



**Art.º 89.º do RGPD
vão os arquivos subsistir?**

Rafael António^a, Sofia Pina^b

^aConsultor, Portugal, rafael.antonio@sapo.pt.

^bAssesora do EPD - SLB, Portugal, sofia.opina@gmail.com

Resumo:

A entrada em vigor do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) veio implicar grandes mudanças no que respeita aos direitos dos titulares de dados pessoais, já previsto em legislação anterior, mas que desta forma saíram reforçados. A 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 à livre circulação desses dados, contém já grande parte do clausulado que, desde 25 de maio de 2018, passou a ser de aplicação obrigatória em todos os Estados Membros.

Aos titulares dos dados é conferido um conjunto alargado de direitos - Acesso; Retificação; Esquecimento; Limitação do tratamento; Portabilidade; Oposição ao tratamento. Entre estes direitos o “Direito ao Esquecimento” e os “Prazos de Conservação” são os que vêm trazer maiores desafios aos arquivos. Perante todos estes direitos será que vão permanecer os documentos contendo dados pessoais? Como irão ser tratados no futuro os espólios e os arquivos pessoais? O Grupo Europeu de Arquivos (GEA), preocupado com esta nova realidade, elaborou um conjunto de orientações sobre a aplicação do RGPD relativamente ao tratamento de dados pessoais contidos nos fundos arquivísticos. Trata-se de um documento importante que merece ser divulgado e debatido pela comunidade arquivística, o qual foi traduzido pelos autores desta comunicação para a língua portuguesa. Infelizmente, estas orientações foram circunscritas aos arquivos definitivos, deixando por abordar todo o ciclo de vida e ignorando que os documentos do presente, serão aqueles que um dia irão integrar os fundos a custodiar no futuro. Como vamos garantir a memória da sociedade à luz desta nova diretiva? Será possível não intervir desde já sobre todo o ciclo documental, para aproveitar das derrogações possibilitadas pelo art.º 89.º do RGPD? Ou, como defendia Sir Hilary Jenkinson, basta ficar apenas pela preocupação com a guarda das evidências conservadas pelos arquivos definitivos, enquanto garante da memória do passado?

Palavras-chave: Gestão de Arquivos, RGPD, Administração Pública

Art. 89 GDPR

will archives survive?

Abstract:

The entry into force of the General Data Protection Regulation has led to major changes in the protection of natural persons with regard to the processing of personal data, already provided in previous legislation. Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October already contains a large part of the clauses which, from 25 of May 2018, has become mandatory in all Member States. Data subjects are granted a broad set of rights - access; rectification; erasure ('right to be forgotten'); limitation of treatment; portability; restriction of processing. Among these rights, the "right to erasure" and "storage period" are the ones that bring greater challenges to archives. Will survive any documents containing personal data? How will personal archives be treated? Concerned about this new reality, the European Archives Group has developed a set of guidelines on the application of the General Data Protection Regulation for the processing of personal data contained in archival records. It is an important document that deserves to be shared and developed by the archival community, translated by the authors into the Portuguese language. But this concern was only limited to archives, leaving aside the whole records life and forgetting that some of them be those that will be incorporated in the future. How will we ensure the future memory of society in the light of this new directive? Is it acceptable to separate the entire record's life cycle and not to take advantage of the possible derogations in the light of Article 89 of the GDPR? Or, as Sir Hilary Jenkinson argued, rest concerned just with the evidences kept by archives, while guarantor of the memory of the past?

Keywords: Archives, GDPR, Public Administration

Introdução

A entrada em vigor do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) veio implicar grandes mudanças, no que respeita aos direitos dos titulares de dados pessoais, já previsto em legislação anterior, mas que desta forma tornou mais imperativos. A 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, contam já grande parte do clausulado que, desde 25 de maio de 2018, passou a ser de aplicação obrigatória em todos os Estados Membros da União Europeia.

A introdução de maiores requisitos no que respeita aos direitos dos titulares, a publicidade em torno da figura da nomeação de um Encarregado de Proteção de Dados e a possibilidade de aplicação de elevadas coimas induziu na opinião pública um entendimento que o RGPD era para “cumprir” deixando poucos graus de liberdade - na falta de uma certeza o melhor seria aplicar. O facto de ser um regulamento e não uma diretiva e corresponder a um dos mais amplos textos legislativos aprovados nos últimos anos impôs um cuidado especial aos que são chamados a aplicar o mesmo.

Acresce que a introdução de conceitos como direito a ser esquecido, portabilidade de dados, notificação de violação de dados e responsabilidade podem merecer variadas interpretações¹ e suscitar novas reservas ao uso de práticas há muito consolidadas.

Os Arquivos são uma dessas realidades, podendo ser colocada em causa a sua missão de salvaguarda de memória da sociedade, quando isso envolva dados pessoais e não sejam salvaguardadas as derrogações previstas no RGPD. A situação nacional é por isso preocupante, não apenas pelo atraso com que foi iniciada a aplicação do Regulamento, mas, principalmente, pelo vazio legal que não aproveita as diversas derrogações possibilitadas pelo articulado.

Além disto verifica-se que os princípios definidos para “tratamento”, “prazos de conservação”, “segurança” e “medidas técnicas e organizativas” são já uma prática comum na gestão do ciclo de vida dos documentos, pelo que também aqui os profissionais de arquivo deveriam ser chamados a desempenhar um papel importante na proteção de dados pessoais.

As orientações do Grupo Europeu de Arquivos (GEA) são uma ajuda importante para esta discussão, mesmo que restrita aos arquivos definitivos, pelo que deveríamos ir mais longe a tentar perceber se, afinal, a gestão do contínuo documental ou mesmo a tradicional “teoria das três idades” não deveriam merecer uma reflexão alargada de quem pretenda implementar as “medidas técnicas e organizativas” introduzidas pelo RGPD.

1. Regulamento Geral de Proteção de Dados

¹ Ver considerações sobre o articulado do RGPD em: Pinheiro, A. S., (2018). *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*. Lisboa: Almedina.

O RGPD “tem como objetivo contribuir para a realização de um espaço de liberdade, segurança e justiça e de uma união económica, para o progresso económico e social, a consolidação e a convergência das economias a nível do mercado interno e para o bem-estar das pessoas singulares”² e por isso vem responder à constatação de que a “A rápida evolução tecnológica e a globalização criaram novos desafios em matéria de proteção de dados pessoais”³.

Estes considerandos não esquecem, no entanto, os aspetos económicos “pois é importante gerar a confiança necessária ao desenvolvimento da economia digital no conjunto do mercado interno”⁴.

De salientar que as preocupações com a proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados não são novas pois “Os objetivos e os princípios da Diretiva 95/46/CE continuam a ser válidos, mas não evitaram a fragmentação da aplicação da proteção dos dados ao nível da União, nem a insegurança jurídica ou o sentimento generalizado da opinião pública de que subsistem riscos significativos para a proteção das pessoas singulares, nomeadamente no que diz respeito às atividades por via eletrónica.”⁵

Já nos anos 50 do século passado a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (4.11.1950) consagrava no seu art.º 8.º o direito pelo respeito à vida privada e familiar declarando:

1. *Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.*
2. *Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando...*

Em data mais recente, A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2016/C 202/02) reconhece e consagra, entre outros, os seguintes direitos aos nacionais da União Europeia: Respeito pela vida privada e familiar (art.º 7º) e Proteção de dados pessoais (art.º 8º).

O RGPD é composto por 173 considerandos e 99 artigos o que pode constituir uma floresta jurídica difícil de perscrutar pelo explorador menos experiente. Mas os primeiros interessados no seu conhecimento são os cidadãos em geral – os titulares

² REGULAMENTO (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 27 de abril de 2016, JOCE L, 119 (2016-05-04), pág. 1

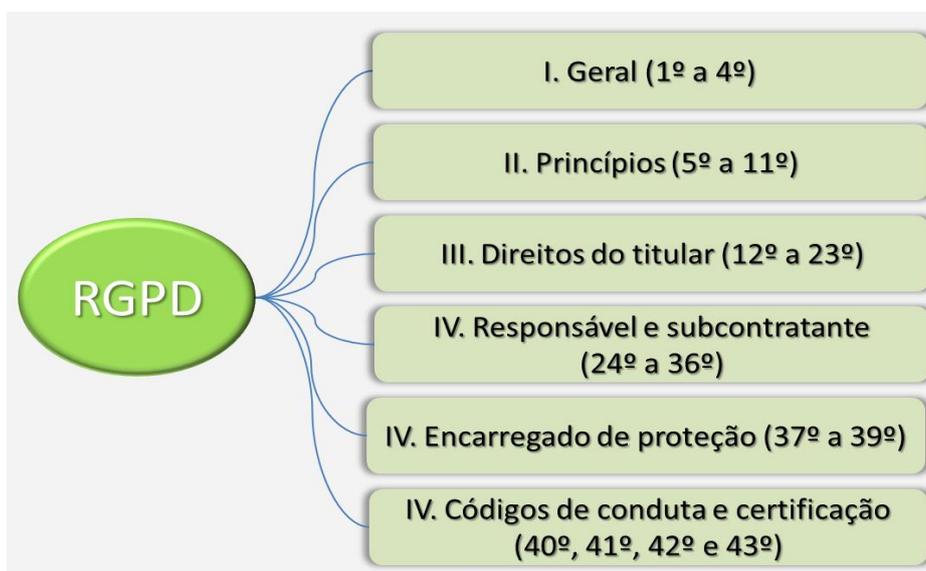
³ Idem, pág. 2

⁴ Idem, pág. 2

⁵ Idem, pág. 2

dos dados pessoais, pelo que importa conseguir um esforço de divulgação e compreensão do mesmo.

A figura seguinte tenta simplificar o emaranhado de artigos, fornecendo uma visão global daquilo que interessa dominar em mais detalhe. Os artigos foram agrupados pelas principais preocupações que abordam e apenas na parte que mais interessa ao cidadão.



Os artigos 1.º a 4.º constituem as disposições gerais que explicam o objetivo e a aplicação sendo o mais útil aquele que através das definições nos ajuda a compreender os conceitos envolvidos. De especial interesse para os arquivos é perceber o que se entende por tratamento: *“operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição;”*⁶

Estamos perante um processo que se equivale em muito ao que ocorre com a gestão do ciclo de vida dos documentos de arquivo.

Os princípios expressos nos artigos 5.º ao 11.º, enquadram a perspetiva legal relacionada com o tratamento dos dados pessoais, em particular quanto à sua licitude – consentimento, execução de um contrato, obrigação jurídica, defesa de interesses vitais, funções de interesse público ou interesses legítimos do responsável pelo

⁶ Idem, pág. 33

tratamento. Incluem-se neste capítulo as condições aplicáveis ao consentimento e ao tratamento de categorias especiais de dados.

O capítulo sobre os direitos do titular dos dados é aquele que mais interessa aos arquivos, pois os artigos 12.º ao 23.º incluem diversas obrigações para o responsável pelo tratamento de dados que estão diretamente relacionadas com a vida dos documentos de arquivo e os dados pessoais neles contidos. São incluídos aqui os direitos relativos à Recolha, Acesso; Retificação; Esquecimento; Limitação do tratamento; Notificação; Portabilidade e Oposição ao tratamento.

Os deveres do responsável pelo tratamento e pelo subcontratante e outras procedimentos conexos são abrangidos nos artigos 24.º a 36.º num capítulo que abrande ainda o entendimento de proteção de dados, desde a conceção e por defeito, os registos das atividades de tratamento, a segurança do tratamento e a avaliação de impacto.

A figura do Encarregado de Proteção de Dados (EPD) está definida nos artigos 37.º a 39.º bem como a elaboração e supervisão dos códigos de conduta e a certificação indicada nos artigos 40.º a 43.º, que encerram este capítulo dedicado ao responsável do tratamento de dados e ao subcontratante.

Os artigos seguintes do RGPD regulam outros aspetos tais como a transferência de dados, as autoridades de controlo, cooperação e coerência, vias de recurso, responsabilidade e sanções e disposições relativas a situações específicas. Aqui devemos destacar o art.º 89.º, pela sua importância quanto às garantias e derrogações relativas ao tratamento para fins de arquivo de interesse público ou para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos. Estão previstas as possibilidades de derrogação de vários artigos relativos aos direitos dos titulares: “Quando os dados pessoais sejam tratados para fins de arquivo de interesse público, o direito da União ou dos Estados-Membros pode prever derrogações aos direitos a que se referem os artigos 15.º, 16.º, 18.º, 19.º, 20.º e 21.º,…”.

Queremos também destacar o tema das coimas, referido no art.º 83.º - Condições gerais para a aplicação de coimas, que tem sido a principal justificação para a implementação do RGPD. Na verdade, este Regulamento pretende ir mais além e tem por objetivo uma mudança da cultura organizacional respeitante à forma como é garantida a proteção dos dados pessoais. Por isso mesmo inclui um ponto onde refere que, para aplicação da coima, deve ser tido em devida consideração “O grau de responsabilidade do responsável pelo tratamento ou do subcontratante tendo em conta as medidas técnicas ou organizativas por eles implementadas nos termos

dos artigos 25.º e 32.º⁷, ou seja a preocupação com as evidências sobre a forma como está implementada a proteção de dados, desde a conceção e por defeito, e a segurança do tratamento.

2. Orientações do Grupo Europeu de Arquivos

O GEA⁸ consciente da necessidade de aplicação do RGPD, pelas entidades que custodiam documentos selecionados para conservação permanente, publicou um conjunto de orientações relativas ao tratamento de dados pessoais contidos nos fundos arquivísticos, com o título *EAG guidelines on the implementation of the General Data Protection Regulation in the Archives Sector*⁹.

Os autores deste artigo, cientes da importância e impacto que o mesmo poderá ter, traduziram para língua portuguesa e publicaram em linha o referido documento, acessível em <https://o2s52d.s.cld.pt>, que pretende ser um pequeno contributo para este esforço de aplicação do RGPD nos arquivos.

A conclusão mais importante destas orientações tem a ver com a oportunidade de aproveitar as derrogações previstas no RGPD. O tratamento de dados pessoais apenas quando é realmente necessário é já uma antiga prática arquivística que tem sempre em consideração ser diferente conservar de fornecer acesso aos dados pessoais. Por isso, as novas disposições do RGPD em nada alteram os períodos de restrição de acesso aos documentos com dados pessoais nem a salvaguarda do princípio da liberdade de acesso à informação. Daqui a importância de ter em consideração as práticas já estabelecidas quando agora se aborda a implementação do RGPD aos arquivos.

No que respeita aos aspetos gerais relativos ao tratamento de dados pessoais (Art.º 5.º) os arquivistas estão familiarizados com a salvaguarda do princípio da confidencialidade, garantindo este princípio enquanto norma basilar para proteger informações confidenciais contra o acesso indevido. Algumas implicações destes princípios são, contudo, menos óbvias e devem ser consideradas:

O princípio da 'transparência' - os arquivos têm a responsabilidade de divulgar informações claras e acessíveis e, sobretudo, porquê e como tratam os dados pessoais e como os titulares dos dados lhe podem aceder;

⁷ RGPD. Art.º 83.º – alínea d) do ponto 2.

⁸ A missão do Grupo Europeu de Arquivos (GEA) destina-se a assegurar a cooperação e coordenação em assuntos relacionados com arquivos sendo um órgão de aconselhamento da Comissão neste domínio.

⁹ https://ec.europa.eu/info/files/guidance-data-protection-archive-services_en

O princípio da 'integridade' – evitando as más práticas que conduzem à perda de documentos contendo dados pessoais, uma violação tanto dos princípios dos arquivistas como do RGPD.

A licitude do tratamento prevista no art.º 6.º é de especial interesse para os arquivistas, relativamente à condição indicada no ponto 1 alínea e) onde o tratamento de dados pessoais é legitimado quando “for necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública”. O interesse público merece referência particular nestas orientações quando destaca no considerando 158 o seu significado: “As autoridades públicas ou os organismos públicos ou privados que detenham documentos de interesse público deverão ser serviços que, nos termos do direito da União ou dos Estados Membros, tenham a obrigação legal de adquirir, conservar, avaliar, organizar, descrever, comunicar, promover, divulgar e facultar o acesso a documentos de valor duradouro no interesse público geral.”

Garantir às pessoas singulares o controlo sobre os seus dados pessoais é um dos principais pressupostos do articulado do RGPD. Por isso foi incluído um conjunto abrangente de direitos (saber que dados são tratados e porquê, o direito ao acesso, ao apagamento, à transferência, etc.), que apenas permitem derrogações limitadas. Mas, arquivar para fins de interesse público é motivo suficiente de derrogação para a maioria dos direitos dos titulares de dados. Em duas situações particulares - “direito à informação” (art.º 14.º) e “direito ao esquecimento” (art.º 17.º), existem mesmo derrogações diretas para fins de arquivo de interesse público.

Em qualquer destes casos, as derrogações não são absolutas, mas sujeitas às garantias enunciadas na alínea 1 do art.º 89.º, isto é, implicam medidas técnicas e organizativas destinadas a reforçar o princípio da minimização de dados e a proteção dos direitos e garantias dos titulares dos dados. Além disso, os serviços de arquivo devem permitir aos titulares dos dados o maior controlo possível. Este princípio tem grande relevância quando os arquivos conservam documentos pessoais de indivíduos vivos, que os doaram, venderam ou depositaram nos arquivos; ou quando preservam entrevistas orais recolhidas em projetos da história oral.

Uma dúvida que se pode colocar tem a ver com o âmbito dos “Fins de arquivo de interesse público”, para identificar quais os arquivos que estão abrangidos nesta definição. Segundo o considerando 158 serão todos os que “tenham a obrigação legal de adquirir, conservar, avaliar, organizar, descrever, comunicar, promover, divulgar e facultar o acesso a documentos de valor duradouro no interesse público geral.” São, em geral, os Arquivos Nacionais ou outros dirigidos pelo Estado ou por organismos públicos. Mesmo que nem todas as entidades que custodiam arquivos

estejam incluídas, importa interpretar o princípio fundamental que tem a ver com a sua missão estatutária para saber quem pode ser abrangido.

Talvez por estes motivos o GEA tenha delimitado as orientações a arquivos que guardam documentos de arquivo selecionados para conservação permanente, deixando de fora todo o restante ciclo de vida documental. Esta é, pois, uma situação que importa clarificar para se intervir desde a fase de produção e conseguir proteger a informação que, só muito mais tarde, irá dar lugar aos arquivos definitivos.

3. Gestão do ciclo de vida dos dados pessoais

O tratamento de dados pessoais, tal como é definido no RGPD, tem em conta a garantia da disponibilidade, autenticidade, integridade e confidencialidade dos dados pessoais conservados ou transmitidos.

São também referidas no Regulamento diversas obrigações de índole técnica e organizativa, como seja o Registo de atividades de tratamento (art.º 30º), a Segurança do tratamento (art.º 32.º) e a Avaliação de impacto sobre a proteção de dados (art.º 35º), todas concorrendo para o objetivo principal de uma Proteção de dados desde a conceção e por defeito (art.º 25.º). De salientar ainda a preocupação com as informações a facultar (art.º 13.º e 14.º) onde se explicita o “Prazo de conservação dos dados pessoais ou, se não for possível, os critérios usados para definir esse prazo” e o “Direito à portabilidade dos dados”.

Todos estes princípios configuram, em muito, tarefas semelhantes às envolvidas no ciclo de vida documental e aos conceitos inerentes à gestão dos documentos de arquivo¹⁰, como sejam a autenticidade, fidedignidade, integridade e usabilidade. Poderemos mesmo admitir que na implementação da proteção de dados pessoais se podem aplicar alguns dos serviços previstos no modelo MoReq2010 como sejam: utilizadores e grupos; perfis; metadados; classificação; avaliação; retenção e exportação.

Pelas razões aduzidas consideramos vantajosa para a implementação do RGPD a aplicação de algumas das práticas da gestão documental. Não podemos ignorar que os dados pessoais são também registados em documentos que necessitam de ser capturados e classificados de forma a garantir o cumprimento dos prazos de conservação legais. Por isso mesmo deve-se adotar uma visão holística do ciclo de vida dos dados pessoais e considerar a importância de uma abordagem

¹⁰ ISO 15489-1 Information and documentation – records management, transposto para a língua portuguesa através da NP 4438 - Norma Portuguesa para Gestão de Documentos de Arquivo

conforme ao contínuo documental¹¹, não sendo por isso aceitável limitar a derrogação prevista no art.º 89 apenas ao caso dos arquivos definitivos.

4. Conclusões

O RGPD, em vez de uma ameaça, pode ser um contributo para a valorização dos arquivos quando entendidos na sua forma mais global, desde a fase de produção até à da conservação permanente. Mas para isso são necessárias intervenções ativas tanto pelas entidades públicas com responsabilidade na coordenação e normalização dos arquivos como pela própria comunidade de profissionais.

Tentou-se mostrar aqui como as práticas arquivísticas são um referencial importante na implementação do Regulamento, até pelas afinidades que os dados pessoais têm com os documentos de arquivo (por estarem contidos nestes). Mas para além de tais evidências é urgente a mobilização de todos para aproveitar as derrogações previstas de modo a evitar a eliminação de dados pessoais importantes para a memória da sociedade. De entre algumas medidas a tomar consideramos importantes as seguintes:

- Sensibilização do Governo e do poder legislativo, em particular a Comissão de Direitos, Liberdades e Garantias para a redação da proposta de lei que visa aplicar o RGPD em Portugal;
- Divulgação das orientações do GEA junto da comunidade profissional e dos Encarregados de Proteção de Dados tendo em vista explicar o sentido do “Prazo de conservação dos dados pessoais e critérios usados para definir esse prazo”, no contexto da arquivística e da sua regulamentação;
- Promoção do MoReq2010, junto dos Responsáveis pelo Tratamento de Dados, de forma a garantir a correta aplicação dos princípios inerentes à salvaguarda dos documentos de arquivo com dados pessoais;
- Introdução nos planos curriculares da formação em Arquivos, dos princípios do RGPD e seu impacto na memória da sociedade.

Só com o envolvimento de todos os arquivos irão subsistir perante os novos tempos do RGPD.

Referências

¹¹ Upward, F. Modelling the continuum as paradigm shift in recordkeeping and archiving processes, and beyond - personal reflection. *Records Management Journal*, 10(3), 115-139.

António, R. (2010). *Desafios Profissionais da Gestão Documental*. Lisboa: Edições Colibri.

António, R. (2012). *A Gestão Documental na perspetiva do MoReq2010*. Lisboa: Edição de Autor.

CONSELHO EUROPEU (2016). Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016. *Jornal Oficial da Comunidade Europeia* L,119 (2016-05-04).

EAG (2018). *Orientações sobre proteção de dados nos arquivos*(trad, R. António & S. Pina). Disponível em <https://vfpo4y.s.cld.pt>.

EUROPEAN COMMISSION (2011). *MoReq2010. Specification: Modular Requirements for Records System*. DLM Forum.

INSTITUTO PORTUGÊS DE QUALIDADE(2005). *NP 4438-1. (2005). Informação e Documentação - Gestão de documentos de arquivo. Parte 1: princípios diretores*. Caparica: IPQ.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (2016). *ISO 15489-1(2016). Information and documentation — Records management — Part 1: Concepts and principles*.

Pinheiro, A. S., Coelho, C., Duarte, T., Gonçalves, C., & Gonçalves, C. (2018). *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*. Lisboa: Almedina.