num país terceiro não deve constituir obstáculo à protecção das pessoas assegurada pela presente directiva; que, nesses casos, o tratamento deverá ser regido pela legislação do Estado-Membro onde se encontram os meios utilizados para o tratamento de dados em causa e que deverão oferecer-se garantias de que os direitos e as obrigações estabelecidos na presente directiva serão efectivamente respeitados”.

A noção de “equipamento” [artigo 4.º, n.º 1, alínea c)] ou de “meios” (considerando 20), fundamental para compreender o alcance desta norma, foi interpretada de forma amplíssima de modo a incluir “dados pessoais recolhidos através de computadores, como por exemplo através de cookies ou JavaScript banners”, desencadeando “a aplicação do artigo 4 (1) (c) a prestadores de serviços estabelecidos em países terceiros”.²⁹ Portanto, de acordo com esta leitura, um responsável pelo tratamento estabelecido num país terceiro que utilize equipamentos

²⁶ Acórdão *Google Spain SL and Google Inc...*, parágrafo 57.

²⁷ Merlin Goman, *The new territorial scope of EU Data Protection Law...*, 573.

²⁸ Anabela de Sousa Gonçalves, “The extraterritorial application of the EU Directive on data protection”, *Spanish Yearbook of International Law*, 19 (2015): 202.

²⁹ Artigo 29 Data Protection Working Party, “Opinion 8/2010 on applicable law”, 21.

situados num Estado-Membro para tratar dados pessoais de nacionais ou residentes não europeus estaria abrangido pela Diretiva 95/46. Como este entendimento expandiu significativamente o âmbito de aplicação daquele diploma, alguns autores perguntaram se, naquelas situações, havia uma conexão suficiente entre as atividades estrangeiras e a UE e, adicionalmente, questionavam a legitimidade da mesma para legislar “para o mundo”.³⁰ O TJUE nunca teve a oportunidade de validar esta interpretação do artigo 4.º, n.º 1, alínea c) desde a decisão de arquivar o caso *Rease et Wullems*.³¹

O artigo 4.º, n.º 1, alínea c) ganhou importância ao longo dos anos com o desenvolvimento de novas tecnologias e, em particular, da versão *Web 2.0*, fatores que potenciaram a recolha e o tratamento de dados pessoais à distância e independentemente da presença física do responsável pelo tratamento na UE.³² Em todo o caso, os problemas sublinhados pela doutrina prendiam-se com as consequências práticas e “indesejáveis” da aplicação desta disposição aos responsáveis pelo tratamento localizados fora da UE em termos de efetividade, execução ou garantia da mesma, sobretudo quando não havia qualquer conexão real ou física com a UE.³³

III. O que é o RGPD?

Em 2010, a Comissão Europeia (CE) reconheceu a necessidade de erguer um regime de proteção de dados pessoais mais coerente na UE de modo a potenciar o crescimento da economia digital no mercado interno, colocar as pessoas singulares no comando e controlo dos seus dados pessoais e reforçar a segurança jurídica dos operadores económicos.³⁴ Na verdade, a Diretiva 95/46 foi atingida pelo “*challenge of regulatory connection*”,³⁵ “*pacing problem*”³⁶ ou “*Collingridge dilemma*”³⁷ – no sentido de que as soluções do legislador de 1995 não eram (obviamente) adequadas à luz dos novos desenvolvimentos tecnológicos e comerciais e dos riscos daí emergentes para as pessoas singulares. Além disso, outra patologia da Diretiva 95/46 respeitava às diferenças entre a legislação dos vários Estados-Membros da UE, o que tornava o nível de harmonização entre os mesmos deficiente.

Dois anos depois, a CE apresentou uma proposta de regulamento que, findas as negociações entre as instituições da UE, viria a dar corpo ao RGPD.³⁸ Este novo diploma alterou as regras relativas ao âmbito territorial, especialmente em relação

³⁰ Anabela de Sousa Gonçalves, *The extraterritorial application...*, 203; Dan Svantesson, “Extraterritoriality in the context of Data Privacy Regulation”, *Masaryk Journal of Law and Technology*, 7, 1 (2012): 95; Art. 29 Data Protection Working Party, “Opinion 8/2010 on applicable law”, 29.

³¹ Pedido de decisão prejudicial apresentado pelo *Raad van State (the Netherlands)* em 24 de abril de 2015.

³² Art. 29 Data Protection Working Party, “Opinion 8/2010 on applicable law”, 19.

³³ Art. 29 Data Protection Working Party, “Opinion 8/2010 on applicable law”, 24 e 29.

³⁴ Comissão Europeia, Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões “Uma abordagem global da proteção de dados pessoais na União Europeia”, COM/2010/0609 final, de 4 de novembro de 2011.

³⁵ Roger Brownsword, *Rights, Regulation and the technological revolution* (Oxford: OUP, 2008).

³⁶ Braden Allenby, “Governance and technology systems: the challenge of emerging technologies”, in *The growing gap between emerging technologies and legal-ethical oversight*, ed. Gary Marchant *et al.*, (Amsterdam: Springer, 2011).

³⁷ David Collingridge, *The social control technology* (s/d: Pinter, 1980).

³⁸ Comissão Europeia, Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, COM/2012/011 final - 2012/0011 (COD).

aos responsáveis pelo tratamento que não estão estabelecidos na UE, fazendo eco de uma proposta das autoridades de controlo de 2010 que sugeria um fator de conexão mais específico, tomando em consideração os destinatários da atividade daqueles responsáveis pelo tratamento.³⁹ Adicionalmente entendia-se que “um critério desta natureza não é novo e tem sido usado noutros contextos pela UE e pela legislação dos EUA (...)”.⁴⁰ Duas razões principais explicam esta sugestão: as consequências “indesejáveis” em torno da aplicação do artigo 4.º, n.º 1, alínea c) e a tendência de as empresas fora da UE de direcionar, cada vez mais, as suas atividades de publicidade e venda de produtos e serviços *online* para os consumidores do mercado interno da UE.

De seguida veremos os termos em que esta proposta foi incorporada no artigo 3.º, n.º 2, do RGPD (2.2). No entanto, antes, devemos destacar as (pequenas) mudanças no artigo 3.º, n.º 1 para responsáveis pelo tratamento e subcontratantes estabelecidos na UE (2.1). Antes, porém, vale a pena salientar que a disposição relativa à aplicação do RGPD por força do direito internacional público – o artigo 3.º, n.º 3 – permanece igual ao artigo 4.º, n.º 1, alínea b) da Diretiva 95/46.

a. Responsáveis pelo tratamento e subcontratantes estabelecidos na UE

O artigo 3.º, n.º 1, do RGPD mantém o princípio de que o regime da UE de proteção de dados pessoais é aplicável se os dados pessoais são tratados no contexto das atividades de um estabelecimento de um responsável pelo tratamento no território da União. A novidade é que esta regra é alargada a subcontratantes. Na prática, isto significa que os subcontratantes passam a estar diretamente vinculados pelo RGPD e pelas obrigações aí previstas, como a do artigo 30.º, n.º 2 (registo das atividades de tratamento), do artigo 31.º (cooperação com a autoridade de controlo), do artigo 32.º (segurança do tratamento), do artigo 33.º, n.º 2 (notificação de violação de dados pessoais), do artigo 37.º (designação do encarregado de proteção de dados) e do artigo 44.º (transferência de dados pessoais para países terceiros ou organizações internacionais).

O RGPD acrescenta ainda que, quando o responsável pelo tratamento ou o subcontratante está estabelecido na UE e o tratamento decorre no contexto das atividades desse estabelecimento, não é relevante se o “tratamento se realiza dentro da União”. Esta expressão vem esclarecer que não é necessário que o *próprio* estabelecimento participe nas operações de tratamento, situação que corresponde ao sucedido no caso *Google Spain*.

b. Responsáveis pelo tratamento e subcontratantes *não* estabelecidos na UE

De acordo com a versão oficial em inglês, o artigo 3.º, n.º 2 dispõe que o RGPD se aplica

“to the processing of personal data of data subjects who are in the Union by a controller or processor not established in the Union, where the processing activities are related to: (a) the offering of goods or services, irrespective of whether a payment of the data subject is required, to such data subjects in the Union; or (b) the monitoring of their behavior as far as their behavior takes place within the Union”.

Os considerandos 23 e 24 naquela mesma versão explicam qual foi o objetivo

³⁹ Art. 29 Data Protection Working Party, “Opinion 8/2010 on applicable law”, 24.

⁴⁰ *Ibidem*.

do legislador. No considerando 23 lê-se que:

“In order to ensure that natural persons are not deprived of the protection to which they are entitled under this Regulation, the processing of personal data of data subjects who are in the Union by a controller or a processor not established in the Union should be subject to this Regulation where the processing activities are related to offering goods or services to such data subjects irrespective of whether connected to a payment. In order to determine whether such a controller or processor is offering goods or services to data subjects who are in the Union, it should be ascertained whether it is apparent that the controller or processor envisages offering services to data subjects in one or more Member States in the Union. Whereas the mere accessibility of the controller’s, processor’s or an intermediary’s website in the Union, of an email address or of other contact details, or the use of a language generally used in the third country where the controller is established, is insufficient to ascertain such intention, factors such as the use of a language or a currency generally used in one or more Member States with the possibility of ordering goods and services in that other language, or the mentioning of customers or users who are in the Union, may make it apparent that the controller envisages offering goods or services to data subjects in the Union.”

Por seu turno, o considerando 24 também daquela mesma versão dispõe que:

“In order to ensure that natural persons are not deprived of the protection to which they are entitled under this Regulation, the processing of personal data of data subjects who are in the Union by a controller or a processor not established in the Union should be subject to this Regulation where the processing activities are related to offering goods or services to such data subjects irrespective of whether connected to a payment. In order to determine whether such a controller or processor is offering goods or services to data subjects who are in the Union, it should be ascertained whether it is apparent that the controller or processor envisages offering services to data subjects in one or more Member States in the Union. Whereas the mere accessibility of the controller’s, processor’s or an intermediary’s website in the Union, of an email address or of other contact details, or the use of a language generally used in the third country where the controller is established, is insufficient to ascertain such intention, factors such as the use of a language or a currency generally used in one or more Member States with the possibility of ordering goods and services in that other language, or the mentioning of customers or users who are in the Union, may make it apparent that the controller envisages offering goods or services to data subjects in the Union”.

Para alguns autores, o âmbito territorial do RGPD é a sua novidade mais controversa.⁴¹ Sem prejuízo de concordarmos com algumas das críticas enunciadas pela doutrina, fazemos um balanço positivo do esforço do legislador em corrigir as patologias do artigo 4.º da Diretiva 95/46. Com efeito o artigo 3.º do RGPD pressupõe que o responsável pelo tratamento tem uma ligação substancial à UE, seja porque ali tem um estabelecimento seja porque trata os dados pessoais de titulares de dados aí localizados e as suas atividades são *direcionadas* para os mesmos ou, melhor dizendo, para o mercado da UE, para os seus consumidores ou para a “comunidade comercial da UE”.⁴² Como afirma Alsenoy, “o nexos principal com o território da UE não é a presença de um responsável pelo tratamento ou de um subcontratante na UE, mas a localização dos titulares de dados para os quais as atividades em

⁴¹ Dan Svantesson, “Extraterritoriality and targeting in EU data privacy law: the weak spot undermining the regulation”, *International Data Privacy Law*, 5, (2015): 230.

⁴² Merlin Gomann, *The new territorial scope of EU Data Protection Law...*, 586.

causa (de oferta de produtos e serviço ou a monitorização de comportamentos) são direcionadas”.⁴³ De Hert e Czerniawski descrevem a solução legislativa como uma “estratégia do destino [das atividades]” e defendem a validade do artigo 3.º do RGPD com base na ideia de que os operadores estrangeiros não serão surpresos com a vinculação ao regime da UE uma vez que só serão “alvos” daquele se as suas atividades tomarem como “alvos” a própria UE.⁴⁴

Portanto, o que é relevante para determinar a aplicação do RGPD numa situação concreta não é o local de estabelecimento do responsável pelo tratamento, mas a localização do titular dos dados na União, seja este nacional, residente ou viajante temporário. Esta irrelevância da intensidade do vínculo do titular dos dados com a UE está de acordo com o objetivo da Diretiva 95/46,⁴⁵ reiterado no RGPD, de garantir a proteção de *todas as personas singulares*, independentemente da sua nacionalidade ou local de residência, como decorre dos considerandos 2 e 14. Dois exemplos ilustram esta intenção : (1) um nacional de um dos Estados-Membros transmite dados pessoais durante as férias nos EUA a um responsável pelo tratamento estabelecido nesse país – este titular dos dados não está protegido pelo RGPD uma vez que não se encontra no território da UE; (2) um turista chinês, durante as suas férias em Portugal, transmite os seus dados pessoais a um responsável pelo tratamento estabelecido num país terceiro que, através de seu sítio *online* vende e entrega os seus produtos na UE – este titular dos dados está protegido pelo RGPD desde que sua localização seja no território de um Estado-Membro quando efetua a compra de um produto.

Apesar dos vários apontamentos da doutrina ao artigo 3.º,⁴⁶ nomeadamente em torno das dificuldades em garantir o cumprimento do RGPD em relação a uma entidade estrangeira sem presença física na UE, este artigo incide, como dissemos, sobre uma outra questão apresentada de seguida.

IV. As diferentes versões oficiais do artigo 3.º, n.º 2 do RGPD

Só é possível identificar a questão central deste texto comparando a versão oficial inglesa do RGPD⁴⁷ com versão a portuguesa ou com a espanhola. Com efeito, nestas duas últimas versões o âmbito de aplicação do RGPD, segundo o artigo 3.º, n.º 2, era diferente do âmbito de aplicação traçado pelo mesmo artigo na versão oficial do RGPD em inglês – e assim foi até muito recentemente, como veremos ao final deste texto. De acordo com a formulação daquelas versões o RGPD aplicar-se-ia ao tratamento de dados pessoais de titulares de dados *residentes*⁴⁸ na UE por um responsável pelo tratamento ou subcontratante não estabelecido na UE. Isso significa que, no nosso exemplo, o turista chinês não poderia beneficiar da proteção

⁴³ Brendan Van Alsenoy, *Reconciling the (extra) territorial reach...*, 94.

⁴⁴ Paul de Hert e Michal Czerniawski, “Expanding the European data protection scope beyond territory: Article 3 of the General Data Protection Regulation in its wider context”, *International Data Privacy Law*, 6 (2016): 231.

⁴⁵ Considerando 2.

⁴⁶ Anabela de Sousa Gonçalves, *The extraterritorial application...*, 208; Brendan Van Alsenoy, *Reconciling the (extra) territorial reach...*, 90; De Hert e Czerniawski, *Expanding the European data protection scope...*, 238; Dan Svantesson, *Extraterritoriality and targeting in EU data privacy law...*, 226; Merlin Gommann, *The new territorial scope of EU Data Protection Law...*, 584.

⁴⁷ Assim como a versão italiana e francesa, entre outras.

⁴⁸ “Residentes no território da União” (versão portuguesa), “interesados que residan en la Unión” (versão espanhola).

oferecida pelo RGPD, uma vez que não é *residente* na UE. No entanto, se o mesmo turista adquirisse o mesmo produto, ao mesmo responsável pelo tratamento, a partir do Reino Unido, de França ou de Itália, a situação seria diferente: aplicar-se-ia o RGPD nestes casos dada a irrelevância do vínculo do titular dos dados com a UE.

Ora, a nosso ver, a formulação da versão portuguesa e espanhola do artigo 3.º, n.º 2 contradiria a intenção do legislador de proteger todos os titulares de dados localizados na União, mesmo aqueles que não residem num Estado-Membro.⁴⁹ Em primeiro lugar, poderíamos afirmar que o artigo 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) visa qualquer indivíduo e não apenas os residentes na UE (“*Todas as pessoas* têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhe digam respeito”). No entanto, sempre se poderia argumentar que a condição de residência do titular dos dados, prevista no artigo 3.º, n.º 2 das versões em português e espanhol, configura uma restrição válida do âmbito subjetivo do direito fundamental à proteção de dados pessoais verificando-se as condições impostas pelo artigo 52.º da CDFUE. Este argumento dificilmente seria bem-sucedido uma vez que, segundo a jurisprudência do TJUE, a legislação da UE que restringe os direitos fundamentais deve estabelecer “regras claras e precisas” que regulem o “âmbito e aplicação” da restrição.⁵⁰ Ora, será que uma restrição de um direito fundamental enunciada apenas em algumas versões do mesmo ato legislativo pode ser considerada “clara e precisa”? Julgamos que não.

Em segundo lugar, a primeira proposta da CE do RGPD, sugerindo a condição de residência do titular dos dados, foi rejeitada pelo Parlamento Europeu⁵¹ e não há evidências de uma posição diferente desta por parte do Conselho. De facto, o Conselho mencionou, em março de 2016, que “(...) o Regulamento é aplicável ao tratamento de dados pessoais de titulares de dados que se situam na União, mesmo que o responsável pelo tratamento ou subcontratante não estiver estabelecido na União, mas as suas atividades de tratamento estão relacionadas com a oferta de bens ou serviços a esses titulares de dados na União, bem como à monitorização do seu comportamento desde que esse comportamento aconteça na União Europeia”.⁵² Esta posição foi reiterada em abril de 2016.⁵³

Em terceiro lugar, em *todas* as versões oficiais do RGPD a redação dos considerandos 2 e 14 é a igual e indica, sem ambiguidades, a irrelevância do local de residência do titular dos dados para apurar o âmbito territorial do RGPD. Tanto mais é assim que, de acordo com o artigo 3.º, n.º 1, do RGPD, um cidadão ou residente nos EUA pode exigir de um responsável pelo tratamento com estabelecimento na UE o acesso aos seus dados pessoais quando os mesmos são tratados no contexto

⁴⁹ Pedro Asensio, “Competencia y derecho aplicable en el Reglamento General sobre Protección de Datos de la Unión Europea”, *Revista española de derecho internacional*, 69, 1 (2017): 89.

⁵⁰ Acórdão *Maximilian Schrems v. Data Protection Commissioner*, proc. C-362/14, de 6 de outubro de 2015, parágrafo 91, ECLI:EU:C:2015:650.

⁵¹ Resolução legislativa do Parlamento Europeu, de 12 de março de 2014, sobre a proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, alteração 97.

⁵² “Draft Statement of the Council’s Reasons”, Conselho da União Europeia, 17 de março de 2016, p. 7, acesso 10 de maio de 2018, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5419-2016-ADD-1/en/pdf>.

⁵³ “Position of the Council at first Reading with a view to the adoption of a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data”, 8 de abril de 2016, p. 110.

das atividades deste estabelecimento.⁵⁴

V. As consequências não intencionais de uma divergência linguística

O problema enunciado no ponto anterior não é meramente teórico. Poder-se-ia argumentar que as consequências práticas do mesmo são irrisórias ou irrelevantes na medida em que as mesmas seriam sentidas apenas fora da UE, pelos operadores estrangeiros. Todavia, se a UE pretende assumir jurisdição extraterritorial e ser levada a sério nessa empreitada deverá, pelo menos, ser coerente. Conforme afirmam De Hert e Czerniawski,

*“when deciding for or against extraterritorial jurisdiction a legislator has to assess many factors. The challenge for the EU legislator is to balance flexibility of the territorial scope, required in the digital age for the data protection law to be effective (for example, in order to avoid forum shopping), with legal certainty for entities and persons outside the EU processing personal data of individuals in the EU. The stakes for controllers and processors are high: a small American entrepreneur doing business globally will suddenly be faced with the message that he or she will have to comply with EU law in addition to US law”.*⁵⁵

Com efeito, a manter-se tal divergência linguística, um operador estrangeiro não só teria de cumprir a legislação do seu país de origem, mas também as diferentes versões do direito da UE em matéria de proteção de dados pessoais e, portanto, diferentes versões do direito nacional que implementa essas normas nos domínios deixados em aberto pelo legislador da UE. Como bem se vê, os operadores estrangeiros deparar-se-iam com um quadro legislativo confuso que poderia minar a confiança na validade da assunção de jurisdição extraterritorial da UE e a efetividade da proteção do titular dos dados que, bem vistas as coisas, é o que se pretende assegurar com essa opção.

As consequências desta confusão refletiram-se na doutrina que analisa o artigo 3.º do RGPD bem como nos diplomas nacionais que o implementam nos domínios deixados em aberto pelo legislador da UE. Em primeiro lugar, na doutrina, se existem autores que não abordam esta questão,⁵⁶ outros afirmam que o critério decisivo do artigo 3.º, n.º 2 é a residência do titular dos dados na UE.⁵⁷ Em segundo lugar, refletindo as consequências desta variação linguística do artigo 3.º, n.º 2, do RGPD a proposta do governo português de implementação do mesmo (“Proposta de Lei 120/ XII”) incorporou, originariamente, a condição de residência do titular dos dados conforme consta da versão oficial portuguesa do artigo 3.º, n.º 2. De facto,

⁵⁴ Esta foi uma questão levantada durante a investigação a *Cambridge Analytica*. A ICO, onde o responsável pelo tratamento de dados é estabelecido, recebeu uma denúncia de um cidadão dos EUA sobre o processamento dos seus dados pessoais no contexto das atividades da Cambridge Analytica no Reino Unido: “(...) his data was being processed in the UK by Cambridge Analytica, and the Data Protection Act 1998, the GDPR that follows it and the Data Protection Bill do not make distinctions as to citizenship. It does not matter that he is a US citizen (...)”, v. “Oral evidence: fake news”, House of Commons, Digital, Culture, Media and Sport Committee, última modificação 6 de março de 2018, p. 942, acesso em 10 de maio de 2018, <http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/digital-culture-media-and-sport-committee/fake-news/oral/79824.pdf>.

⁵⁵ De Hert e Czerniawski, *Expanding the European data protection scope beyond territory...*, 239.

⁵⁶ De Hert e Czerniawski, *Expanding the European data protection scope beyond territory...*, 237.

⁵⁷ Maja Brkan, “The unstoppable expansion of the EU Fundamental Right to Data Protection”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 23, 5 (2016): 834, “(...) a third-country controller processing personal data subjects residing in the Union will have to respect the European data protection standards prescribed by the GDPR (...)”.

o artigo 2.º, n.º 2, alínea b) da referida proposta de lei estabelece que “a presente lei também é aplicável ao tratamento ocorrido fora do território nacional quando (...) afeta titulares de dados residentes no território nacional, abrangido pelo n.º 2 do artigo 3.º do RGPD (...)”. Acontece que a redação deste artigo 2.º, n.º 2, alínea b) foi criticada pela autoridade de controlo portuguesa, a Comissão Nacional de Proteção de Dados,⁵⁸ estando atualmente em discussão no Parlamento português.⁵⁹

VI. Conclusão: a solução das divergências linguísticas do artigo 3.º, n.º 2 do RGPD

Decorridos dois anos desde a aprovação do RGPD o problema linguístico foi finalmente resolvido. Em 19 de abril de 2018, o Conselho da UE adotou uma “errata/retificação” que uniformiza as várias versões linguísticas do RGPD e corrige erros de tradução.⁶⁰ Neste documento podemos encontrar, entre outras correções, as alterações ao artigo 3.º, n.º 2 das versões oficiais portuguesa e espanhola e a abolição dos critérios de residência.⁶¹

A partir de então, não restam dúvidas de que, para o RGPD ser aplicado a um tratamento de dados pessoais, é irrelevante o local de residência do titular dos dados. Esperemos que o legislador português considere esta “errata” na revisão da Proposta de Lei 120 / XII em curso à data em que escrevemos.

⁵⁸ “Parecer 20/2018”, Comissão Nacional de Proteção de Dados Pessoais, Processo n.º 6275/2018: 5v.

⁵⁹ Toda a informação está disponível em: <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=42368>.

⁶⁰ Documento número 8088/18, Conselho da União Europeia, 19 de abril de 2018, acesso 10 de maio de 2018, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8088-2018-INIT/en/pdf>.

⁶¹ Para a versão em espanhol, página 13, e para a versão em português, página 278. A referida retificação foi publicada no Jornal Oficial da União Europeia de 23 de maio de 2018, L 127/2.