

DELIBERAÇÃO/2019/21

I – A Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD) elaborou, em 18 de dezembro de 2018, projeto de deliberação, no qual foi imputada à Arguida a prática de uma contraordenação prevista e punível nos termos das disposições conjugadas do n.º 1 do artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), do n.º 1 do artigo 15.º e da alínea b) do n.º 5 do artigo 83.º do Regulamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016 (Regulamento Geral de Proteção de Dados – RGPD), punível com coima até 20 milhões de euros ou 4% do volume de negócios anual, consoante o montante que for mais elevado.

*

Nos termos do disposto no artigo 50.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, foi a Arguida notificada do teor do projeto e para, querendo, apresentar a sua defesa, tendo alegado, em suma, o seguinte:

1. Não lhe foi possível identificar tempestivamente se o Queixoso era o remetente dos *emails* nos quais fora solicitado o acesso às gravações das chamadas telefónicas efetuadas em 29 de junho, 8 e 24 de agosto e 30 de outubro, todos de 2018, razão pela qual não facultou o referido acesso ao Queixoso;
2. Decorrido o prazo de noventa dias e não tendo identificado o titular do referido *email*, eliminou a gravação da chamada de 29 de junho de 2018;
3. No dia 22 de outubro de 2018, foi notificada pela CNPD da apresentação de reclamação pelo Queixoso e, como ainda não tinha decorrido o prazo de noventa dias para a respetiva eliminação, conservou as gravações das restantes chamadas;
4. Cumpriu a Deliberação da CNPD n.º 1154/2018, de 18 de dezembro, emitida no âmbito do Processo n.º 10978/2018, que determinou que fosse concedido ao Queixoso, no prazo de quinze dias, o acesso às gravações das chamadas telefónicas efetuadas entre aquele titular e o *call center* da Arguida em 8 e 24 de agosto e em 30 de outubro;
5. Entende não ter violado o direito de acesso do titular dos dados quanto à gravação apagada por ter sido impossível identificar atempadamente o titular e, quanto às demais, por finalmente ter sido facultado o acesso, não lhe sendo pois imputável qualquer conduta ilícita;

✓

6. Consultou a CNPD sobre a forma de atuação no caso concreto, o que fez no email em que, após notificada para o efeito, respondeu à matéria da queixa (fls. 30 dos autos), constituindo tal consulta uma exclusão da ilicitude da sua conduta;
7. Caso se entenda haver ilícito, afirma ainda não haver conduta reiterada, nunca lhe tendo sido aplicada qualquer coima por infração relativa ao tratamento de dados pessoais;
8. Alega não estarem em causa as categorias especiais de dados previstas no artigo 9.º do RGPD;
9. Afirma ainda não terem existido danos porque o titular dos dados exerceu o seu direito à garantia expondo as suas reclamações no concessionário respetivo;
10. Refere ainda que não retirou qualquer benefício financeiro ou outro dos factos descritos;
11. Declara ainda que a diminuta gravidade da eventual infração e a inexistência de culpa poderiam apenas justificar a aplicação da sanção de admoestação;
12. Finalmente, concluiu pugnando pela atenuação especial da coima, caso tal punição venha a ser decidida por não existir intenção de agir de forma contrária à Lei e por ter procedido às diligências necessárias à reparação da situação.

Juntou dois documentos.

II – Apreciação

- 1) Ao invés do que a Arguida alega na sua defesa, as razões invocadas para negar ao Queixoso o acesso não foram a dificuldade em identificá-lo como remetente dos emails nos quais foi solicitado o acesso às gravações das chamadas telefónicas efetuadas; o fundamento da recusa consta do email do Encarregado da Proteção de Dados da Arguida, junto a fls. 30 e 31 dos autos, no qual especificamente se relata que a Arguida deu instruções à _____, sua subcontratante, no sentido de só serem facultadas cópias das chamadas telefónicas "*mediante ordem judicial ou pedido de alguma entidade ou organismo oficial, como CNPD, órgão de polícia, etc.*".
- 2) Não desconhecia, assim, a Arguida, o remetente do email, facto que já fora confirmado ao Queixoso em telefonemas dos serviços da Arguida realizados em data prévia à apresentação da queixa na CNPD e ao envio do mail de fls. 30 e 31 dos

autos e nos quais lhe fora dito que apenas com autorização judicial poderia ter acesso à gravação das chamadas;

- 3) Também não foi por vontade de dar cumprimento à lei e de assegurar os direitos do titular que a Arguida não destruiu a totalidade das gravações das chamadas: limitou-se a cumprir os termos da Deliberação da CNPD n.º 1154/2018, de 18 de Dezembro;
- 4) Quanto à interpelação da CNPD na diminuição da culpa da Arguida, não pode esquecer-se a transição de paradigma operada pelo RGPD do regime de heterorregulação (cuja face mais visível consistia na avaliação e autorização prévias dos tratamentos de dados pessoais) para a autoavaliação, cabendo agora aos responsáveis pelos tratamentos e subcontratantes prover pela legalidade dos tratamentos de dados pessoais que levem a cabo, sem que haja qualquer intermediação das autoridades de controlo. De resto, o artigo 5.º, n.º 2, do RGPD expressamente prevê que o responsável pelo tratamento não só está obrigado a cumprir com todos os princípios inscritos no n.º 1 desse mesmo artigo, como deve ser ainda capaz de demonstrar (nomeadamente às autoridades de controlo competentes) esse cumprimento. Compulsados os factos descritos na queixa, a correspondência endereçada à CNPD por parte da arguida e a defesa escrita desta última, claramente resulta a incapacidade de por ela ser demonstrada a efetivação do direito de acesso expressamente requerido pelo titular dos dados, logo, de um tratamento leal, ao arrepio do que prescreve o artigo 5.º, n.º 1, al. a) do RGPD;
- 5) Por tudo isto, a CNPD não pode admitir que a errada interpretação ou desconhecimento da lei aproveitem à Arguida e, do mesmo passo, cerceiem o direito fundamental de acesso do Queixoso aos seus próprios dados;
- 6) A conduta referida também causou danos concretos à proteção de dados pessoais do Queixoso na medida em que uma gravação de chamada (de 29 de junho) foi efetivamente destruída, impossibilitando-o de a utilizar para efeitos de prova nas relações comerciais com a Arguida. Assim, ainda que se admita ter a arguida encetado um caminho de correção dessa situação, facto é que não respeitou minimamente o direito de acesso do titular consagrado na CRP e no RGPD.
- 7) Releva positivamente o cumprimento das determinações constantes da Deliberação n.º 1154/2018 da CNPD, as quais se destinaram justamente a salvaguardar o direito de acesso do queixoso às gravações de chamadas ainda não destruídas.

A matéria de facto foi genericamente confirmada e, quanto aos factos contestados não relevados, os mesmos não carecem de ulteriores esclarecimentos ou contraditório.

Atenta a defesa apresentada pela arguida e o juízo crítico que sobre ela a CNPD efetuou, alteram-se alguns dos factos à luz das informações nela prestadas.

III – Com os elementos constantes dos autos, com interesse para a decisão consideramos provados os seguintes

Factos

1. Nos dias 3 e 16 de julho e 8 de agosto, todos de 2018,
enviou à _____, *email* em que solicitou o acesso a cópia das gravações das chamadas telefónicas que efetuou para o *call center* da Arguida e dele recebeu nas datas seguintes:
 - a) Chamada dos serviços da Arguida para o titular dos dados efetuada em 29 de junho de 2018 (cf. emails juntos a fls. 7 dos autos de _____ para _____ enviados em 3 de julho de 2018, às 12:18 horas, e em 16 de julho de 2018, às 10:06 horas, ambos com o assunto “Chamadas Telefónicas – Pedido de Cópia de Gravação”);
 - b) Chamada efetuada pelo titular dos dados para os serviços da Arguida no dia 8 de agosto de 2018 (cf. email do Encarregado da Proteção de Dados da Arguida, junto a fls. 30 e 31 dos autos);
2. O Queixoso não recebeu resposta escrita aos seus pedidos;
3. Posteriormente, em dia e mês indeterminado de 2018, o titular dos dados foi contactado telefonicamente pelos serviços da _____ de quem recebeu a informação de que as cópias pedidas só lhe poderiam ser disponibilizadas por ordem judicial;
4. Em 24 de agosto de 2018, _____ apresentou queixa à Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD) relativamente à denegação de acesso a cópia das gravações;
5. Em 22 de outubro de 2018, a CNPD notificou a _____ para se pronunciar sobre a supracitada queixa;
6. Em email recebido em 2 de novembro de 2018 (cf. fls. 30 a 31 dos autos), a Arguida, através do seu Encarregado da Proteção de Dados, informou que subcontratou para

a gestão do seu *call center* a empresa a qual atua
em seu nome e em cumprimento das suas ordens;

7. Mais informou a Arguida que deu instruções à no
sentido de só serem facultadas cópias das chamadas telefónicas “*mediante ordem
judicial ou pedido de alguma entidade ou organismo oficial, como CNPD, órgão de
polícia, etc.*”.
8. Também por ordem da Arguida, as gravações das chamadas telefónicas são
guardadas por noventa dias, sendo destruídas após aquele prazo;
9. Como consequência deste procedimento foram destruídas as gravações de
chamadas solicitadas pelo Queixoso, com exceção das efetuadas em 8 e 24 de
agosto e em 30 de outubro, todos de 2018;
10. A Arguida conservou as gravações das chamadas de 8 e 24 de agosto e de 30 de
outubro até ser proferida decisão pela CNPD (cf. email do Encarregado da Proteção
de Dados da Arguida, junto a fls. 30 a 31 dos autos), tendo-as posteriormente
facultado ao Queixoso em cumprimento da Deliberação da CNPD n.º 1154/2018, de
18 de dezembro;
11. A Arguida bem sabia que estava obrigada a conceder ao Queixoso o acesso aos
seus dados pessoais e, portanto, às chamadas telefónicas por ele solicitadas,
mediante cópia ou transcrição das mesmas;
12. A Arguida atuou de forma livre, voluntária, consciente e sabendo que a sua conduta
é proibida e punida por lei.

IV – Motivação da decisão de facto

Os factos dados como assentes resultaram:

- Dos emails juntos a fls. 7 dos autos de para
enviados em 3 de julho de 2018, às 12:18 horas, e
em 16 de julho de 2018, às 10:06 horas, ambos com o assunto “Chamadas
Telefónicas – Pedido de Cópia de Gravação”;
- Do email do Encarregado da Proteção de Dados da Arguida, junto a fls. 30 e 31
dos autos;
- Da defesa escrita da arguida onde se reconhece a efetiva destruição da
gravação da chamada de 29 de junho de 2018 e a não destruição das restantes
apenas por não se ter verificado o decurso do prazo de noventa dias atenta a

intervenção da CNPD através das determinações constantes da Deliberação n.º 1154/2018, de 18 de dezembro.

V – Verifica-se, em face da factualidade apurada, que se mostra suficientemente indiciada a prática pela arguida de uma infração prevista e punível nos termos das disposições conjugadas do n.º 1 do artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), do n.º 1 do artigo 15.º e da alínea b) do n.º 5 do artigo 83.º do Regulamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016 (Regulamento Geral de Proteção de Dados – RGPD), punível com coima até 20 milhões de euros ou 4% do volume de negócios anual, consoante o montante que for mais elevado.

*

De acordo com o disposto no artigo 83.º, n.º 1, als. a) a k) do RGPD, a determinação da medida da coima é feita em função dos seguintes critérios:

- A natureza, a gravidade e a duração da infração tendo em conta a natureza, o âmbito ou o objetivo do tratamento de dados em causa, bem como o número de titulares de dados afetados e o nível de danos por eles sofridos – estamos perante uma infração punível com a moldura mais grave prevista pelo RGPD, sendo certo que, pelo menos, desde 25 de maio a 18 de dezembro de 2018 foi praticada. Desconhece-se o número exato de titulares afetado pelo procedimento da Arguida, uma vez que o mesmo se fundava numa orientação genérica aplicável a qualquer contacto telefónico que os clientes da Arguida estabelecessem com esta, via *call center*. Foi, ainda assim, concretamente apurada a lesão do direito de acesso de um titular, que apresentou a queixa que originou o presente processo;
- O carácter intencional ou negligente da infração – considera-se ser dolosa a conduta relativa às infrações detetadas, ainda que a título de dolo eventual, uma vez que a arguida representou a prática da contraordenação como consequência possível da conduta e conformou-se com isso;
- A iniciativa tomada pelo responsável pelo tratamento para atenuar os danos sofridos pelos titulares – valoriza-se a conduta da Arguida que, desde que foi proferida a Deliberação n.º 1154/2018, de 18 de dezembro, adotou as medidas adequadas a acautelar o acesso pelo titular dos dados às gravações das chamadas;

- O grau de responsabilidade do responsável pelo tratamento ou do subcontratante tendo em conta as medidas técnicas ou organizativas por eles implementadas nos termos dos artigos 25.º e 32.º - matéria que não é alvo do presente processo;
- Quaisquer infrações pertinentes anteriormente cometidas pelo responsável pelo tratamento ou pelo subcontratante – que não se verificam;
- O grau de cooperação com a autoridade de controlo, a fim de sanar a infração e atenuar os seus eventuais efeitos negativos – que se reputa de adequado, face, não só, à correção dos procedimentos entretanto adotados, como ao cumprimento das determinações da Deliberação n.º 1154/2018, de 18 de dezembro;
- As categorias específicas de dados pessoais afetadas pela infração – dados de conteúdo de comunicações telefónicas dos clientes da Arguida, os quais se encontram constitucionalmente (artigo 34.º, n.º 1, da CRP) e supraconstitucionalmente protegidos (artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia). A denegação de acesso ao respetivo titular constitui uma grave ingerência num direito basilar do regime da proteção de dados pessoais vigente;
- 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 – a infração cometida chegou ao conhecimento da CNPD por queixa do titular dos dados;
- O cumprimento das medidas a que se refere o artigo 58.º, n.º 2, caso as mesmas tenham sido previamente impostas ao responsável pelo tratamento ou ao subcontratante em causa relativamente à mesma matéria – não se aplicando este critério, já que inexistiam quaisquer medidas corretivas previamente determinadas;
- O cumprimento de códigos de conduta aprovados nos termos do artigo 40.º ou de procedimento de certificação aprovados nos termos do artigo 42.º - critério que também não se aplica, por inexistir qualquer código de conduta ou procedimento de certificação, nos termos apontados; e
- Qualquer outro fator agravante ou atenuante aplicável às circunstâncias do caso, à luz da alínea k) do n.º 2 do artigo 83.º do RGPD, como os benefícios financeiros

obtidos ou as perdas evitadas, direta ou indiretamente, por intermédio da infração - releva aqui, a título de fator agravante, a efetiva e irreparável destruição da chamada de 29 de junho de 2018, com prejuízo para a possibilidade da sua utilização pelo titular nas relações comerciais com a Arguida.

– Aplicação da coima

Atentos os critérios supramencionados, a CNPD entende como necessária a aplicação, no caso concreto, de uma coima à Arguida, considerando ser esta a medida efetiva proporcionada e dissuasiva que se impõe dadas as concretas circunstâncias em que ocorreu a infração, nomeadamente pelo facto de se ter tornado irreversível ou mitigável, por qualquer outra medida corretiva, a concreta violação do direito do titular dos dados, bem como pelo necessário e incontroverso conhecimento da lei e das deliberações da CNPD que a Arguida detinha.

Tal como se deixou expresso no projeto de deliberação, a infração prevista nos termos das disposições conjugadas do n.º 1 do artigo 15.º e da alínea b) do n.º 5 do artigo 83.º do Regulamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016 (Regulamento Geral de Proteção de Dados – RGPD), é punível com coima abstratamente aplicável até 20 milhões de euros ou 4% do volume de negócios anual, consoante o montante que for mais elevado.

Não foi possível apurar o volume de negócios anual a nível mundial correspondente ao exercício financeiro anterior (2017) da Arguida, pelo que o limite máximo da coima concretamente aplicável fixa-se nos € 20.000.000,00 (vinte milhões de euros).

Valorando a factualidade apurada à luz dos critérios acima enunciados e ponderando a circunstância de a Arguida ter diligenciado pela regularização da situação, a CNPD, nos termos do artigo 58.º, n.º 2, al. i) do RGPD, considera ajustada a aplicação à Arguida de uma coima no valor de € 20.000,00 (vinte mil euros) pela prática da contraordenação prevista e punível nos termos das disposições conjugadas do n.º 1 do artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), do n.º 1 do artigo 15.º e da alínea b) do n.º 5 do artigo 83.º do Regulamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016.

VI - Conclusão

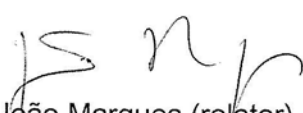
Face ao exposto, a CNPD delibera:

1. Aplicar à Arguida I observando o disposto no n.º 3 do artigo 83.º do RGPD, uma coima no valor de € 20.000,00 (vinte mil euros) em razão da violação do direito de acesso do titular aos seus dados.
2. Nos termos dos artigos 58.º, n.ºs 2 e 3 do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, na atual redação, informar a arguida que:
 - a. A condenação se torna definitiva e exequível se não for judicialmente impugnada, nos termos do artigo 59º do mesmo diploma;
 - b. Em caso de impugnação judicial o Tribunal pode decidir mediante audiência ou, caso a Arguida e o Ministério Público não se oponham, mediante simples despacho.

*

Deverá a Arguida proceder ao pagamento da coima no prazo máximo de 10 dias após o seu carácter definitivo, enviando à CNPD as respetivas guias de pagamento. No caso de impossibilidade do respetivo pagamento tempestivo, deve a arguida comunicar tal facto, por escrito, à CNPD.

Lisboa, 5 de fevereiro de 2019



João Marques (relator)



Luís Barroso



Maria Cândida Guedes de Oliveira



Pedro Mourão



Teresa Naia



José Grazina Machado



Filipa Calvão (Presidente)