

O NOVO PARADIGMA DE ATUAÇÃO DA COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS À LUZ DA LEI N.º 58/2019

Ricardo Jorge Alves Lopes

Resumo: O presente artigo tem como fito primordial a análise das competências da Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd) à luz da Lei n.º 58/2019¹, de 8 de agosto, que assegurou a execução, na ordem jurídica nacional, do Regulamento (EU) 2016/679² do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, concernente à proteção das pessoas singulares no que tange ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, e que revogou³ a Lei n.º 67/98⁴, de 26 de outubro, que transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva 95/46/CE⁵ do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção de pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais e à livre circulação desses dados. Tal desiderato implicará uma análise comparativa das duas leis. Analisaremos também – porque intimamente ligada ao novo paradigma de atuação da CNPD – algumas normas da Lei n.º 59/2019⁶, de 8 de agosto, que aprovou as regras relativas ao tratamento de dados pessoais para efeitos de prevenção, deteção, investigação ou repressão de infrações penais ou de execução de sanções penais, transpondo a Diretiva (EU) 2016/680⁷ do

¹ Disponível em https://www.cnpd.pt/bin/legis/nacional/Lei_58_2019.pdf.

² Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>.

³ Ver artigo 66.º, n.º 1, da Lei n.º 58/2019.

⁴ Disponível em <https://www.cnpd.pt/bin/legis/nacional/LPD.pdf>.

⁵ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:31995L0046>.

⁶ Disponível em https://www.cnpd.pt/bin/legis/nacional/Lei_59_2019.pdf.

⁷ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0680>.

Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. No final, tentaremos responder à seguinte pergunta: veio a Lei n.º 58/2019 cercear as competências da CNPD, enquanto autoridade de controlo nacional para efeitos do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD)?

Palavras-Chave: (i) Comissão Nacional de Proteção de Dados; (ii) RGPD; (iii) Lei n.º 58/2019

1. INTRODUÇÃO



partir de 25 de maio de 2018 o RGPD passou a vigorar em toda a União Europeia. E, em sequência, os Estados-Membros depararam-se com a tarefa hercúlea de assegurarem a sua execução nas respetivas ordens jurídicas internas. Em Portugal, tal processo revelou-se moroso, sendo o nosso país um dos últimos a aprovar uma nova lei de proteção de dados pessoais.

A Lei n.º 58/2019 teve a sua génese na Proposta de Lei n.º 120/XIII/3.^{a8} (aprovada pelo Governo em 22 de março de 2018), relativamente à qual foram solicitados vários pareceres de entidades com relevo na área da proteção de dados⁹, a par, outrossim, de contributos de entidades¹⁰ de vários quadrantes da sociedade civil portuguesa.

A 2 de maio de 2018, a Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias (doravante CACDLG) – competente em razão da matéria – emitiu parecer atinente à suprarreferida Proposta de Lei, coadjuvado por nota técnica

⁸ Diário da Assembleia da República, II Série A, N.º 89, XIII Legislatura, 3.ª Sessão Legislativa, de 26 de março de 2018, págs. 30-48.

⁹ Comissão Nacional de Proteção de Dados e Associação Nacional de Municípios Portugueses.

¹⁰ Por exemplo: Associação Portuguesa de Imprensa, Confederação Empresarial de Portugal e Sindicato dos Jornalistas.

elaborada pelos serviços de apoio¹¹.

O Parlamento, a 4 de maio de 2018¹², não aprovou a versão originária da Proposta de Lei n.º 120/XIII/3.^a, e, por requerimento do Partido Socialista – aprovado por unanimidade – a mesma baixou à CACDLG, sem votação, por um período de 45 dias.

Em 23 de maio de 2018, a CACDLG deliberou constituir um Grupo de Trabalho para promover uma nova apreciação da Proposta de Lei n.º 120/XIII/3.^a, promovendo uma série de audições (por exemplo: à CNPD e ao Sindicato dos Jornalistas) e audiências (por exemplo: à Associação dos Profissionais de Proteção e de Segurança de Dados e ao Conselho Nacional de Supervisores Financeiros).

Os Grupos Parlamentares do BE, do CDS-PP, do PCP, do PSD e do PS apresentaram propostas de alteração à supramencionada Proposta de Lei contribuindo assim para uma fecunda e democrática discussão sobre as matérias em apreço.

Em 12 de junho de 2019 – para efeitos de votações sucessivas na generalidade, na especialidade e final global – a CACDLG enviou ao Presidente da Assembleia da República o texto de substituição e relatório da discussão e votação ocorridas no âmbito da nova apreciação na generalidade da Proposta de Lei n.º 120/XIII/3.^a, solicitando, outrossim, que fosse obtido do proponente Governo uma indicação sobre se retirava a Proposta de Lei a favor do texto de substituição da CACDLG¹³.

Na reunião plenária de 14 de junho de 2019, aquando da votação na generalidade, o Governo retirou a sua iniciativa a favor do texto de substituição apresentado pela CACDLG, o qual

¹¹ Diário da Assembleia da República, II Série A, N.º 107, XIII Legislatura, 3.^a Sessão Legislativa, de 2 de maio de 2018, págs. 89-103.

¹² Diário da Assembleia da República, I Série, N.º 81, XIII Legislatura, 3.^a Sessão Legislativa, de 5 de maio de 2018, pág. 45.

¹³ Texto de substituição e relatório da discussão e votação da nova apreciação na generalidade da Proposta de Lei n.º 120/XIII/3.^a, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=42368>.

foi aprovado com os votos favoráveis do PSD, do PS e do Deputado (não inscrito) Paulo Trigo Pereira e com a abstenção do BE, do CDS-PP, do PCP, do PEV e do PAN¹⁴. Em sequência, na votação na especialidade, o texto de substituição foi aprovado por unanimidade¹⁵. Porém, na votação final global, o suprarreferido texto de substituição foi novamente aprovado apenas com os votos favoráveis do PSD, do PS e do Deputado (não inscrito) Paulo Trigo Pereira e com a abstenção do BE, do CDS-PP, do PCP, do PEV e do PAN¹⁶.

No dia 8 de agosto de 2019, por fim, foi publicada a Lei n.º 58/2019¹⁷, que entrou em vigor no dia seguinte ao da sua publicação¹⁸.

2. AS COMPETÊNCIAS DA CNPD ATRIBUÍDAS PELA LEI N.º 67/98, DE 26 DE OUTUBRO

(I) O RGPD alterou o paradigma da Diretiva 95/46/CE, que estabelecia uma obrigação geral de notificação do tratamento de dados pessoais às autoridades de controlo¹⁹. Tal paradigma foi expressamente vertido no artigo 27.º, n.º 1, da Lei n.º 67/98, a saber:

“O responsável pelo tratamento ou, se for caso disso, o seu representante deve notificar a CNPD antes da realização de um tratamento ou conjunto de tratamentos, total ou parcialmente automatizados, destinados à prossecução de uma ou mais finalidades interligadas”.

Além disso, em certos casos – na verdade, na maioria das vezes – havia um controlo administrativo prévio, por parte da

¹⁴ Diário da Assembleia da República, I Série, N.º 96, XIII Legislatura, 4ª Sessão Legislativa, de 15 de junho de 2019, pág. 37.

¹⁵ Diário da Assembleia da República, I Série, N.º 96, XIII Legislatura, 4ª Sessão Legislativa, de 15 de junho de 2019, pág. 38.

¹⁶ Diário da Assembleia da República, I Série, N.º 96, XIII Legislatura, 4ª Sessão Legislativa, de 15 de junho de 2019, pág. 38.

¹⁷ Diário da República, I Série, N.º 151, de 8 de agosto de 2019, págs. 3-40.

¹⁸ Ver artigo 68.º, n.º 1, da Lei n.º 58/2019.

¹⁹ Ver artigo 18.º, n.º 1, da Diretiva 95/46/CE e considerando 89 do RGPD.

CNPD, concernente aos tratamentos²⁰ elencados no n.º 1, do artigo 28.º, da Lei n.º 67/98, que, por serem considerados de maior risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares, o seu tratamento dependia sempre de autorização para o início da atividade²¹.

No que concerne à atividade decisória da CNPD, os dados estatísticos constantes nas tabelas infra²², atinentes aos processos entrados entre 2014 e 2018, revelam-se conclusivos quanto à predominância das notificações de tratamentos de dados no número total de processos entrados.

²⁰ Tratamento de dados sensíveis (artigo 7.º, n.º 2 e artigo 8.º, n.º 2, da Lei n.º 67/98), a saber: dados pessoais referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem racial ou étnica e dados relativos à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos, e, outrossim, dados pessoais relativos a suspeitas de atividades ilícitas, infrações penais, contra-ordenações e decisões que apliquem penas, medidas de segurança, coimas e sanções acessórias [artigo 28.º, n.º 1, al. a)]; tratamento de dados pessoais relativos ao crédito e à solvabilidade dos seus titulares [artigo 28.º, n.º 1, al. b)]; a interconexão de dados pessoais prevista no artigo 9.º [artigo 28.º, n.º 1, al. c)]; a utilização de dados pessoais para fins não determinantes da recolha [artigo 28.º, n.º 1, al. d)].

²¹ Pelo mesmo diapasão, Catarina Pina Gonçalves [Comentário ao artigo 36.º do RGPD (Consulta prévia), pág. 464]: “o RGPD abandonou o paradigma da notificação e controlo prévio, em que as autoridades de controlo asseguravam a centralização e notificações (registos) de operações de tratamento, pronunciando-se relativamente à autorização de tratamentos considerados de maior risco para os direitos dos titulares”, in: Alexandre Sousa Pinheiro (coord.), autores cristina Pimenta Coelho... [et al.], Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados, 1ª edição, Coimbra, Almedina, 2018.

²² Comissão Nacional de Proteção de Dados, Relatório de Atividades – 2017-2018, pág. 6, disponível em https://www.cnpd.pt/bin/relatorios/anos/Relatorio_201718.pdf.

Número de processos entrados (até 24 maio 2018)



Tabela 1

Número de Notificações (até 24 de maio de 2018)

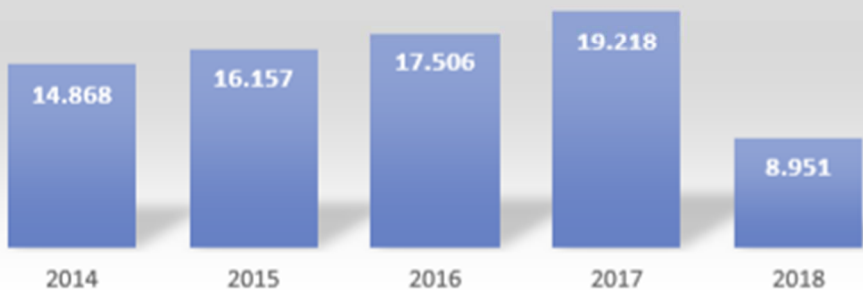


Tabela 2

Nas tabelas 1 e 2, os dados estatísticos referentes ao ano de 2018 balizam apenas o período compreendido entre 1 de janeiro e 24 de maio, já que – sublinhe-se de novo – a partir de 25 de maio, com a aplicação do RGPD em Portugal, “os

tratamentos de dados pessoais deixaram de ser previamente notificados à CNPD, tendo praticamente cessado o poder autorizativo desta”²³.

(II) Uma outra atividade fulcral da CNPD, à luz da Lei n.º 67/98, era a de fiscalização sucessiva “*do cumprimento das disposições legais e regulamentares em matéria de proteção de dados pessoais, em rigoroso respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades e garantias consagradas na Constituição e na lei*” (cfr. artigo 22.º, n.º 1, da Lei n.º 67/98).

Esta atividade fiscalizadora implicava, via de regra, a realização de inspeções em todo o território nacional, impulsionadas por reclamações, queixas ou petições dos particulares [cfr. artigo 23.º, n.º 1, al. k), da Lei n.º 67/98] ou, então, a pedido de qualquer pessoa, perscrutando da licitude de um tratamento de dados, sempre que esse tratamento estivesse sujeito a restrições de acesso ou de informação [cfr. artigo 23.º, n.º 1, al. j), da Lei n.º 67/98] ou, por fim, em sede de auditorias de âmbito mais geral, por iniciativa da própria CNPD.

A tabela infra²⁴ espelha o número de inspeções realizadas pela CNPD entre 2014 e 2018, e dela podemos retirar a seguinte ilação: o número de ações de fiscalização revela-se deveras reduzido se comparado ao número de notificações de tratamentos de dados.

²³ Comissão Nacional de Proteção de Dados, Relatório de Atividades – 2017-2018, pág. 22, disponível em https://www.cnpd.pt/bin/relatorios/anos/Relatorio_201718.pdf.

²⁴ Comissão Nacional de Proteção de Dados, Relatório de Atividades – 2017-2018, pág. 6, disponível em https://www.cnpd.pt/bin/relatorios/anos/Relatorio_201718.pdf.



Tabela 3

(III) A CNPD também tinha, à luz da Lei n.º 67/98, competência sancionatória²⁵, quando a prática dos responsáveis pelos tratamentos de dados – públicos ou privados – constituísse contraordenação.

Os dados estatísticos disponibilizados pela CNPD²⁶, referentes ao período compreendido entre 2014 e 2018, encontram-se plasmados na tabela infra:

²⁵ O n.º 1, do artigo 42.º, da supramencionada Lei estatua que “a aplicação das coimas previstas na presente lei compete ao Presidente da CNPD, sob prévia deliberação da Comissão”, acrescentando o n.º 2 que “a deliberação da CNPD, depois de homologada pelo Presidente, constitui título executivo, no caso de não ser impugnada no prazo legal”.

²⁶ Comissão Nacional de Proteção de Dados, Relatório de Atividades – 2016, pág. 13, disponível em https://www.cnpd.pt/bin/relatorios/anos/Relatorio_2016.pdf.
Comissão Nacional de Proteção de Dados, Relatório de Atividades – 2017-2018, págs. 13 e 27, disponível em https://www.cnpd.pt/bin/relatorios/anos/Relatorio_201718.pdf.

Contraordenações				
2014	2015	2016	2017	2018
1341	1506	1267	1381	1104

Tabela 4

No que concerne às coimas²⁷ aplicadas pela CNPD, no âmbito da sua atividade sancionatória, os dados estatísticos, relativos ao mesmo período, são os consignados na tabela infra:



Tabela 5

(IV) À luz da Lei n.º 67/98, a atividade consultiva²⁸ e orientadora da CNPD revelava-se fulcral, pois traduzia-se na emissão de pareceres sobre “*disposições legais, bem como sobre instrumentos jurídicos em preparação em instituições comunitárias ou internacionais, relativos ao tratamento de dados pessoais*” [cfr. artigo 23.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 67/98]. E, depois, esses pareceres ficavam disponíveis no sítio da CNPD na Internet, constituindo um lastro esclarecedor perante as eventuais dúvidas que pudessem surgir, por parte de entidades públicas ou privadas, relativamente às matérias supra elencadas.

(V) A CNPD tinha, outrossim, uma atividade internacional relevante, mormente no âmbito da União Europeia. Cabi-

²⁷ *Id. Ibid.*, pág. 28.

²⁸ Ver artigo 22.º, n.º 2, da Lei n.º 67/98.

lhe, portanto, “assegurar a representação junto de instâncias comuns de controlo e em reuniões comunitárias e internacionais de entidades independentes de controlo da proteção de dados pessoais, bem como participar em reuniões internacionais no âmbito das suas competências, designadamente exercer funções de representação e fiscalização no âmbito dos sistemas Schengen e Europol, nos termos das disposições aplicáveis” [cfr. artigo 23.º, n.º 1, alínea m), da Lei n.º 67/98]. E, aqui, cabe realçar a sua qualidade de membro integrante²⁹ do Grupo Europeu de Proteção de Dados – comumente designado por “Grupo de Trabalho do Artigo 29.º” – precisamente, porque instituído pelo n.º 1, do artigo 29.º, da Diretiva 95/46/CE³⁰.

(VI) No que tange à sua natureza, o n.º 1, do artigo 21.º, da Lei n.º 67/98, estatuiu que a CNPD era uma entidade administrativa independente, com poderes de autoridade, que funcionava junto da Assembleia da República³¹. Não era, portanto, uma entidade reguladora. E, como tal, estava fora do âmbito de aplicação da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras³², a qual determina, no n.º 1 do artigo 1.º, que “a presente lei-quadro estabelece os princípios e as normas por que se regem as entidades administrativas independentes com funções de regulação e de promoção e defesa da concorrência respeitantes às

²⁹ Ver artigo 29.º, n.º 2, da Diretiva 95/46/CE.

³⁰ O artigo 29.º, n.º 1, da Diretiva 95/46/CE, estabelece que “é criado um Grupo de proteção das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, a seguir designado «grupo»”, o qual promove um profícuo debate de ideias relativamente a toda e qualquer questão que possa eclodir na órbita da proteção das pessoas singulares no que concerne ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. E, se é verdade que as suas decisões têm caráter meramente consultivo (cfr. artigo 29.º, n.º 1, 2.º parágrafo, da suprarreferida Diretiva), não menos verdade é o grau de consideração e acatamento que as mesmas têm, quer pelas instituições europeias, quer pelos Estados-Membros da União Europeia.

³¹ Ver, outrossim, o artigo 2.º da Lei n.º 43/2004, de 18 de agosto (Lei de organização e funcionamento da CNPD).

³² Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, na sua 3.ª versão – a mais recente – dada pela Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1983&tabela=leis.

atividades económicas dos sectores privado, público, cooperativo e social”.

Esta destriça é pertinente se pensarmos na questão das garantias das pessoas, máxime da garantia de recurso, sob a égide do direito constitucionalmente consagrado a um processo equitativo³³⁻³⁴. Ora bem: tal processo “*ficará sempre salvaguardado se, pelo menos, estiver garantida a possibilidade de revisão das decisões condenatórias proferidas pelas autoridades independentes por via de recurso externo de jurisdição plena*”³⁵.

Assim, enquanto o recurso de impugnação das decisões da CNPD segue para o Tribunal Central Administrativo³⁶, o recurso de impugnação das decisões das entidades reguladoras segue para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão³⁷.

(VII) A CNPD tinha legitimidade para intervir em processos judiciais no caso de violações das disposições da Lei n.º 67/98 e devia denunciar ao Ministério Público as infrações penais de que tivesse conhecimento, no exercício das suas funções e por causa delas³⁸.

Competia ao Ministério Público representar a CNPD em juízo³⁹.

3. AS COMPETÊNCIAS DA CNPD ATRIBUÍDAS PELA LEI

³³ Ver artigo 20.º, n.º 4, in fine, da Constituição da República Portuguesa.

³⁴ Relativamente ao processo equitativo, ver também o 2.º parágrafo do artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000/C 364/01) e o n.º 1, do artigo 6.º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, disponível em http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf e https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf.

³⁵ Paulo de Sousa Mendes, “Poderes de busca e inspeção: o caso especial dos *dawn raids*”, pág. 150, in: Carla Amado Gomes/Ana Fernanda Neves (coord.), “Estudos sobre a Atividade Inspetiva”, 1ª edição, Lisboa, AAFDL, 2018.

³⁶ Ver artigo 23.º, n.º 3, in fine, da Lei n.º 67/98.

³⁷ Ver artigo 10.º, n.º 1, da Lei n.º 46/2011, de 24 de junho, que criou o tribunal de competência especializada para propriedade intelectual e o tribunal de competência especializada para a concorrência, regulação e supervisão, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1363&tabela=leis.

³⁸ Ver artigo 22.º, n.º 5, da Lei n.º 67/98.

³⁹ Ver artigo 22.º, n.º 6, da Lei n.º 67/98.

N.º 58/2019, DE 8 DE AGOSTO

(I) No que tange ao seu objeto, a Lei n.º 58/2019 é de uma meridiana clareza:

“A presente lei assegura a execução, na ordem jurídica interna, do Regulamento (EU) 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” (cfr. artigo 1.º).

Por outras palavras: sendo esta matéria tratada em sede de Regulamento, a competência exclusiva sobre a mesma coube à União Europeia. E, portanto, apelidar a Lei n.º 58/2019 de “Lei Portuguesa de Proteção de Dados” seria uma hipérbole desmedida, já que o corpus normativo se encontra plasmado no RGPD e não na supramencionada Lei. Ainda assim, porém, fixou os limites – deixados em aberto – de alguns preceitos do RGPD. Por exemplo: a idade mínima para que uma criança possa dar o seu consentimento para que os seus dados pessoais possam ser utilizados para efeitos de comercialização de serviços da sociedade da informação. O RGPD estatui que, nestes casos, o consentimento é válido se a criança tiver pelo menos 16 anos. No entanto, faz a seguinte ressalva: qualquer Estado-Membro pode dispor no seu direito uma idade inferior para os efeitos referidos, desde que essa idade não seja inferior a 13 anos (cfr. artigo 8.º, n.º 1, do RGPD). E, precisamente, foi essa a idade mínima fixada pelo n.º 1, do artigo 16.º, da suprarreferida Lei⁴⁰⁻⁴¹.

⁴⁰ O fito do RGPD não foi a congruência entre todos os Estados-Membros no que tange a uma idade mínima exigida, porquanto alguns deles já tinham fixado idades inferiores a 16 anos – é o caso da Espanha (13 anos), da Áustria (14 anos) ou da França (15 anos) [cfr. Cristina Pimenta Coelho, Comentário ao artigo 8.º do RGPD (Condições aplicáveis ao consentimento de crianças em relação aos serviços da sociedade da informação), pág. 232], in: Alexandre Sousa Pinheiro (coord.), autores Cristina Pimenta Coelho... [et al.], Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados, 1ª edição, Coimbra, Almedina, 2018.

⁴¹ Não perfilhamos a opção pelos 13 anos como a idade mínima exigida, comungando da argumentação da CNPD – plasmada no Parecer n.º 20/2018, relativo à Proposta de Lei n.º 120/XIII/3.ª, pág. 34 – a qual defendia que “*se tomasse por referência o critério*

(II) Se réstia de dúvida houvesse, o artigo 3.º da Lei n.º 58/2019, dissipa-a por completo:

“A Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd) é a autoridade de controlo nacional para efeitos do RGPD e da presente lei”.

Esta definição teve o seu suporte no n.º 1, do artigo 51.º, do RGPD, segundo o qual *“os Estados-Membros estabelecem que cabe a uma ou mais autoridades públicas independentes a responsabilidade pela fiscalização da aplicação do presente regulamento, a fim de defender os direitos e liberdades fundamentais das pessoas singulares relativamente ao tratamento e facilitar a livre circulação desses dados na União («autoridade de controlo»)”.*

(III) A propalada mudança de paradigma, ocorrida com o RGPD, traduziu-se no desaparecimento do controlo administrativo prévio⁴², por um lado, e no reforço do poder de fiscalização, por outro. Ou seja: a atividade inspetiva da CNPD – comumente tida como residual durante a vigência da Lei n.º 67/98 – deverá, tendencialmente, aumentar⁴³, face ao hercúleo desígnio de *“fiscalizar o cumprimento das disposições do RGPD e das demais disposições legais e regulamentares relativas à proteção de dados pessoais e dos direitos, liberdades e garantias dos titulares dos dados”* [cfr. artigo 6.º, n.º 1, al. a), da Lei n.º 58/2019].

Suscitam-se, porém, várias questões no âmbito do reforço do poder de fiscalização da CNPD.

A primeira questão relaciona-se com o número bastante

fixado no Código Penal, no artigo 38.º, n.º 3, quanto ao consentimento como causa de exclusão da ilicitude penal: 16 anos”, disponível em https://www.cnpd.pt/bin/decisoes/Par/40_20_2018.pdf.

⁴² Ver considerando 89 e artigo 5.º, n.º 2 e artigo 24.º do RGPD.

⁴³ No Relatório de Atividades referente ao ano de 2016, a Presidente da CNPD – Filipa Calvão –, em nota introdutória, assinalava que *“o cerne da atividade da CNPD, no novo quadro jurídico já em vigor desde 2016 – isto é: desde a aprovação do RGPD, em 15 de abril desse ano – é precisamente o da fiscalização”*. Comissão Nacional de Proteção de Dados, Relatório de Atividades – 2016, pág. 2, disponível em https://www.cnpd.pt/bin/relatorios/anos/Relatorio_2016.pdf.

reduzido de trabalhadores especializados na atividade inspetiva ao serviço da CNPD. Segundo dados consignados no Relatório de Atividades do biénio de 2017-2018⁴⁴, atinentes aos recursos humanos afetos à CNPD, apenas 4 pessoas exerciam funções no “Serviço de Informática e Inspeção”. De sublinhar que esta designação remonta à versão originária da Lei n.º 43/2004, de 18 de agosto, que regula a organização e o funcionamento da CNPD, bem como o estatuto pessoal dos seus membros (cfr. artigo 1.º). Cabe aludir, aqui, ao artigo 22.º, que tinha como epígrafe “*Organização dos serviços de apoio*”. O n.º 1 deste preceito estabelecia que a CNPD dispunha de serviços de apoio próprios. O n.º 2, em sequência, elencava-os, a saber: Serviço Jurídico (SJ); Serviço de Informação e Relações Internacionais (SIRI); Serviço de Informática e Inspeção (SII) e Serviço de Apoio Administrativo e Financeiro (SAAF). Porém, com a entrada em vigor da Lei n.º 58/2019, houve necessidade de alterar diversos artigos da Lei n.º 43/2004⁴⁵, e, entre eles, o artigo 22.º, cuja epígrafe permaneceu inalterável. A nova redação do n.º 1 estatui que “*a CNPD dispõe de serviços de apoio próprios que compreendem unidades e núcleos*”. O n.º 2, por seu turno, determina que “*os serviços de apoio são constituídos pelas seguintes unidades*:

- a) *Unidade de Direitos e Sanções;*
- b) *Unidade de Inspeção;*
- c) *Unidade de Relações Públicas e Internacionais;*
- d) *Unidade de Informática;*
- e) *Unidade de Apoio Administrativo e Financeiro”.*

A nova sistematização dos serviços de apoio da CNPD individualiza numa unidade autónoma a atividade inspetiva, revelando-se premente a curto prazo o aumento dos recursos humanos a alocar a essa unidade, sob pena de denegação das suas

⁴⁴ Comissão Nacional de Proteção de Dados, Relatório de Atividades – 2017-2018, pág. 33, disponível em https://www.cnpd.pt/bin/relatorios/anos/Relatorio_2016.pdf.

⁴⁵ Dispõe o artigo 67.º da Lei n.º 58/2019 que “*é republicada em anexo à presente lei, da qual faz parte integrante, a Lei n.º 43/2004, de 18 de agosto, com a redação atual e com as necessárias correções formais*”.

próprias finalidades.

A segunda questão prende-se com as competências atribuídas à Unidade de Inspeção. O artigo 24.º-A da Lei n.º 43/2004 – aditado pela Lei n.º 58/2019 – determina, no proémio, que “*compete à Unidade de Inspeção realizar inspeções e auditorias no âmbito dos processos em curso, com mandato do presidente da CNPD, em especial:*

a) Fiscalizar a conformidade do tratamento de dados pessoais, podendo para tal aceder às instalações do responsável e do subcontratante, aos equipamentos, aos meios de tratamento de dados, bem como a toda a documentação que se revele necessária”.

As regras específicas atinentes aos poderes de investigação encontram-se previstas no n.º 1, do artigo 58.º, do RGPD. E, por sua vez, o n.º 2, do artigo 6.º, da Lei n.º 58/2019, estatui que “*a CNPD exerce as competências previstas no artigo 58.º do RGPD*”⁴⁶.

⁴⁶ Alexandre Sousa Pinheiro propugna que o desígnio principal do artigo 58.º do RGPD “*consiste em garantir uma identidade de poderes em todos os Estados-Membros, o que constitui, segundo o considerando 129, uma forma de assegurar uma igualdade na intervenção das autoridades, o que não acontecia com os diversos atos de transposição da Diretiva n.º 95/46/CE*”.

O 1º parágrafo do considerando 129 do RGPD é deveras assertivo neste ponto, a saber: “*a fim de assegurar o controlo e a aplicação coerentes do presente regulamento em toda a União, as autoridades de controlo deverão ter, em cada Estado-Membro, as mesmas funções e poderes efetivos, incluindo poderes de investigação, poderes de correção e de sanção, e poderes consultivos e de autorização, nomeadamente em caso de reclamação apresentada por pessoas singulares, sem prejuízo dos poderes das autoridades competentes para o exercício da ação penal ao abrigo do direito do Estado-Membro, tendo em vista levar as violações ao presente regulamento ao conhecimento das autoridades judiciais e intervir em processos judiciais*”.

Tendo em conta o considerando 129 do RGPD, Alexandre Sousa Pinheiro conclui que “*a identidade dos poderes a serem exercidos nos diversos Estados-Membros deve levar em linha de conta regras de Direito Interno*”, pois “*trata-se de áreas em que o Direito da União Europeia não é competente, pelo que terá que existir uma articulação entre os propósitos do RGPD e as regras nacionais de direito processual penal e direito sancionatório, de uma forma geral*” – Comentário ao artigo 58.º do RGPD (Poderes), pág. 558, in: Alexandre Sousa Pinheiro (coord.), autores Cristina Pimenta Coelho... [et al.], Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados, 1ª edição, Coimbra, Almedina, 2018.

Assim sendo, cumpre elencar os poderes de investigação⁴⁷ elencados no n.º 1, do artigo 58.º, do RGPD, a saber:

- i) Recolha de informações (alínea a);
- ii) Realização de investigações como auditorias (alínea b);
- iii) Rever certificações (alínea c);
- iv) Notificar o responsável pelo tratamento ou o subcontratante de eventuais violações ao RGPD (alínea d);
- v) Aceder a informações sobre dados pessoais conservados pelo responsável pelo tratamento ou pelo subcontratante (alínea e);
- vi) Aceder às instalações, equipamentos e meios de tratamento de dados nos termos do Direito dos Estados-Membros e da União Europeia (alínea f).

Da enumeração destes poderes resulta claro que a condução da investigação poderá circunscrever-se apenas à aplicação de sanções ou, pura e simplesmente, à alteração ou revogação de atos de natureza administrativa.

Centremo-nos agora nos conceitos “inspeção” e “auditoria”.

Paulo Sousa Mendes preconiza que “*as autoridades independentes têm de ser rigorosas na forma como exercem as suas competências, dado que a fronteira entre as diligências preventivas de supervisão e os procedimentos de investigação dos indícios da prática de uma infração que antecedem o sancionamento é muito ténue*”⁴⁸. Em sequência, clarifica: “*as inspeções e auditorias são atos administrativos de conteúdo verificativo, no âmbito de uma relação institucional em que o dever de colaboração do inspecionado ou auditado tem como contrapartida a comunicação prévia por parte da autoridade administrativa do como e quando serão realizadas as diligências, de maneira a assegurar o máximo resultado das mesmas*”⁴⁹. Aqui,

⁴⁷ O artigo 58.º do RGPD destriça entre poderes de investigação (n.º 1), poderes de correção (n.º 2) e poderes consultivos e de autorização (n.º 3).

⁴⁸ Paulo de Sousa Mendes, “Poderes de busca e inspeção: o caso especial dos *dawn raids*”, pág. 150, in: Carla Amado Gomes/Ana Fernanda Neves (coord.), “Estudos sobre a Atividade Inspetiva”, 1ª edição, Lisboa, AAFDL, 2018.

⁴⁹ *Id. Ibid.*, pág. 158, in: Carla Amado Gomes/Ana Fernanda Neves (coord.), “Estudos

dever-se-á ter presente, por um lado, o dever de colaboração, e, por outro, a obrigatoriedade (ou não) de comunicação prévia, por parte da autoridade administrativa, da data e da finalidade da inspeção ou auditoria a realizar.

Relativamente ao dever de colaboração, encontra-se previsto no artigo 8.º da Lei n.º 58/2019. O n.º 1 preceitua que “*as entidades públicas e privadas devem prestar a sua colaboração à CNPD, facultando-lhes todas as informações que por esta lhes sejam solicitadas, no exercício das suas atribuições e competências*”. Por seu turno, o n.º 2 esclarece que “*o dever de colaboração é assegurado, designadamente, quando a CNPD tiver necessidade, para o cabal exercício das suas funções, de examinar o sistema informático e os ficheiros de dados pessoais, bem como toda a documentação relativa ao tratamento e transmissão de dados pessoais*”. Ora bem: é nossa convicção que a CNPD deverá ter sempre presente, aquando da determinação do montante da coima, se, no decurso da inspeção ou da auditoria, a entidade inspecionada ou auditada cumpriu cabalmente o dever de colaboração. O próprio RGPD, de resto, n.º 2 do artigo 83.º determina que, “*consoante as circunstâncias de cada caso, as coimas são aplicadas para além ou em vez das medidas referidas no artigo 58.º, n.º 2, alíneas a) a h) e j) e, como tal, “ao decidir sobre a aplicação de uma coima e sobre o montante da coima em cada caso individual, é tido em devida consideração [...] o grau de cooperação com a autoridade de controlo, a fim de sanar a infração e atenuar os seus eventuais efeitos negativos*” (cfr. artigo 83, n.º 2, 2º parágrafo e alínea f, do RGPD).

Relativamente à obrigatoriedade (ou não) de comunicação prévia, por parte da autoridade administrativa, da data e da finalidade da inspeção ou auditoria a realizar, há que distinguir “*a forma como a autoridade de controlo tomou conhecimento da infração, em especial, se o responsável pelo tratamento ou o subcontratante a notificaram, e em caso afirmativo, em que*

medida o fizeram” [cfr. artigo 83, n.º 2, alínea. h), do RGPD]. Pois bem: se a CNPD tomar conhecimento da infração através de denúncia ou participação⁵⁰ ou até mesmo notícia da comunicação social⁵¹, não deverá comunicar previamente à entidade (pública ou privada) a data e a finalidade da inspeção a realizar. Consideramos que, nestes casos, apenas as inspeções⁵² se perfilam como o meio mais adequado para apurar a conformidade (ou não) do tratamento de dados pessoais e a existência (ou não) da infração. Ao invés, se a entidade (pública ou privada) notificar a CNPD da infração – máxime, antes de conhecê-la por denúncia, participação ou notícia da comunicação social – propugnamos que a CNPD deverá comunicar previamente, a essa entidade, a data e a finalidade da auditoria a realizar. A razão de, nestes casos, escolhermos as auditorias em vez das inspeções, reside na própria matriz – não coerciva⁵³, e porventura corretiva – das auditorias.

A terceira questão – a mais controversa, sem traço de

⁵⁰ Segundo o n.º 1, do artigo 17.º, da Lei n.º 43/2004, “as denúncias e participações são apresentadas por escrito, em local específico para o efeito no sítio da CNPD, sem prejuízo de, excepcionalmente, desde que devidamente fundamentado, se admitir a sua apresentação por correio eletrónico ou correio postal, podendo ser exigida a confirmação da identidade dos seus autores”.

⁵¹ Foi, precisamente, através de notícias veiculadas na comunicação social, que a CNPD tomou conhecimento das “supostas” infrações ocorridas nas instalações do hospital do Barreiro, as quais foram posteriormente confirmadas na ação inspetiva efetuada aos sistemas de gestão e acesso à informação nas instalações do hospital. Em sequência, a CNPD condenou o Centro Hospitalar do Barreiro Montijo, EPE – por acesso irregular aos dados clínicos dos doentes – aplicando-lhe uma coima de 400 mil euros (cfr. Deliberação n.º 984/2018, da CNPD, disponível em https://www.cnpd.pt/bin/decisoes/Delib/20_984_2018.pdf).

⁵² “As inspeções não estão na disponibilidade dos respetivos destinatários e são geralmente não solicitadas”, Apud Florentin Blanc, *Inspections reforms...*, cit., pág. 4: Ana Fernanda Neves, “Aproximação à atividade inspetiva: delimitação, princípios, poderes e deveres”, pág. 19, in: Carla Amado Gomes/Ana Fernanda Neves (coord.), “Estudos sobre a Atividade Inspetiva”, 1ª edição, Lisboa, AAFDL, 2018.

⁵³ Ana Fernanda Neves, “Aproximação à atividade inspetiva: delimitação, princípios, poderes e deveres”, pág. 24, in: Carla Amado Gomes/Ana Fernanda Neves (coord.), “Estudos sobre a Atividade Inspetiva”, 1ª edição, Lisboa, AAFDL, 2018.

dúvida – reside na convicção, por parte de João Gabriel⁵⁴, de que o Ministério Público é a autoridade pública independente com responsabilidade pela fiscalização da aplicação do RGPD em Portugal relativamente a todos os factos que correspondam à prática de qualquer um dos crimes previstos na Lei n.º 58/2019.

Ponto prévio: são sete os crimes elencados na Lei n.º 58/2019, a saber:

- i) Utilização de dados de forma incompatível com a finalidade da recolha (artigo 46.º);
- ii) Acesso indevido (artigo 47.º);
- iii) Desvio de dados (artigo 48.º)
- iv) Viciação ou destruição de dados (artigo 49.º);
- v) Inserção de dados falsos (artigo 50.º);
- vi) Violação do dever de sigilo (artigo 51.º);
- vii) Desobediência (artigo 52.º).

Ora bem: João Gabriel defende que a Lei n.º 58/2019 veio “*desarranjar o Processo Penal português*”⁵⁵. Tal desalinho deve-se ao artigo 55.º, que tem como epígrafe “Concurso de infrações”. Dissequemo-lo, então:

- N.º 1: “*Se o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contraordenação, o agente é sempre punido a título de crime*” – esta redação é exatamente igual à do n.º 1, do artigo 39.º, da Lei n.º 67/98, que versava sobre a mesma matéria. De resto, tal redação é um decalque da que consta no regime geral do ilícito de mera ordenação social⁵⁶ (1ª parte do artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 433/82).
- N.º 2: “*Quando se verifique concurso de crime e contraordenação, ou quando, pelo mesmo facto, uma pessoa*

⁵⁴ João Gabriel (2019, 14 de agosto), “A CNPD vai descalça”, jornal Público, disponível em <https://www.publico.pt/2019/08/14/sociedade/opiniaao/cnpd-vai-descalca-1883162>.

⁵⁵ *Id. Ibid.*

⁵⁶ O regime do ilícito de mera ordenação social foi instituído pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, em vigor, presentemente, com a redação dada pela Lei n.º 109/2001, de 24 de dezembro.

*deva responder a título de crime e outra a título de contraordenação, o processamento da contraordenação cabe às autoridades competentes para o processo criminal, nos termos do regime geral do ilícito de mera ordenação social*⁵⁷ – o tal “desarranjo” é provocado por esta norma⁵⁸, pois esvazia literalmente a competência fiscalizadora da CNPD sempre que esteja em causa a prática de um dos sete crimes elencados nos artigos 46.º a 52.º da Lei n.º 58/2019. O papel de guardião, esse, caberá por inteiro ao Ministério Público. Vejamos o seguinte exemplo: no caso já referido de acesso irregular a dados clínicos dos doentes, por parte do hospital do Barreiro – máxime, porque não foi assegurado que apenas os médicos e pessoal autorizado tivessem acesso a esses dados, a par, outrossim, da criação de perfis de acesso mais abrangentes do que os devidos –, após a veiculação desses factos na comunicação social – os quais, portanto, deverão ser considerados, pelo menos, um indício de crime de acesso indevido –, à luz do n.º 2, do artigo 55.º, da Lei n.º 58/2019, resultará que, por um lado, a CNPD, no limite, ao tomar conhecimento da infração, deverá denunciá-la ao Ministério Público, conforme preceitua o artigo 36.º da mesma lei, e, por outro, caberá exclusivamente a este último a competência para fiscalizar, em concreto, da veracidade do crime de acesso indevido.

Aqui chegados, cabe formular a seguinte pergunta: em que casos poderá a CNPD – enquanto autoridade de controlo nacional para efeitos do RGPD – exercer a sua competência de fiscalização da aplicação do RGPD em território nacional?

João Gabriel – mais uma vez – dá-nos a resposta⁵⁹: apenas naqueles casos que configurem uma violação do RGPD mas

⁵⁷ Esta redação é, por sua vez, um decalque da que consta no n.º 1 do artigo 38.º do regime geral do ilícito de mera ordenação social.

⁵⁸ Não existia norma equivalente na Lei n.º 67/98.

⁵⁹ *Id. Ibid.*

não sejam sequer indício de um dos crimes elencados na Lei n.º 58/2019, ou, então, nos casos de violação de deveres formais (por exemplo: a não realização de uma avaliação de impacto quando esta é obrigatória, nos termos do n.º 1, do artigo 35.º, do RGPD⁶⁰).

(IV) Analisar com minúcia a competência sancionatória da CNPD afigura-se-nos, à partida, um propósito demasiado ambicioso relativamente ao assunto que nos propusemos abordar, e, por isso, restringiremos a nossa apreciação aos artigos que cerceiam à atuação da CNPD no exercício desta competência.

Antes disso, contudo, uma breve referência à base legal concernente a esta matéria:

- No RGPD, temos os artigos 83.º (Condições gerais para a aplicação de coimas) e 84.º (Sanções);
- Na Lei n.º 58/2019, os artigos inseridos na Secção II (Contraordenações), a saber: 37.º (Contraordenações muito graves); 38.º (Contraordenações graves); 39.º (Determinação da medida da coima); 40.º (Prescrição do procedimento por contraordenação); 41.º (Prazo de prescrição das coimas); 42.º (Destino das coimas); 43.º (Cumprimento do dever omitido); 44.º (Âmbito de aplicação das contraordenações); 45.º (Regime subsidiário).
- Na Lei n.º 43/2004, temos os artigos 22.º (Organização dos serviços de apoio) e 24.º (Unidade de Direitos e Sanções).

O artigo 83.º do RGPD é, talvez, aquele que mais ceuleuma suscitou nos cidadãos e nas empresas, máxime, pelos montantes elevadíssimos das coimas que veio consagrar. Todavia, o seu fito primacial foi o de fixar um quadro sancionatório

⁶⁰ “Quando um certo tipo de tratamento, em particular que utilize novas tecnologias e tendo em conta a sua natureza, âmbito, contexto e finalidades, for suscetível de implicar um elevado risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares, o responsável pelo tratamento procede, antes de iniciar o tratamento, a uma avaliação de impacto das operações de tratamento previstas sobre a proteção de dados pessoais” (artigo 35.º, n.º 1, do RGPD).

único para todos os Estados-Membros da União Europeia.

Antes do RGPD, existiu a Diretiva 95/46/CE, a qual – como todas as diretivas comunitárias – não tinha aplicabilidade direta nos vários Estados-Membros, remetendo “*para o direito interno de cada um a adoção das sanções a aplicar, o que determinou uma diversidade de quadros sancionatórios (contraordenacionais e penais) de acordo com as escolhas de cada legislador nacional*”⁶¹. Ora: os regulamentos, ao invés, são diretamente⁶² aplicáveis em todos os Estados-Membros da União Europeia. Por isso, com o RGPD, dissipou-se qualquer traço de dúvida que pudesse subsistir no que concerne à existência, hoje, no Direito Europeu, de uma tipificação de contraordenações e respetivas coimas no âmbito do regime sancionatório da proteção de dados pessoais.

A regra geral, no tocante a esta matéria, encontra-se vertida no n.º 1 do artigo 83.º:

“Cada autoridade de controlo assegura que a aplicação de coimas nos termos do presente artigo relativamente a violações do presente regulamento a que se referem os n.ºs 4, 5 e 6 é, em cada caso individual, efetiva, proporcionada e dissuasiva”.

O busílis radica, a nosso ver, no n.º 3 do artigo 39.º e no n.º 2 do artigo 44.º da Lei n.º 58/2019.

O n.º 3 do artigo 39.º estabelece que “*exceto em caso de dolo, a instauração de processo de contraordenação depende de prévia advertência do agente, por parte da CNPD, para cumprimento da obrigação omitida ou reintegração da proibição violada em prazo razoável*”. Esta é uma das normas que a CNPD – na Deliberação/2019/494⁶³, de 3 de setembro – decidiu

⁶¹ Cristina Pimenta Coelho, Comentário ao artigo 83.º do RGPD (Condições gerais para a aplicação de coimas), pág. 640], in: Alexandre Sousa Pinheiro (coord.), autores Cristina Pimenta Coelho... [et al.], Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados, 1ª edição, Coimbra, Almedina, 2018.

⁶² Por força do artigo 288.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

⁶³ Disponível em https://www.cnpd.pt/bin/decisoes/Delib/DEL_2019_494.pdf.

desaplicar⁶⁴, a fim de, cabalmente, “assegurar o primado do direito da União Europeia e a plena efetividade do RGPD”⁶⁵.

Tomemos como nossas as palavras plasmadas na Deliberação/2019/494, que apontam certeiras à raiz da discórdia: “ao impor à CNPD um passo prévio à decisão de abertura de um procedimento sancionatório, que se consubstancia numa advertência para a correção da ilicitude dentro de um prazo razoável, esta norma estabelece um regime especial para as condutas ilícitas praticadas com negligência pelos responsáveis pelos tratamentos, o qual não é compatível com o regime previsto no RGPD”⁶⁶.

Esse regime encontramos-lo no corpo do n.º 2 do artigo 83.º: “consoante as circunstâncias de cada caso, as coimas são aplicadas para além ou em vez das medidas referidas no artigo 58.º, n.º 2, alíneas a) a h) e j)”. [Não nos esqueçamos que o n.º 2 do artigo 58.º prevê e elenca os poderes de correção atribuídos às autoridades nacionais de controlo.] Ou seja: o n.º 2 do artigo 83.º atribui à CNPD um indiscutível poder discricionário de, perante uma violação das normas do RGPD, poder optar por aplicar uma coima, fazer uma repreensão ou uma advertência ou, então, ordenar a adoção de medidas que levem ao cumprimento do RGPD. Nesse mesmo sentido, aliás, a seguinte passagem da supramencionada deliberação: “o n.º 2 do artigo 83.º reconhece às autoridades nacionais de controlo o poder de,

⁶⁴ As outras normas da Lei n.º 58/2019 que a CNPD não aplicará, nas situações de tratamento de dados pessoais que venha a apreciar, são as seguintes: artigo 2.º, n.ºs 1 e 2; artigo 20.º, n.º 1; artigo 23.º; artigo 28.º, n.º 3, alínea a); artigo 37.º, n.º 1, alíneas a), h) e K), e n.º 2; artigo 38.º, n.º 1, alínea b), e n.º 2; artigo 61.º, n.º 2 e artigo 62.º, n.º 2.

⁶⁵ A CNPD ressalva expressamente que “torna pública esta sua deliberação, com o intuito de assegurar a transparência dos seus procedimentos decisórios futuros e nesta medida contribuir para a certeza e segurança jurídicas”, e, como tal, “a não aplicação, em futuros casos concretos, das disposições legais elencadas tem por consequência a aplicação direta das normas do RGPD que estavam a ser por aquelas manifestamente restringidas, contrariadas ou comprometidas no seu efeito útil” (cfr. Deliberação/2019/494, pág. 11v.).

⁶⁶ Cfr. Deliberação/2019/494, pág. 10.

*casuisticamente, optar pela aplicação apenas de coima, aplicação de coima e medida corretiva, ou aplicação isolada de uma ou mais medidas corretivas previstas no n.º 2 do artigo 58.*⁶⁷. E, chegados aqui, subscrevemos integralmente a conclusão da CNPD plasmada na deliberação, a saber: “*é esse poder discricionário que indiscutivelmente é atribuído às autoridades de controlo nacionais (...) que a norma ínsita do n.º 3 do artigo 39.º da Lei n.º 58/2019 está a restringir, impondo em abstrato à CNPD a adoção de uma específica medida corretiva, independentemente das circunstâncias de cada caso (uma vez que apenas atende à natureza negligente da infração) e sem permitir acumular imediatamente a aplicação de uma sanção*”⁶⁸.

O n.º 2, do artigo 44.º, da Lei n.º 58/2019 é, por seu turno, uma norma suscetível de criar conflitos de diversa índole. Enunciemo-lo, então:

“Nos termos do disposto no n.º 7 do artigo 83.º do RGPD, as entidades públicas, mediante pedido devidamente fundamentado, podem solicitar à CNPD a dispensa da aplicação de coimas durante o prazo de três anos a contar da entrada em vigor da presente lei”.

Ponto prévio: a primeira versão da Proposta de Lei n.º 120/XIII/3.^a não previa esta norma. O propósito era, *tout court*, isentar as entidades públicas da aplicabilidade das coimas previstas no RGPD⁶⁹. Tal propósito foi severamente criticado por preconizar uma discriminação intolerável entre entidades públicas e privadas. A CNPD, através do Parecer n.º 20/2018⁷⁰, de 2 de maio, apreciou exaustivamente a Proposta de Lei, e, nas suas conclusões, propugnou pela eliminação de várias disposições, entre elas, o regime excecional previsto no artigo 44.º.

⁶⁷ *Id. Ibid.*

⁶⁸ *Id. Ibid.*

⁶⁹ A redação do n.º 1 do artigo 44.º da Proposta de Lei n.º 120/XIII/3.^a não deixava dúvidas quanto ao seu desígnio: “*Nos termos do disposto no n.º 7 do artigo 83.º do RGPD, não se aplicam às entidades públicas as coimas previstas no RGPD e na presente lei*”.

⁷⁰ Disponível em https://www.cnpd.pt/bin/decisoes/Par/40_20_2018.pdf.

A CNPD, por um lado, ressaltou que “o n.º 7 do artigo 83.º do RGPD admite que os Estados-Membros definam se as autoridades públicas ficam sujeitas a coimas e em que medida (...), pelo que uma disposição como a do artigo 44.º da Proposta de Lei não viola o teor literal do RGPD”⁷¹⁻⁷²; por outro, propugnou que “a opção assumida no ordenamento jurídico português foi, desde 1991, a de estabelecer o mesmo e exato regime jurídico de proteção de dados pessoais para todos os responsáveis por tratamentos de dados, independentemente da natureza jurídica privada ou pública dos mesmos”⁷³. Assim, à guisa de conclusão, frisou não descortinar qualquer “razão para excluir do regime sancionatório contraordenacional e penal as entidades públicas, sob pena de ter de se concluir pela violação do princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da CRP”⁷⁴.

Posto isto, a Lei n.º 58/2019, aparentemente, foi de feição a calar o coro de clamores que se levantou, ao estabelecer uma norma – o n.º 1 do artigo 44.º – que ia de encontro à opção perfiçada no nosso ordenamento jurídico, desde 1991, a saber:

“As coimas previstas no RGPD e na presente lei aplicam-se de igual modo às entidades públicas e privadas”.

O desvio desse trilho ocorre, contudo, com o disposto na já citada norma do n.º 2 do artigo 44.º, que permite às entidades públicas – mediante pedido devidamente fundamentado –

⁷¹ Parecer n.º 20/2018, pág. 14v.

⁷² A reminiscência do artigo 24.º da Diretiva 95/46/CE – o qual arrogava aos Estados-Membros a possibilidade de tomarem as medidas adequadas para assegurarem a plena aplicação da Diretiva, determinando, nomeadamente, as sanções a aplicar em caso de violação das disposições adotadas nos termos da mesma – esteve na génese do n.º 1 do artigo 83.º do RGPD. E porquê? Ora: precisamente porque “alguns Estados-Membros não previram nas respetivas legislações sanções para o incumprimento do regime de proteção de dados pessoais por parte de entidades públicas” (cfr. Parecer n.º 20/2018, pág. 14, verso). Assim se compreende, portanto, a redação dada ao n.º 7 do artigo 83.º do RGPD, mormente o trecho “os Estados-Membros podem prever normas que permitam determinar se e em que medida as coimas podem ser aplicadas às autoridades e organismos públicos estabelecidos no seu território”.

⁷³ *Id. Ibid.*

⁷⁴ *Id. Ibid.*, pág. 15v.

solicitarem à CNPD a dispensa de aplicação de coimas durante o prazo de três anos⁷⁵ a contar da entrada em vigor⁷⁶ da suprarreferida lei.

O nosso entendimento, relativamente à possibilidade de dispensa de aplicação de coimas às entidades públicas, só pode ser um: o legislador nacional teve sempre o intuito de não aplicar às entidades públicas o regime sancionatório contraordenacional previsto no RGPD. Aliás: na própria Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 120/XIII/3.^a, depois de se aludir ao paradigma que esteve subjacente ao legislador europeu – a saber: o paradigma das grandes multinacionais que geram redes sociais ou aplicações informáticas à escala global, envolvendo a recolha e utilização intensivas de dados pessoais – assevera-se, sem traço de pejo, que *“algumas das soluções jurídicas que foram plasmadas para esse universo revelam-se por vezes desproporcionadas ou mesmo desadequadas para a generalidade do tecido empresarial nacional e para a Administração Pública, aos quais o RGPD, todavia, também se aplica”*⁷⁷. Mas o cerne da questão, esse, radica – e afirmamo-lo plenamente convictos – nos eventuais custos que possam resultar da aplicabilidade de coimas às entidades públicas. Aliás: só essa inquietação justifica, por parte do legislador nacional, a sua – aparentemente, inquestionável – ilação: *“a aplicação deste regulamento resultará em encargos administrativos elevados, que em muitos casos não se encontram suficientemente justificados pelos benefícios obtidos com o novo regime de proteção de dados pessoais relativamente ao regime atual”*⁷⁸. E conclui: *“são justamente estes*

⁷⁵ O n.º 2 do artigo 44 deve ser conjugado com o artigo 59.º da mesma Lei, que, tendo como epígrafe “Aplicabilidade das coimas às entidades públicas”, estabelece que *“A possibilidade de não aplicabilidade de coimas às entidades públicas, nos termos previstos no n.º 2 do artigo 44.º da presente lei, deve ser objeto de reavaliação três anos após a entrada em vigor da presente lei”*.

⁷⁶ Ou seja: as entidades públicas podem solicitar à CNPD a dispensa de aplicação de coimas até 9 de agosto de 2022.

⁷⁷ Proposta de Lei n.º 120/XIII, 3.^a, pág. 1.

⁷⁸ *Id. Ibid.*

*encargos que, sempre que possível, a presente proposta de lei visa mitigar (...), garantindo um adequado equilíbrio entre a devida proteção dos titulares de dados pessoais, a liberdade de iniciativa económica e a tarefa estadual de promoção do bem-estar social*⁷⁹.

Após a entrada em vigor da Lei n.º 58/2019, diversas entidades públicas solicitaram à CNPD a dispensa da aplicação de coimas durante três anos, invocando o disposto no n.º 2 do artigo 44.º e no artigo 59.º dessa Lei. Tais pedidos, todavia, não resultaram de um qualquer processo de natureza contraordenacional que esteja a correr contra essas entidades públicas. Afigura-se nos ser, inequivocamente, um expediente meramente preventivo, com o intuito de salvaguardar, desde logo, essa “dispensa”, na eventualidade – diríamos, na certeza – de, no futuro, ocorrer a prática de um qualquer facto ilícito, por parte dessas entidades públicas, do qual resulte uma violação do RGPD ou da Lei n.º 58/2019. Aliás: a nossa convicção é que muitas entidades públicas têm plena consciência que ocorrem sistemáticas violações⁸⁰ das disposições legais em matéria de proteção de dados pessoais, mas, devido à ínfima atividade inspetiva da CNPD – pelo menos, por enquanto – o risco de serem punidas é mínimo. Daí, portanto, a tentação de, preventivamente, pedirem à CNPD a dispensa de aplicação de coimas, por forma a perpetuarem o seu incumprimento.

Impelida por tal desiderato, veio a CNPD tornar pública – na Deliberação/2019/495⁸¹, de 3 de setembro – a sua interpretação das normas contidas no n.º 2 do artigo 44.º e no artigo 59.º da Lei n.º 58/2019. Enunciamo-la, então:

⁷⁹ *Id. Ibid.*

⁸⁰ Tenhamos presente a prática – enraizada na Administração Pública face à escassez de recursos humanos, máxime, técnicos superiores – de colocar assistentes técnicos a desempenharem funções cuja complexidade funcional tipicamente se insere na carreira de técnico superior. A consequência mais nefasta deste *modus operandi* é o acesso indiscriminado a informação confidencial, a qual, em princípio, só deve estar acessível aos técnicos superiores.

⁸¹ Disponível em https://www.cnpd.pt/bin/decisoes/Delib/DEL_2019_495.pdf.

- Em 1º lugar, “*interpreta o disposto no n.º 2 do artigo 44.º da Lei n.º 58/2019 no sentido de este lhe conferir um poder discricionário de apreciar, apenas no caso concreto de verificação da prática de um facto ilícito em violação do disposto no RGDPD ou naquela lei, se se justifica afastar a regra legal de aplicação de uma sanção pecuniária (coima) a um determinado organismo público, enquanto responsável pelo tratamento (ou subcontratante), tendo em conta os diferentes interesses e direitos em presença*”⁸².
- Em 2º lugar, esclarece que “*o prazo de três anos previsto no artigo 59.º do mesmo diploma legal tem o alcance de delimitar o período de tempo durante o qual as entidades públicas têm a faculdade de solicitar a dispensa e a CNPD está vinculada a apreciar e decidir tais pedidos concretamente fundamentados que lhe forem apresentados por entidades públicas no âmbito de processos em curso contra as mesmas*”⁸³.

Assim – e não poderíamos estar mais de acordo – a CNPD concluiu que “*a dispensa prevista no n.º 2 do artigo 44.º da Lei n.º 58/2019 só pode ser requerida pelas entidades públicas e decidida após a notificação da acusação da prática de um ilícito contraordenacional, no âmbito de um concreto processo de natureza contraordenacional*”⁸⁴.

Porém, o cerne do problema – e afirmamo-lo convictamente – radica na possibilidade de, no futuro, em termos efetivos, a CNPD não aplicar uma sanção pecuniária a uma entidade pública, no âmbito de um concreto processo contraordenacional.

Antes de tudo, tenhamos presente a já atrás aflorada posição de princípio da CNPD, relativamente a esta vexata quaestio, plasmada no Parecer n.º 20/2018, a saber: “*a CNPD entende*

⁸² Cfr. Deliberação/2019/495, pág. 1.

⁸³ *Id. Ibid.*, pág. 2.

⁸⁴ *Id. Ibid.*

que o disposto nos artigos 44.º e 54.º da Proposta de Lei, ao não sujeitar ou ao isentar as entidades públicas do regime sancionatório, viola o princípio da igualdade e fragiliza a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos no contexto de tratamentos de dados pessoais por entidades públicas”⁸⁵. Aliás: tal posição é replicada no Parecer n.º 24/2018⁸⁶⁻⁸⁷, de 28 de maio, o qual apreciou a Proposta de Lei n.º 125/XIII/3.ª – estabelecia as regras relativas ao tratamento de dados pessoais para efeitos de prevenção, deteção, investigação ou repressão de infrações penais ou de execução de sanções penais, transpondo a Diretiva (EU) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016.

Pois bem: o busílis subjacente a este problema afigura-se exclusivamente de natureza financeira, ou seja: a possibilidade de dispensa de aplicação de coimas às entidades públicas, com os correlatos benefícios monetários destas em contraposição aos inevitáveis gastos monetários das entidades privadas face à obrigatoriedade de pagamento de coimas aplicadas pela CNPD, em caso de concreta violação das disposições do RGPD e da Lei n.º 58/2019. Aqui, coloca-se a inescapável questão da violação do princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa (CRP).

Porém, cremos, uma segunda questão se coloca – no que tange à violação do princípio da igualdade – se, hipoteticamente, a CNPD, por um lado, dispensar a entidade pública *x* do pagamento de coima, atendendo ao seu pedido devidamente fundamentado (o qual, certamente, não deixará de invocar razão de natureza financeira) e, por outro, aplicar às entidades públicas *y*

⁸⁵ Parecer n.º 20/2018, pág. 16.

⁸⁶ Disponível em https://www.cnpd.pt/bin/decisooes/Par/40_24_2018.pdf.

⁸⁷ “*Não existem questões jurídicas ou de natureza financeira novas que possam justificar a novidade de uma solução de não sujeição das entidades públicas a sanções sempre que se verifique a violação das regras legais de proteção de dados, recomendando a CNPD a previsão legal de um regime sancionatório para os responsáveis e para os subcontratantes que tenham natureza pública*” (cfr. Parecer n. 24/2018, pág. 5v.).

ou z uma coima (relativamente a igual violação do RGPD ou da Lei n.º 58/2019, perpetrada pela entidade pública x), mesmo que estas últimas tenham invocado, nos respetivos pedidos, precisamente, razão de natureza financeira.

Para responder à primeira questão, antes de tudo, tenhamos presente o artigo 13.º da CRP, o qual consagra o princípio da igualdade. O seu n.º1 estatui que *“todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”*⁸⁸. Depois, atentemos à aclaração do sentido de *“lei”* nesse preceito, sugerida por Jorge Miranda: *“lei no artigo 13.º significa ordem jurídica: princípio da igualdade diz respeito a todas as funções do Estado e exige criação e aplicação igual da lei, da norma jurídica. Os seus destinatários vêm a ser então, além dos órgãos políticos e legislativos (...), os tribunais e os órgãos administrativos”*⁸⁹. Atentemos, outrossim, ao n.º 2 do artigo 266.º da CRP: *“os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé”*. Por fim, consideremos os sentidos – negativo e positivo – do princípio da igualdade:

- Jorge Miranda realça que *“o sentido primário do princípio é negativo: consiste na vedação de privilégios e de discriminações”*⁹⁰ – em consonância com a redação do n.º 2 do artigo 13.º da CRP: *“ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever...”* – elucidando, de seguida, que *“privilégios são situações de vantagem não*

⁸⁸ Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis.

⁸⁹ Jorge Miranda, “Manual de Direito Constitucional, Tomo IV – Direitos Fundamentais”, 3ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pág. 245.

⁹⁰ Jorge Miranda, “Manual de Direito Constitucional, Tomo IV – Direitos Fundamentais”, 3ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pág. 238.

- fundadas e discriminações situações de desvantagem*”⁹¹.
- Por seu turno, explicita que “*mais rico e exigente vem a ser o sentido positivo*”⁹², a saber:
 - a) *“Tratamento igual de situações iguais;*
 - b) *Tratamento desigual de situações desiguais mas substancial e objetivamente desiguais e não criadas ou mantidas artificialmente pelo legislador;*
 - c) *Tratamento em moldes de proporcionalidade das situações relativamente iguais ou desiguais e que, consoante os casos, se converte para o legislador ora em mera faculdade, ora em obrigação;*
 - d) *Tratamento das situações não apenas como existem mas também como devem existir, de harmonia com os padrões da Constituição material (acrescentando-se, assim, uma componente ativa ao princípio e fazendo da igualdade perante a lei uma verdadeira igualdade através da lei)*”⁹³.

Antes de responder à primeira questão por nós formulada, vejamos o seguinte exemplo: a CNPD, no âmbito da sua atividade inspetiva, em duas inspeções por si conduzidas, concluiu pela verificação da prática do mesmo facto ilícito em violação do disposto no RGPD ou na Lei n.º 58/2019, por parte de uma entidade privada (a empresa *x*) e, também, por parte de uma entidade pública (o instituto público *y*). Neste caso, a CNPD, ao dispensar o instituto público *y* do pagamento da coima, estará, *tout court*, a privilegiar esta entidade pública, atribuindo-lhe uma vantagem de natureza financeira: o não pagamento da coima. Ao invés, a obrigatoriedade, por parte da empresa *x*, de efetuar esse mesmo pagamento, resulta numa discriminação, pois coloca esta última numa situação de desvantagem perante o instituto público *y*. Ou seja: estamos perante uma inapelável

⁹¹ *Id. Ibid.*

⁹² *Id. Ibid.*, pág. 239.

⁹³ *Id. Ibid.*, págs. 239 e 240.

violação do sentido negativo do princípio da igualdade. Todavia, ocorrerá, outrossim, uma violação do sentido positivo deste princípio, espelhada no tratamento desigual – i. é: obrigatoriedade do pagamento da coima para a empresa *x*, a sua dispensa para o instituto público *y* – de duas situações exatamente iguais: a prática do mesmo facto ilícito em violação do disposto no RGDPD ou na Lei n.º 58/2019.

Por seu turno, no que tange à segunda questão, consideremos o seguinte – decerto inverosímil – exemplo: a CNPD, no âmbito da sua atividade inspetiva, conduz uma série de ações de fiscalização à Autoridade Tributária e Aduaneira⁹⁴ (AT) – máxime, às Direções de Finanças e às Alfândegas⁹⁵ – e ao Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social, I.P.⁹⁶ (IGFSS, I.P.) – máxime, às Secções de Processo Executivo⁹⁷ da Segurança

⁹⁴ “A Autoridade Tributária e Aduaneira (...) é um serviço da administração direta do Estado dotado de autonomia administrativa”, que “tem por missão administrar os impostos, direitos aduaneiros e demais tributos que lhe sejam atribuídos” [cfr. artigo 1.º, n.º 1 e artigo 2.º, n.º 1, 1.ª parte, do Decreto-Lei n.º 118/2011 (aprova a orgânica da Autoridade Tributária e Aduaneira), de 15 de dezembro, na sua redação atual, dada pela Lei n.º 89/2017, de 21 de agosto, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1578&tabela=leis].

⁹⁵ “Os serviços desconcentrados da AT integram, a nível regional, as direções de finanças e as alfândegas” [cfr. artigo 35.º, n.º 1, 1.ª parte, da Portaria n.º 320-A/2011 (estabelece a estrutura nuclear da Autoridade Tributária e Aduaneira e as competências das respetivas unidades orgânicas e fixa o limite máximo de unidades orgânicas flexíveis), de 30 de dezembro, na sua redação atual, dada pela Portaria n.º 155/2018, de 29 de maio, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1590&tabela=leis].

⁹⁶ “O Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social, I.P. (...) é um instituto público de regime especial, nos termos da lei, integrado na administração indireta do Estado, dotado de autonomia administrativa e financeira e património próprio” (cfr. artigo 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 84/2012, disponível em http://www.seg-social.pt/documents/10152/594374/DL_84_2012/f6037f54-99d3-4793-bad3-6845958def66).

⁹⁷ As Secções de Processo Executivo da Segurança Social são unidades orgânicas territorialmente desconcentradas e integram o Departamento de Gestão da Dívida do IGFSS, I.P. (cfr. artigo 1.º, n.ºs 4.º e 5.º do Anexo à Portaria n.º 417/2012, de 19 de dezembro, a qual, no seu artigo 1.º, determina que “são aprovados, em anexo à presente Portaria e da qual fazem parte integrante, os estatutos do IGFSS, I.P.”), disponível em <https://dre.tretas.org/dre/305454/portaria-417-2012-de-19-de-dezembro>.

Social. E, no fim, a CNPD conclui que, sem exceção, todas as Direções de Finanças e Alfândegas da AT e, igualmente, todas as Secções de Processo Executivo do IGFSS, I.P., praticaram o mesmo facto ilícito em violação do disposto no RGPD ou na Lei n.º 58/2019. E, em sequência, quer as Direções de Finanças e Alfândegas da AT, quer as Secções de Processo Executivo do IGFSS, I.P., solicitam à CNPD, mediante pedido devidamente fundamentado, a dispensa da aplicação das respetivas coimas. Suponhamos que a argumentação plasmada nos pedidos apresentados – quer pelas Direções de Finanças, quer pelas Alfândegas – não logrará acolhimento junto da CNPD, a qual aplicará a todas elas a mesma coima (de montante elevado). Ao invés, a CNPD aceitará a fundamentação dos pedidos – de dispensa da aplicação de coima – apresentados pelas Secções de Processo Executivo do IGFSS, I.P. Depois, tenhamos presente o seguinte: a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas⁹⁸ estabelece que “*podem ser criados (...) sistemas de recompensa do desempenho (...) em função de resultados obtidos em equipa*”⁹⁹. Pois bem: atendendo a esse desiderato, atualmente, pode ser atribuído um prémio de desempenho aos trabalhadores da AT¹⁰⁰ – a todos, sem exceção – e aos dirigentes intermédios e trabalhadores do IGFSS, I.P.¹⁰¹ – apenas os que exercem funções de cobrança de dívida no Departamento de Gestão da Dívida – com a finalidade

⁹⁸ Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, na sua 13.ª versão – a mais recente – dada pela Lei n.º 79/2019, de 2 de setembro, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2171&tabela=leis.

⁹⁹ Ver artigo 168.º, n.º 1, da Lei n.º 35/2014.

¹⁰⁰ Ver artigo 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 335/97 [criou o Fundo de Estabilização Tributário (FET), de 2 de dezembro, disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/406321/details/normal>]. Ver, outrossim, o Decreto-Lei n.º 113/2017 (procedeu à fusão do Fundo de Estabilização Aduaneiro no Fundo de Estabilização Tributário), de 7 de setembro, disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/108113698/details/maximized>.

¹⁰¹ Ver artigo 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 56/2019 (reforçou os poderes e os incentivos aplicáveis à cobrança de dívida à Segurança Social), de 26 de abril, disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/122168904/details/maximized>. Ver, também, artigo 2.º do Anexo referido no artigo 4.º, n.º 1, do supramencionado decreto-lei.

de recompensar o respetivo desempenho, sempre que sejam atingidos os objetivos de cobrança de dívida anualmente definidos, respetivamente, no Quadro de Avaliação e Responsabilização (QUAR) da AT¹⁰² e do IGFSS, I.P.¹⁰³. Ora bem: o pagamento da totalidade das coimas, por parte das Direções de Finanças e Alfândegas, resultará, nesse ano, numa despesa extraordinária para a AT. Por seu turno, a dispensa concedida às Secções de Processo Executivo da Segurança Social redundará na atribuição de uma vantagem de natureza patrimonial ao IGFSS, I.P., o qual não terá, nesse ano, qualquer despesa extraordinária resultante do pagamento de coimas pela prática de facto ilícito (no nosso exemplo, do mesmo facto ilícito) em violação do disposto no RGPD ou na Lei n.º 58/2019. Neste caso, do nosso ponto de vista, ocorrerá uma dupla violação do princípio da igualdade, a saber:

- Ocorrerá, em 1º lugar, uma violação deste princípio nos exatos termos descritos na resposta à 1ª questão suscitada, ou seja, naqueles casos em que uma entidade privada e uma entidade pública praticam o mesmo facto ilícito, e a CNPD aplica a coima apenas à entidade privada.
- Ocorrerá, em 2º lugar, uma violação do princípio da igualdade – aparentemente (e de novo) nos exatos termos descritos na resposta à 1ª questão suscitada – naqueles casos em que duas entidades públicas praticam o mesmo facto ilícito, e a CNPD aplica a coima apenas a uma

¹⁰² Disponível no Portal das Finanças (<https://www.portaldasfinancas.gov.pt/at/html/index.html>), clicar em “Informação Fiscal e Aduaneira”, Menu, clicar em “A AT”, clicar em “Instrumentos de Gestão” e, por fim, clicar em “QUAR – Quadro de Avaliação e Responsabilização da AT”. Ver, também, a Portaria n.º 97/2019 [fixou a percentagem de receitas do Fundo de Estabilização Tributário (FET) para o ano de 2019], de 2 de abril, disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/121854638/details/maximized>.

¹⁰³ Ver artigo 2.º, n.º 1, da Portaria n.º 173/2019 (procedeu à definição dos termos em que se concretiza a atribuição dos prémios de desempenho previstos no n.º 2 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 56/2019, de 26 de abril), de 5 de junho, disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/122498965/details/maximized>.

delas. Porém, aqui, os efeitos dessa violação poderão atingir não só a entidade pública condenada ao pagamento da coima, mas, também, eventualmente, os seus próprios trabalhadores. Retomemos o nosso exemplo: o membro do Governo responsável pela área das finanças¹⁰⁴, face à despesa extraordinária resultante do pagamento das coimas por parte das Direções de Finanças e Alfândegas, poderá fixar, por portaria, no ano seguinte – e partindo do pressuposto que os trabalhadores da AT atingiram os objetivos de cobrança de dívida definidos no QUAR desse ano – uma percentagem do prémio¹⁰⁵ a atribuir, porventura, inferior àquela que, em princípio, seria fixada se não tivesse ocorrido essa despesa extraordinária no ano anterior. Ao invés, o IGFSS, I.P. – partindo do mesmo pressuposto – poderá propor ao membro do Governo da área da segurança social¹⁰⁶ o montante máximo de prémio a atribuir aos dirigentes intermédios e trabalhadores do Departamento de Gestão da Dívida, que, a ser aceite – não só por este mas também pelo membro do Governo responsável pela área das finanças – será, depois, fixado em portaria aprovada por ambos¹⁰⁷. Pois bem: aqui, teremos que ter presente uma outra vertente do sentido positivo do princípio da igualdade: *“tratamento das situações não apenas como existem mas*

¹⁰⁴ Ver artigo 5.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 335/97 (definiu os órgãos, o ativo e as receitas do Fundo de Estabilização Tributário), de 2 de dezembro, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 113/2017 (procedeu à fusão do Fundo de Estabilização Aduaneiro no Fundo de Estabilização Tributário), de 7 de setembro.

¹⁰⁵ O valor do prémio a atribuir aos trabalhadores da AT poderá atingir o montante máximo de 5% das cobranças coercivas derivadas de processos instaurados pela AT e das receitas de natureza fiscal arrecadadas no âmbito da aplicação do Decreto-Lei n.º 124/96, de 10 de agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 235-A/96, de 9 de dezembro [cfr. artigo 5.º, n.º 1, alínea a), do supracitado Decreto-Lei n.º 335/97, nos termos supracitados].

¹⁰⁶ Ver prómio do n.º 2 do artigo 2 e, também, a sua alínea b), da Portaria n.º 173/2019, de 5 de junho.

¹⁰⁷ Ver artigo 2.º, n.º 3, da Portaria n.º 173/2019, de 5 de junho.

*também como devem existir, de harmonia com os padrões da Constituição material*¹⁰⁸, ou seja, a CNPD, ao concluir pela verificação da prática do mesmo facto ilícito em violação do disposto no RGPD ou na Lei n.º 58/2019, por parte das Direções de Finanças e Alfândegas (AT) e Secções de Processo Executivo da Segurança Social (IGFSS, I.P.), terá – na eventualidade de todas solicitarem a dispensa da aplicação de coimas – de valorar os vários cambiantes do princípio da igualdade, nomeadamente, “*analisar as situações não apenas como existem*”¹⁰⁹ (isto é: a factualidade que permite concluir pela verificação da prática do mesmo facto ilícito e, também, as razões ponderosas que sustentam os pedidos apresentados pelas entidades públicas supramencionadas), mas, igualmente, “*como devem existir*”¹¹⁰ (isto é: uma igualdade, *tout court*, entre entidades públicas e privadas e, por maioria de razão, entre entidades públicas) “*de harmonia com os padrões da Constituição material*”¹¹¹ (isto é: a ideia coletiva de igualdade enraizada na sociedade). E, por esse trilho – perfilhando, portanto, a convicção de Jorge Miranda, que propugna que se deve acrescentar uma componente ativa ao princípio da igualdade¹¹² – deverá a CNPD, no que tange à possibilidade de dispensa da aplicação de coimas às entidades públicas, fazer “*da igualdade perante a lei*”¹¹³ (isto é: todas as entidades públicas e privadas deverão acatar as normas do RGPD e da Lei n.º 58/2019, e, em caso de violação das suas disposições, deverão efetuar, sem exceção, o pagamento das

¹⁰⁸ Jorge Miranda, “Manual de Direito Constitucional, Tomo IV – Direitos Fundamentais”, 3ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pág. 240.

¹⁰⁹ *Id. Ibid.*

¹¹⁰ *Id. Ibid.*

¹¹¹ *Id. Ibid.*

¹¹² *Id. Ibid.*

¹¹³ *Id. Ibid.*

respetivas coimas) “*uma verdadeira igualdade através da lei*”¹¹⁴, a qual implicará não só abster-se de criar desigualdades – reitere-se: de natureza financeira – entre entidades públicas e privadas e, também, entre entidades públicas entre si (ao dispensar uma entidade pública do pagamento da coima, em ambos os casos), como, também, aferir – e regressemos ao nosso exemplo – se, ao aplicar às Direções de Finanças e Alfândegas uma coima, e, inversamente, dispensar as Secções de Processo Executivo da Segurança Social do seu pagamento, no caso da prática do mesmo facto ilícito em violação do disposto no RGPD ou na Lei n.º 58/2019, não estará a potenciar, outrossim, uma verdadeira desigualdade – de novo, de natureza financeira – entre os trabalhadores da AT e os dirigentes intermédios e trabalhadores do Departamento de Gestão da Dívida do IGFSS, I.P., no que tange ao montante de prémio a atribuir no ano a seguir.

Posto isto, resta afirmar a nossa posição: defendemos, em termos incondicionais, o repúdio à possibilidade – prevista no n.º 2 do artigo 44.º da Lei n.º 58/2019 – de dispensa da aplicação de coimas às entidades públicas, por parte da CNPD.

(V) A Lei n.º 58/2019 – nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 43.º do RGPD¹¹⁵ – designou o Instituto Português de Acreditação, I.P. (IPAC, I.P.) como a autoridade competente para a acreditação dos organismos de certificação em matéria de proteção de dados (cfr. artigo 14.º, n.º 1). No entanto, “*o ato de acreditação emitido pelo IPAC, I.P., deve tomar em consideração os requisitos previstos no RGPD, bem como os requisitos adicionais estabelecidos pela CNPD*”¹¹⁶ (cfr. artigo 14, n.º 2). Daqui resulta, portanto, uma nova competência – e, ao mesmo

¹¹⁴ *Id. Ibid.*

¹¹⁵ Os Estados-Membros devem assegurar que os organismos de certificação sejam acreditados “*pelo organismo nacional de acreditação*” [cfr. 1ª parte da alínea b), do n.º 1, do artigo 43.º do RGPD].

¹¹⁶ Cfr. Alínea b), *in fine*, do n.º 1, do artigo 43.º do RGPD.

tempo, obrigação – para a CNPD.

(VI) De salientar, igualmente, a competência para aprovação dos códigos de conduta¹¹⁷, atribuída à CNPD. Embora o n.º 1 do artigo 15.º da Lei n.º 58/2019 estabeleça apenas que “*competete à CNPD fomentar a elaboração de códigos de conduta que regulem atividades determinadas*”, os artigos 40.º, n.º 5 e 57.º, n.º 1, alínea m) do RGPD são inequívocos na atribuição dessa competência¹¹⁸.

(VII) O artigo 6.º, n.º1, alínea a), da Lei n.º 58/2019 atribui à CNPD o poder de “*pronunciar-se, a título não vinculativo, sobre as medidas legislativas e regulamentares relativas à proteção de dados pessoais, bem como sobre instrumentos jurídicos em preparação, em instituições europeias ou internacionais, relativos à mesma matéria*”¹¹⁹, o qual representa, portanto, um acréscimo relativamente ao poder de emitir pareceres, no âmbito de procedimento legislativo ou regulamentar, já previsto na Lei n.º 67/98¹²⁰. Filipa Calvão, a este propósito, é de uma meridiana clareza, ao realçar que “*a possibilidade de emissão de parecer no âmbito de procedimento legislativo ou regulamentar*

¹¹⁷ A alínea o), do n.º 1, do artigo 23.º da Lei n.º 67/98 estatuiu, em termos singelos, que competia à CNPD “*promover e apreciar códigos de conduta*”.

¹¹⁸ O n.º 5 do artigo 40.º do RGPD preceitua que “*a autoridade de controlo emite um parecer sobre a conformidade do projeto de código de conduta ou da alteração ou do aditamento com o presente regulamento e aprova este projeto, esta alteração ou este aditamento se determinar que são previstas garantias apropriadas suficientes*”. Por sua vez, a alínea m) do n.º 1 do artigo 57.º do RGPD prescreve que, cada autoridade de controlo, no território respetivo: “*incentiva a elaboração de códigos de conduta nos termos do artigo 40.º, n.º 1, dá parecer sobre eles e aprova os que preveem garantias suficientes, nos termos do artigo 40.º, n.º 5*”.

¹¹⁹ Ver, também, a alínea c) do artigo 24.º da Lei n.º 43/2004, de 18 de agosto, na sua redação atual, dada pela Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto.

¹²⁰ O n.º 2 do artigo 22.º da Lei n.º 67/98 determinava que a CNPD devia “*ser consultada sobre quaisquer disposições legais, bem como sobre instrumentos jurídicos em preparação em instituições comunitárias ou internacionais, relativos ao tratamento de dados pessoais*”, significando, portanto, que o órgão legislativo deveria, previamente, pedir à CNPD tal desiderato. Por seu turno, uma das competências da CNPD, fixada na supracitada lei, era, precisamente, a emissão de pareceres [cfr. alínea a), do n.º 1, do artigo 23.º].

constitui agora uma competência que pode ser exercida oficiosamente (não dependendo do pedido do órgão legislativo como seria típico da função consultiva)”¹²¹.

(VIII) O artigo 6.º, n.º 1, alínea c), da Lei n.º 58/2019, ao invés, institui um dever à CNPD, a saber: “*disponibilizar uma lista de tratamentos sujeitos à avaliação do impacto sobre a proteção de dados, nos termos do n.º 4 do artigo 35.º do RGPD*”. Todavia, este dever perfila-se, também, como um novo poder atribuído à CNPD. Aqui, socorremo-nos, mais uma vez, da acutilante perspicuidade de Filipa Calvão: “*dada a natureza geral e abstrata dessa lista e o seu carácter vinculativo para os responsáveis pelos tratamentos, tal significa, agora claramente, a atribuição de mais um poder típico de regulação administrativa à CNPD: o poder regulamentar*”¹²².

4. A LEI N.º 59/2019, DE 8 DE AGOSTO

No que concerne à Lei n.º 59/2019 – aprovou as regras relativas ao tratamento de dados pessoais para efeitos de prevenção, deteção, investigação ou repressão de infrações penais ou de execução de sanções penais, transpondo a Diretiva (EU) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016 –, de 8 de agosto, restringiremos a nossa apreciação às normas que cerceiam a atuação da CNPD, enquanto autoridade de controlo, em sede de fiscalização do cumprimento da suprarreferida lei.

O n.º 1 do artigo 43.º atribui à CNPD a incumbência de garantir e fiscalizar o cumprimento da Lei n.º 59/2019. Os entraves, porém, vêm logo a seguir, com os n.ºs 2.º e 4.º do artigo supracitado. Analisemo-los, então:

- i. O n.º 2 do artigo 43.º preceitua que “*o disposto*

¹²¹ Filipa Calvão, “O RGPD e o papel da Comissão Nacional de Proteção de Dados”, in: Revista de Direito Administrativo, 2019, n.º 4, pág. 69.

¹²² *Id. Ibid.*

do número anterior não se aplica ao tratamento de dados pessoais efetuado pelo tribunais e pelo Ministério Público no exercício das suas competências processuais". Ora bem: à partida, diríamos que tal norma vai ao encontro do estatuído no n.º 3, do artigo 55.º, do RGPD, a saber: *"as autoridades de controlo não têm competência para controlar operações de tratamento efetuadas por tribunais que atuem no exercício da sua função jurisdicional"*. E, aqui, tenhamos presente, também, o considerando 20 do RGPD, segundo o qual: *"a competência das autoridades de controlo não abrange o tratamento de dados pessoais efetuado pelos tribunais no exercício da sua função jurisdicional, a fim de assegurar a independência do poder judicial no exercício da sua função jurisdicional, nomeadamente a tomada de decisões"*. Assim – e comungando da interpretação perfilhada por Alexandre Sousa Pinheiro relativamente a este considerando¹²³ –, o controlo dos tratamentos de dados pessoais no exercício da função jurisdicional caberá, em exclusivo, aos Tribunais e ao Ministério Público. Mas – e seguimo-lo, também – este autor defende que *"a atividade de tribunais que não se exerça no domínio da função jurisdicional está abrangida pelas autoridades de controlo"*¹²⁴.

Por seu turno, a CNPD, no já citado Parecer n.º 24/2018, de 28 de maio – e *"a propósito de idêntica disposição [artigo 44.º, n.º 3] prevista na Proposta de Lei n.º 126/XIII"*¹²⁵, que altera o regime jurídico aplicável ao tratamento de dados referentes ao sistema judicial" – remete para o que ela própria afirmou no Parecer n.º 25/2018¹²⁶, de 28 de maio: *"a intenção do legislador é (...) afastar do controlo da CNPD, não só o juiz e o juiz de*

¹²³ Alexandre Sousa Pinheiro, Comentário ao artigo 55.º do RGPD (Competência), pág. 544], in: Alexandre Sousa Pinheiro (coord.), autores Cristina Pimenta Coelho... [et al.], Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados, 1ª edição, Coimbra, Almedina, 2018.

¹²⁴ *Id. Ibid.*, pág. 545.

¹²⁵ Diário da Assembleia da República, II Série A, N.º 104, XIII Legislatura, 3.ª Sessão Legislativa, de 26 de abril de 2018, págs. 161-211.

¹²⁶ Disponível em https://www.cnpd.pt/bin/decisoies/Par/40_25_2018.pdf.

*instrução, como também o Ministério Público*¹²⁷ (sempre no âmbito das suas competências processuais), seguramente entendendo que tal vem escudado na previsão do RGPD a que já aludimos, ou seja, no seu artigo 55.º, n.º 3. Parece-nos (...) que este entendimento não encontra suporte nessa previsão, como o não encontra na Diretiva 680/2016, sendo inadmissível à luz da legislação europeia”¹²⁸. O critério primacial para desatar o nó górdio desta questão – na ótica da CNPD – é o da independência, “verdadeiro sustentáculo da admissibilidade da exclusão de determinados agentes do controlo da CNPD, e que não se verifica no caso do Ministério Público”¹²⁹. Vejamos: o Estatuto dos Magistrados Judiciais¹³⁰, no n.º 1 do seu artigo 4.º, estabelece que “os magistrados judiciais julgam apenas segundo a Constituição e a lei e não estão sujeitos a ordens ou instruções, salvo o dever de acatamento pelos tribunais inferiores das decisões proferidas, em via de recurso, pelos tribunais superiores”. Ao invés, o Estatuto do Ministério Público¹³¹, no n.º 1 do seu artigo 76.º, estatui que “os magistrados do Ministério Público são responsáveis e hierarquicamente subordinados”. O n.º 2 do mesmo preceito, por seu turno, esclarece que “a responsabilidade consiste em responderem, nos termos da lei, pelo cumprimento dos seus deveres e pela observância das diretivas, ordens e instruções que receberem”. Por fim, o n.º 3 do referido artigo clarifica que “a hierarquia consiste na subordinação dos magistrados aos de grau superior, nos termos da presente lei, e na

¹²⁷ O artigo 1.º, alínea a), do Código de Processo Penal [disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis] estabelece que se consideram como «*autoridades judiciárias*», em Portugal, “o juiz, o juiz de instrução e o Ministério Público, cada um relativamente aos atos processuais que cabem na sua competência”.

¹²⁸ Parecer n.º 25/2018, pág. 4.

¹²⁹ *Id. Ibid.*

¹³⁰ Foi instituído pela Lei n.º 21/85, de 30 de julho, em vigor, presentemente, com a redação dada pela Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro.

¹³¹ Foi instituído pela Lei n.º 47/86, de 15 de outubro, em vigor, presentemente, com a redação dada pela Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro.

consequente obrigação de acatamento por aqueles das diretivas, ordens e instruções recebidas, sem prejuízo do disposto nos Artigos 79.º e 80.º. Portanto: partindo desta destriça – independência, por um lado, subordinação, por outro –, a CNPD assume que “*é manifestamente de autonomia que se fala quando se concebe a natureza e funções do Ministério Público em Portugal, independentemente do grau com que essa autonomia se manifesta nos diferentes processos em que aquele está envolvido*”¹³². Destarte, embora reconheça “*a vinculação à lei e à Constituição da República e a sindicância dos seus poderes e ação através do controlo judicial competente*”¹³³, a CNPD propugna, não obstante, que “*não se pode ignorar que subsistem consideráveis espaços de atuação reconhecidos ao Ministério Público onde tal controlo pode não chegar a operar*”¹³⁴. E, por último, no que concerne à matéria da sindicância das magistraturas sobre tratamentos de dados pessoais por autoridades de controlo, a CNPD remete incondicionalmente para o considerando 80 da Diretiva (EU) 2016/680, o qual clarifica a questão em apreço. Enunciemo-lo:

“Embora a presente diretiva se aplique também às atividades dos tribunais nacionais e outras autoridades judiciais, a competência das autoridades de controlo não deverá abranger o tratamento de dados pessoais efetuado pelos tribunais no exercício da sua função jurisdicional, a fim de assegurar a independência dos juizes no desempenho das suas funções jurisdicionais. Esta exceção deverá ser estritamente limitada às atividades judiciais relativas a processos judiciais, não se aplicando a outras atividades a que os juizes possam estar associados por força do direito do Estado-Membro. Os Estados-Membros podem também prever a possibilidade de a competência das autoridades de controlo não abranger o tratamento de dados pessoais efetuado por outras autoridades judiciais independentes no exercício da sua função jurisdicional, nomeadamente o Ministério Público. Em todo o caso, o

¹³² Parecer n.º 24/2018, pág. 6v.

¹³³ *Id. Ibid.*

¹³⁴ *Id. Ibid.*, págs. 6v. e 7.

*cumprimento das regras da presente diretiva pelos tribunais e outras autoridades judiciais independentes deverá ficar sempre sujeito a uma fiscalização independente nos termos do artigo 8.º, n.º 3, da Carta*¹³⁵.

Ora bem: o considerando 80, sem traço de dúvida, é revelador da posição da União Europeia no que tange a esta matéria: a exclusão das autoridades de controlo só deve ser aceite nos casos em que o tratamento de dados pessoais efetuado por autoridades judiciais independentes, máxime o Ministério Público, se circunscreve ao exercício da sua função jurisdicional. A proeminência dessa circunscrição revela-se essencial se pensarmos na matéria atinente à prevenção da criminalidade. Aliás: no Parecer n.º 24/2018, a CNPD alerta, com veemência, para tal busílis, a saber: *“a presente proposta*¹³⁶ *abarca não só a repressão, como também a prevenção de atividades criminais. Ora, a prevenção criminal é matéria onde a atuação do Ministério Público não raramente escapa ou pode escapar ao controlo de um juiz, sendo ainda mais premente manter um grau de controlo adequado sobre os tratamentos de dados pessoais que, mais do que tudo, sirva para garantir um grau de proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos suficientemente robusto por parte de quem a Constituição e a lei designaram idóneos para o efeito: uma entidade administrativa independente que no caso, é a CNPD*¹³⁷. O legislador nacional, todavia, não acolheu a recomendação da CNPD, no sentido de rever o texto do n.º 2 do artigo 43.º, conferindo-lhe uma nova redação à luz do critério da independência, *“que é o critério essencial pelo qual se prevê,*

¹³⁵ O artigo 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – cuja epígrafe é “Proteção de dados pessoais – estabelece: *“Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito”* (n.º 1); *“Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respetiva retificação”* (n.º 2); *“O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade competente”* (n.º 3).

¹³⁶ A já citada Proposta de Lei n.º 125/XIII/3.^a (GOV).

¹³⁷ Parecer n.º 24/2018, pág. 8.

*mas também se limita, o espaço do legislador para isentar do controlo da CNPD a magistratura do Ministério Público*¹³⁸. Destarte, com cristalina convicção, perfilhamos a conclusão da CNPD relativamente a esta questão, a saber: “*O efeito útil desta destrinça entre os papéis do Ministério Público nos vários ramos do direito em que atua e nos vários matizes da sua própria intervenção processual, limitando a exclusão do controlo da CNPD às circunstâncias em que aquele atua justamente no quadro dessa função jurisdicional, serviria para barrar potenciais excessos não admitidos pelo RGPD e pela Diretiva 680/2016 (e pela lei que a venha a transpor)*”¹³⁹.

Entrevemos, portanto, um foco de perigosidade no n.º 2, do artigo 43.º, da Lei n.º 59/2019, ancorado na possibilidade de inexistência de controlo da atuação do Ministério Público, no âmbito da prevenção criminal, não só por parte da CNPD – em termos imperativos –, mas, também, pelos próprios magistrados judiciais, por puro desconhecimento de eventuais procedimentos daquele que possam propiciar tratamentos ilícitos de dados pessoais, macerando, de forma inapelável, os direitos, liberdades e garantias das pessoas singulares.

ii. O n.º 4 do artigo 43.º determina que “*Cabe exclusivamente aos magistrados a que se refere o número anterior*¹⁴⁰, *sem prejuízo das competências do presidente da CNPD, o exercício das atribuições da CNPD que impliquem o acesso a dados objeto de tratamento ou aos registos cronológicos das operações de tratamento*”. Pois bem: revela-se cristalino o propósito do legislador de vedar aos membros da CNPD que não sejam magistrados – inclusive, ao próprio Presidente, se não for, também, magistrado – o exercício das atribuições da CNPD que

¹³⁸ *Id. Ibid.*, pág. 8v.

¹³⁹ *Id. Ibid.*

¹⁴⁰ O n.º 3, do artigo 43.º, da Lei n.º 59/2019 determina que, “*Para efeitos do n.º 1, a CNPD integra um magistrado judicial, designado pelo Conselho Superior de Magistratura, e um magistrado do Ministério Público, designado pelo Conselho Superior do Ministério Público*”.

impliquem o acesso a dados objeto de tratamento ou aos registos cronológicos das operações de tratamento. Do nosso ponto de vista, esta norma desconsidera os demais membros da CNPD e o seu Presidente – se não for magistrado –, “*remetendo-os a um papel de menoridade institucional e de desautorização funcional que não se compreende nem tampouco se aceita*”¹⁴¹. Ora: a já referida Lei n.º 43/2004 – que regula a organização e o funcionamento da CNPD e o estatuto pessoal dos seus membros – não destriça entre a capacidade de uns e outros, preceituando que um dos deveres dos membros da CNPD consiste em “*exercer o respetivo cargo com isenção, rigor e independência*” [cfr. artigo 8.º, alínea a), da suprarreferida Lei]. Por outras palavras: o legislador, ao restringir aos magistrados o desempenho de certas competências atribuídas à CNPD, assumiu, de forma inequívoca, que os restantes Vogais da CNPD e o seu Presidente – se não for magistrado – não serão “*isentos, rigorosos e independentes*” no exercício das mesmas. Tal opção redundante – para a CNPD – num “*desrespeito pelo estatuto de total igualdade que os membros da CNPD partilham, diferenciação que não se vê sequer ser admitida pelo RGPD*”¹⁴². Por outro lado, estamos convictos que esta proeminência atribuída aos magistrados, no futuro, poderá propiciar o surgimento de conflitos com os demais membros da CNPD, se, porventura, quiserem incutir um cunho eminentemente judicial à atuação da CNPD, que é – recordamo-lo – uma entidade administrativa independente (cfr. artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 58/2019).

5. CONCLUSÕES

Chegados ao fim deste périplo – não exaustivo – pela nova lei nacional de proteção de dados, cabe, agora, responder à nossa pergunta inicial: veio a Lei n.º 58/2019 cercar as

¹⁴¹ Parecer n.º 24/2018, pág. 9.

¹⁴² *Id. Ibid.*, pág. 9v.

competências da CNPD, enquanto autoridade de controlo nacional para efeitos do RGPD?

Sem traço de dúvida, estamos convictos que perpassa por certas normas da Lei n.º 58/2019 uma indubitável vontade, por parte do legislador nacional, em restringir certas competências da CNPD. Casos flagrantes:

1. A norma do n.º 3 do artigo 39.º, que, ao arrepio do preceituado no n.º 2 do artigo 83.º do RGPD – o qual atribui à CNPD um indiscutível poder discricionário de, perante uma violação das normas do RGPD, poder optar por aplicar uma coima, fazer uma repreensão ou uma advertência ou, então, ordenar a adoção de medidas que levem ao cumprimento do RGPD – cerceia liminarmente esse poder discricionário, *“impondo em abstrato à CNPD a adoção de uma específica medida corretiva, independentemente das circunstâncias de cada caso (uma vez que apenas atende à natureza negligente da infração) e sem permitir cumular imediatamente a aplicação de uma sanção”*¹⁴³. Não esqueçamos que o artigo 39.º é um dos nove artigos da Lei n.º 58/2019, que a CNPD – na Deliberação/2019/494, de 3 de setembro – decidiu desaplicar, a fim de, cabalmente, *“assegurar o primado do direito da União Europeia e a plena efetividade do RGPD”*¹⁴⁴.

2. A norma do n.º 2 do artigo 44.º, que contempla a possibilidade de as entidades públicas – mediante pedido devidamente fundamentado – solicitarem à CNPD a dispensa de aplicação de coimas durante o prazo de três anos a contar da entrada em vigor da presente lei. A intenção insofismável do legislador nacional foi a de criar um expediente que possibilite a não aplicabilidade às entidades públicas do regime sancionatório contraordenacional previsto no RGPD, assente na convicção dos custos desmedidos que possam advir da aplicabilidade de coimas às entidades públicas. Tal expediente poderá, porventura,

¹⁴³ Deliberação da CNPD 2019/494, pág. 10.

¹⁴⁴ *Id. Ibid.*, pág. 11v.

condicionar a atuação da CNPD – desejavelmente independente – no exercício do seu poder sancionatório em caso de incumprimento das disposições do RGPD e da presente lei.

Todavia, se a CNPD – bastará uma vez – dispensar uma entidade pública do pagamento de uma coima, estará a abrir uma “caixa de Pandora”, se, posteriormente, após concluir pela verificação da prática do mesmo facto ilícito, aplicar, quer a uma entidade privada, quer a uma entidade pública – neste último caso, recusando o seu pedido devidamente fundamentado – a respetiva coima, violando o princípio da igualdade, nos termos supra descritos.

3. A norma do n.º 2 do artigo 55.º, que atribui em exclusivo ao Ministério Público a competência para fiscalizar, em concreto, da prática dos sete crimes elencados nos artigos 46.º a 52.º da presente lei. Por outras palavras: é o Ministério Público – e não a CNPD – a autoridade pública independente com responsabilidade pela fiscalização da aplicação do RGPD em Portugal relativamente a todos os factos que correspondam à prática de qualquer um dos crimes previstos na Lei n.º 58/2019. A competência fiscalizadora da CNPD, no que tange à aplicação do RGPD em território nacional, revela-se meramente residual, ou seja, efetiva-se apenas naqueles casos que configurem uma violação do RGPD mas não sejam sequer indício de um dos crimes elencados na presente lei, ou, então, nos casos de violação de deveres formais.

Aliás: o n.º 2 do artigo 55.º da Lei n.º 58/2019, conjuntamente com os n.ºs 2 e 4 do artigo 43.º da Lei n.º 59/2019 – estes últimos, com os riscos supra descritos: impossibilidade de controlo da atuação do Ministério Público, no âmbito da prevenção criminal, por parte da CNPD, e tratamento diferenciado dos seus membros, vedando àqueles que não sejam magistrados (inclusive, ao próprio Presidente, se também não o for) o exercício das atribuições da CNPD que impliquem o acesso a dados objeto de tratamento ou aos registos cronológicos das operações de

tratamento, para efeitos de prevenção, deteção, investigação ou repressão de infrações penais – espelham uma nova realidade, deveras perniciososa, que se materializa no esvaziamento de competências da CNPD – enquanto entidade administrativa independente, cuja missão é controlar e fiscalizar o cumprimento do RGPD e da lei nacional em matéria de proteção de dados pessoais – e no papel cada vez mais proeminente atribuído ao Ministério Público nesta matéria.

Por outro lado, se o novo paradigma de atuação da CNPD, à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019, radica na sua atividade inspetiva – residual à luz da Lei n.º 67/98, cujo arquétipo assentava no sistema de controlo prévio –, deverá a Assembleia da República¹⁴⁵ dotar a CNPD dos recursos humanos necessários ao cabal desempenho dessa atividade. Presentemente, revelam-se escassos os recursos humanos alocados à atividade inspetiva da CNPD, e, sem o seu reforço, o propósito de fiscalizar o cumprimento das disposições do RGPD e da Lei n.º 58/2019 não passará de um devaneio inconsequente.

A Lei n.º 58/2019 atribui novas competências à CNPD, nomeadamente:

1. Competência para estabelecer os requisitos adicionais – a par dos requisitos previstos no RGPD – que deverão ser fixados no ato de acreditação emitido pelo Instituto Português de Acreditação, I.P., em sede de acreditação dos organismos de certificação em matéria de proteção de dados (cfr. artigo 14.º, n.º 2).
2. Competência para aprovação dos códigos de conduta [cfr. artigo 15.º, n.º 1 e artigos 40.º, n.º 5 e 57.º, n.º 1, alínea m) do RGPD].
3. Competência – que, agora, pode ser exercida officiosamente, não carecendo do pedido da Assembleia da

¹⁴⁵ “O quadro de pessoal (...) é fixado em resolução da Assembleia da República” (cfr. n.º 1 do artigo 30 da Lei n.º 43/2004, de 18 de agosto, na sua redação atual, dada pela Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto).

República – para se pronunciar, a título não vinculativo, sobre as medidas legislativas e regulamentares relativas à proteção de dados pessoais, bem como sobre instrumentos jurídicos em preparação, em instituições europeias ou internacionais, relativos à mesma matéria (cfr. artigo 6.º, n.º 1, alínea a).

4. Competência para elaborar e disponibilizar a lista de tratamentos sujeitos à avaliação do impacto sobre a proteção de dados, nos termos do n.º 4 do artigo 35.º do RGPD (cfr. artigo 6.º, n.º 1, alínea c).

No nosso entendimento, estas novas competências, embora relevantes, revelam-se ínfimas perante o contrapeso cerceador das normas dos já citados artigos 39.º, n.º 3, 44.º, n.º 2 e 55.º, n.º 2.

Destarte, a nossa conclusão só pode ser uma: a Lei n.º 58/2019 veio cercear, inapelavelmente, as competências da CNPD, enquanto autoridade de controlo nacional para efeitos do RGPD. Afigura-se-nos, portanto, indispensável, que, a breve trecho, seja revista a atual lei nacional de execução do RGPD, expurgando-a das normas – na nossa ótica – mais cerceadoras das competências da CNPD, a par, outrossim, das normas que a própria decidiu desaplicar¹⁴⁶, por se revelarem manifestamente incompatíveis com o direito da União Europeia, a fim de, cabalmente, assegurar o seu primado e a plena efetividade do RGPD¹⁴⁷.

¹⁴⁶ A já citada Deliberação/2019/494, de 3 de setembro.

¹⁴⁷ Cfr. Deliberação/2019/494, págs. 2 e 11v.