

Análise das sugestões submetidas no âmbito da consulta pública ao Projeto de Regulamento n.º 1/2018 relativo à lista de tratamentos de dados pessoais sujeitos a Avaliação de Impacto sobre a Protecção de Dados

O Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE, retificado em 23 de maio de 2018 (Regulamento Geral sobre a Protecção de Dados – doravante, designado por RGPD), é aplicável desde 25 de maio de 2018.

Para efeito dos artigos 51.º e 55.º do RGPD, a Comissão Nacional de Protecção de Dados (doravante, designada por CNPD), enquanto entidade administrativa independente com poderes de autoridade para o controlo dos tratamentos de dados pessoais, nos termos do n.º 1 do artigo 21.º e n.º 1 do artigo 22.º da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, alterada pela Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto, é a autoridade portuguesa com as atribuições previstas no artigo 57.º do RGPD e titular dos poderes previstos neste diploma.

O n.º 4 do artigo 35.º do RGPD impõe à autoridade de controlo de cada Estado-Membro o dever de elaborar e publicitar uma lista dos tipos de operações de tratamentos de dados pessoais sujeitos ao requisito de avaliação de impacto sobre a proteção de dados por força do n.º 1 do mesmo artigo. Impõe ainda o dever de comunicação dessa lista ao Comité Europeu de Protecção de Dados, para efeito de emissão de parecer nos termos do n.º 1 do artigo 64.º do RGPD.

Considerando a natureza normativa do projeto de lista, a CNPD sujeitou-o a consulta pública, em cumprimento do disposto no n.º 1 do artigo 101.º do Código do Procedimento Administrativo, tendo recebido contributos de entidades públicas e entidades privadas, bem como de cidadãos, num total de vinte e um.

Analisadas e ponderadas as diferentes sugestões dos participantes neste procedimento, a CNPD entende dever prestar os seguintes esclarecimentos:

1. A lista de tratamentos de dados sujeitos a avaliação de impacto sobre a proteção de dados (AIPD) tem natureza normativa, uma vez que traduz a imposição por via geral e abstrata de um dever de realizar a avaliação. Consequentemente, a delimitação dos tipos de tratamentos só pode ser feita por categorias gerais e abstratas, as quais, pela natureza própria dos tratamentos de dados pessoais, são tendencialmente definidas por categorias de dados, categorias de titulares de dados ou tipos de finalidades do tratamento; porventura, na medida em que o RGPD confere relevância a esse aspeto, no n.º 1 do artigo 35.º, podem também ser pertinentes os meios utilizados para o tratamento de dados.

Compreende-se que a utilização de conceitos imprecisos ou indeterminados não contribua para a certeza jurídica, mas, reconhecidamente, a sua concretização por via de indicação de exemplos não constitui uma boa técnica de normação jurídica. De resto, a maior parte dos conceitos indeterminados aqui empregados são utilizados no RGPD, estando alguns deles explicados nos considerandos. De todo o modo, para facilitar a compreensão dos mesmos, introduziu-se a remissão, em nota de rodapé aposta junto de cada conceito, para a respetiva explicitação contida nas *Orientações relativas à Avaliação de Impacto sobre a Protecção de Dados (AIPD) e que determinam se o tratamento é «suscetível de resultar num elevado risco» para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679 – WP228 rev.01*, pp. 10-12, aprovadas pelo Grupo de Trabalho do Artigo 29 e assumidas pelo Comité Europeu de Protecção de Dados no dia 25 de maio de 2018¹.

Esclarece-se ainda que os conceitos definidos no RGPD (como seja o de dados pessoais ou o de criação de perfis) não carecem de ser objeto de desenvolvimento em normas jurídicas administrativas, nem tal é possível de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, por em causa estarem normas que têm de ser aplicadas em termos iguais em todos os Estados-membros da União.

¹ Podem ser consultadas em Português em https://www.cnpd.pt/bin/rgpd/docs/wp250rev01_pt.pdf.

2. A lista agora publicada é emitida ao abrigo do n.º 4 do artigo 35.º do RGPD, não visando definir os tratamentos que não estão sujeitos a AIPD. Compreende-se a utilidade que a aprovação de uma lista de tratamentos isentos de AIPD possa ter para os responsáveis pelos tratamentos, mas a CNPD entende que, por ora, não há ainda suficiente experiência de aplicação do RGPD para determinar com precisão os tipos de tratamentos a excluir daquela obrigação.

3. A presente lista é dinâmica, pelo que algumas das sugestões avançadas no âmbito da consulta pública serão porventura consideradas numa revisão futura da mesma, se a prática demonstrar a sua pertinência. De todo o modo, esclarece-se que a proteção da vida privada e da saúde, bem como a específica proteção de pessoas vulneráveis, estava já, ou passou a estar, assegurada no elenco de tipos de tratamentos de dados sempre que se entendeu merecerem essa proteção (os dados relativos à saúde no atual ponto 1 da lista, os dados da vida privada nos atuais pontos 2,3, 5, 6 e 9, quando se referem os dados de natureza altamente pessoal ou os dados relativos ao rastreamento da localização ou dos comportamentos; os titulares de dados que sejam pessoas vulneráveis nos pontos 7 e 8);

A alegação, avançada por alguns participantes na consulta, de que seria desproporcional sujeitar à obrigação de realizar AIPD certos tipos de tratamento previstos no projeto de regulamento foi ponderada pela CNPD, tendo nalguns casos conduzido à delimitação das condições dessa sujeição – como sucede nos atuais pontos 1, 3, 5, 7 e 9 da lista – ou mesmo à não previsão, por ora, de um dos tipos de tratamento (relativo à reutilização de dados para finalidade distinta da originária), sem prejuízo de no futuro se reponderar a sua previsão, caso a prática venha revelar a conveniência de tal sujeição;

Em parte, algumas das alterações introduzidas na lista apresentada no projeto de regulamento também resultam de a CNPD ter entendido seguir o parecer do Comité Europeu de Protecção de Dados n.º 18/2018 emitido nos termos do n.º 4 e 7 do artigo 64.º do RGPD, como forma de contribuir para um certo grau de consenso e de consistência na aplicação do RGPD por parte das autoridades de controlo de proteção de dados dos diferentes Estados-Membros (*v.g.*, a sujeição a AIPD dos tratamentos de

dados genéticos), sem prejuízo de no futuro a lista ser repensada à luz da experiência entretanto revelada na aplicação do RGPD;

4. Importa ainda esclarecer alguns equívocos revelados no conjunto dos contributos recebidos:

a) A obrigação de realizar AIPD não é imposta para assegurar condições de licitude do tratamento, nem para suprir a falta de pressupostos relativos à transferência de dados para países terceiros ou para garantir o exercício de um direito; é pressuposto prévio à realização de qualquer tratamento de dados, sujeito ou não a uma AIPD, que se encontrem verificadas as condições de licitude desse tratamento (e ainda as necessárias às transferências internacionais de dados) previstas no RGPD.

O objetivo da AIPD é que se consiga fazer cumprir o RGPD nos casos em que as operações de tratamento de dados sejam suscetíveis de resultar num elevado risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares. Este instrumento deverá permitir diagnosticar, «nomeadamente, [...] a origem, natureza, particularidade e gravidade desse risco». Em suma, o que se pretende é identificar os riscos e mitigá-los através da adoção de medidas ajustadas que permitam atenuar o impacto negativo que o tratamento possa ter sobre os titulares dos dados. Donde ser irrelevante para a elaboração desta lista (portanto, para a delimitação dos tipos de tratamentos sujeitos a AIPD) se determinada condição se verifica, como também é irrelevante se um determinado comportamento é qualificado como ilícito no RGPD – tal qualificação não assegura, *per se*, a tutela dos direitos dos titulares;

b) O n.º 10 do artigo 35.º do RGPD reconhece a possibilidade da realização de AIPD no âmbito de procedimentos legislativos sempre que o diploma legal previr e regular o tratamento de dados, nas situações previstas nas alíneas *c)* e *e)* do n.º 1 do artigo 6.º do RGPD, caso em que a eventual obrigação de efetuar uma AIPD para um específico tratamento fica afastada; o que a CNPD faz, no âmbito do poder discricionário que o n.º 4

do artigo 35.º do RGPD lhe confere e por inspiração em tal disposição, é afastar a obrigação de realizar AIPD de certos tipos de tratamentos de dados pessoais – por si definidos no presente regulamento, no âmbito do seu poder próprio – se os mesmos estiverem regulados em lei nacional e esta tiver sido precedida de AIPD; não está pois em causa qualquer imposição ao legislador nacional de levar a cabo uma AIPD, pretendendo-se antes abrir a possibilidade de o legislador o fazer, se quiser simplificar os procedimentos prévios aos tratamentos de dados pessoais e libertar os responsáveis desse dever.

- c) O disposto no n.º 3 do artigo 35.º do RGPD não afasta a possibilidade, conferida pelo n.º 4 do mesmo artigo, de a CNPD estender a obrigação da realização de AIPD a outros tipos de operações de tratamento com base em apenas um dos critérios ali indicados, por força da natureza meramente exemplificativa daquela disposição;
- d) A sujeição a AIPD de tratamentos de dados biométricos para identificação inequívoca dos seus titulares resulta do recente reconhecimento pelo legislador europeu, expresso no n.º 1 do artigo 9.º do RGPD, de que tais dados merecem especial proteção; por razões que se prendem com a garantia de coerência na aplicação do RGPD na União, também se autonomizaram os tratamentos de dados genéticos.

Por último, sublinha-se que a lista de tratamentos sujeitos a AIPD tem um carácter dinâmico, para permitir adequar a análise de risco sobre o nível de afetação dos direitos e liberdades dos titulares dos dados à contínua evolução científico-tecnológica, beneficiando ao mesmo tempo da experiência adquirida com a aplicação do RGPD.