

## Parecer n.º 24/2018

### I. Pedido

O Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias remeteu à Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPD), para parecer, a Proposta de Lei 125/XIII/3ª(GOV) - "estabelece as regras relativas à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, deteção, investigação ou repressão de infrações penais ou de execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública, transpondo para a ordem jurídica interna a Diretiva (UE) n.º 2016/680, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016".

O pedido formulado decorre das atribuições conferidas à CNPD do artigo 23.º, n.º 1, al. a), da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, alterada pela Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto – Lei de Protecção de Dados Pessoais (doravante, LPDP), bem como dos artigos 57.º, n.º 1, alínea c), e 58.º, n.º 3, alínea b), do Regulamento (UE) 2016/679, relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito aos tratamentos de dados pessoais e à livre circulação desses dados» – Regulamento Geral sobre a Protecção de Dados (doravante, RGPD), em conjugação com os artigos 21.º, n.º 1, e 22.º, n.º 1, LPDP, e o parecer é emitido no uso da competência aí fixada, restringindo-se aos aspetos relativos à protecção de dados pessoais.

### II. Apreciação

#### Ponto prévio

Como não poderia deixar de ser, a análise deste diploma será feita à luz da Diretiva relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados (que a presente proposta de lei visa transpor) e do RGPD. Sem prejuízo deste facto, sempre que se justifique, serão feitas menções à LPDP.

## A. Considerações gerais

1. A presente proposta de lei partilha algumas insuficiências e soluções, cuja admissibilidade nos parece francamente duvidosa, com outras propostas de lei que, em certo sentido, se poderão agrupar no pacote relativo à proteção de dados pessoais. Falamos, neste âmbito, da Proposta de Lei n.º 120/XIII, que «Assegura a execução, na ordem jurídica nacional, do Regulamento (UE) 2016/679, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito aos tratamentos de dados pessoais e à livre circulação desses dados», mas também da Proposta de Lei 126/XIII, que "Altera o regime jurídico aplicável ao tratamento de dados referentes ao sistema judicial". A CNPD teve já a hipótese de se pronunciar sobre estas duas propostas, o que fez, quanto à primeira, no Parecer n.º 20/2018, de 2 de maio<sup>1</sup> e, quanto à segunda, no Parecer n.º 25/2018, de 28 de maio.
2. Reconhece-se, desde já e apesar dos enunciados aspetos menos conseguidos, que a presente proposta segue, de forma bastante fiel, a Diretiva 680/2016 que visa transpor, assegurando um elevado nível de clareza e certeza jurídica no articulado. Há, até, deve afirmar-se, aspetos que densificam algumas matérias que a Diretiva não concretiza tão profusamente e que, por essa razão, trazem ao ordenamento jurídico português um incremento assinalável da qualidade do texto final.

## B. Aspetos positivos

Para além da referida fidelidade ao texto original da diretiva, veja-se o que prescreve a alínea g) do n.º 5 do artigo 23.º, quanto às obrigações que a lei nacional ou os contratos devem prever para os subcontratantes, nomeadamente quanto à adoção «[d]as medidas técnicas e organizativas adequadas que assegurem a proteção dos dados pessoais, em conformidade com o exigido na presente lei, devendo considerar o princípio da proteção de dados desde a conceção e por defeito». Ao adicionar este último princípio como um indicador expreso (ainda que meramente exemplificativo) da concretização das tais medidas técnicas e organizativas adequadas que asseguram a proteção de dados pessoais, o legislador português reforça a importância desta novidade, introduzida pelo RGPD nos seu artigo 25.º, o que faz todo o sentido no âmbito desta proposta de lei, atenta a sensibilidade

---

<sup>1</sup> Disponível em [https://www.cnpd.pt/bin/decisooes/Par/40\\_20\\_2018.pdf](https://www.cnpd.pt/bin/decisooes/Par/40_20_2018.pdf).

da informação que se visa tratar. Igualmente louvável é a previsão do dever de sigilo, prevista no artigo 25.º da proposta. Com efeito, a Diretiva não é explícita neste sentido, bastando-se com a enunciação do dever de segredo por parte dos “membros e [d]o pessoal de cada autoridade de controlo” (cfr. artigo 44.º, n.º 2, da diretiva). A extensão desta obrigação aos demais intervenientes nos ciclos de tratamentos de dados pessoais abarcados por esta diretiva só pode ser considerada como positiva.

Louvável é também a obrigatoriedade introduzida pelo legislador português de fazer constar dos registos das atividades dos responsáveis pelo tratamento, previstos no artigo 26.º, n.º 2, al. j), «Os pedidos apresentados pelos titulares dos dados e a respetiva tramitação, bem como as decisões do responsável pelo tratamento com a correspondente fundamentação». Poderá ser potencialmente debatida a questão da admissibilidade de um novo requisito face a uma norma que, na diretiva, parece ser taxativa quanto aos elementos a inscrever no dito registo. Parece-nos, todavia, que tal previsão não excede o âmbito desse registo nem constitui uma obrigação adicional implausível e desmesurada face àquilo que o legislador europeu entendeu como sendo a lista de requisitos mínimos a conservar, sobretudo se para ela olharmos no quadro do respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos titulares dos dados.

Ainda no quadro destes registos, e face à natureza da informação que neles virá a constar, entende a CNPD como positiva a previsão de um prazo máximo para a sua conservação. O artigo 27.º, n.º 5, da proposta remete a definição de tais prazos para «As leis específicas reguladoras das operações de tratamento dos dados», onde deveremos encontrar uma ponderação equilibrada entre a obrigação de conservar essa informação, possibilitando o exercício das funções fiscalizadoras da CNPD, com o princípio da conservação dos dados (cfr. artigo 4.º, n.º 1, al. e), da proposta).

No quadro do respeito pelos princípios estruturantes da proteção de dados, o artigo 40.º, n.º 3, da proposta, faz aplicar às derrogações aplicáveis a situações específicas o princípio da minimização dos dados (cfr. artigo 4.º, n.º 2, al. c), da proposta) ao dispor

que «As transferências de dados efetuadas nos termos do n.º 1 são limitadas aos dados estritamente necessários para a finalidade prosseguida». Se é certo que as transferências de dados para fora da União Europeia como, de resto, qualquer outro tratamento de dados pessoais, está, por definição, obrigado a respeitar este princípio, não deixa, por isso, de ser francamente positivo, reafirmá-lo neste contexto específico, algo que a diretiva não consagrou de forma tão explícita.

### C. aspetos negativos

#### *(1) Lapsos, omissões e outras questões ligadas à transposição da diretiva*

Debruçando-nos sobre alguns aspetos negativos que se detetaram na proposta sob análise, começáremos por assinalar um pequeno lapso no artigo 14.º, n.º 2 («Informações a disponibilizar ou a fornecer pelo responsável pelo tratamento»), onde se afirma que, «Para além das informações a que se refere o número anterior, e sem prejuízo do disposto no n.º 5, o responsável pelo tratamento fornece ao titular dos dados as seguintes informações adicionais...». Sucede, porém, que este artigo não comporta qualquer n.º 5, pelo que se julga que o legislador se referirá ao n.º 3 deste artigo. Importará, de qualquer modo visitar este número e rever esta remissão.

No artigo 18.º, referente ao «Exercício dos direitos do titular dos dados e verificação pela autoridade de controlo», parece limitar-se a função da CNPD, sempre que o titular dos dados veja recusado o exercício do direito de informação, acesso, retificação, apagamento ou limitação de tratamento, nos termos aí previstos, à verificação da licitude do tratamento que gerou a tal negação. Ora, as atribuições e os poderes que estão previstos nos artigos 44.º e 45.º da proposta, mormente a atribuição da alínea a) do n.º 1 do artigo 44.º, faz competir à CNPD a fiscalização do cumprimento da presente lei. Sendo certo que a proposta de lei atribui um alargado conjunto de poderes à CNPD, na esteira do que prescreve a diretiva, não se antevê a razão para limitar à verificação da licitude do tratamento o papel da autoridade de controlo quando o que está em causa é verificar a admissibilidade das restrições ao exercício dos direitos dos titulares dos dados.

No artigo 20.º, dispõe-se que «O responsável pelo tratamento adota as medidas técnicas e organizativas adequadas para assegurar e poder comprovar que o tratamento é realizado em conformidade com a presente lei.». Comparando com a norma que se visa transpor da diretiva (a do artigo 19.º), verifica-se que o legislador português entendeu suprimir a menção à necessidade de o responsável pelo tratamento adotar tais medidas «tendo em conta a natureza, o âmbito, o contexto e as finalidades do tratamento, bem como os riscos para os direitos e liberdades das pessoas». Não se compreendendo esta eliminação, nem nela se vislumbrando utilidade, questiona-se o seu sentido prático.

No artigo 21.º, n.º 3, da proposta, consta que «o responsável pelo tratamento avalia o volume de dados pessoais recolhidos, a extensão do tratamento, o prazo de conservação e a acessibilidade, devendo assegurar que, por defeito, os dados pessoais não são disponibilizados a um número indeterminado de pessoas sem o consentimento do respetivo titular dos dados.». Relembremos que o âmbito da presente proposta de lei e da diretiva que aquela visa transpor projeta-se sobre «proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais» e que as autoridades competentes são as «autoridade[s] pública[s] com poderes de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou de execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública, ou qualquer outro organismo ou entidade que exerça, nos termos da lei, a autoridade pública e os poderes públicos para os referidos efeitos». Ora, se olharmos, como elemento auxiliador de interpretação para o que dispõe o considerando 43 do RGPD2 e para o ponto 3.1.1 das orientações<sup>3</sup> do Grupo de Trabalho do Artigo 29.<sup>º4</sup> sobre o consentimento, rapidamente perceberemos que o consentimento dificilmente servirá, em qualquer altura e

---

<sup>2</sup> Que nos diz que «A fim de assegurar que o consentimento é dado de livre vontade, este não deverá constituir fundamento jurídico válido para o tratamento de dados pessoais em casos específicos em que exista um desequilíbrio manifesto entre o titular dos dados e o responsável pelo seu tratamento, nomeadamente quando o responsável pelo tratamento é uma autoridade pública [sublinhado nosso] pelo que é improvável que o consentimento tenha sido dado de livre vontade em todas as circunstâncias associadas à situação específica em causa.».

<sup>3</sup> Disponíveis em [http://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item\\_id=623051](http://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=623051).

<sup>4</sup> Grupo consultivo, previsto no artigo 29.º da Diretiva 95/46/CE, de 24 de outubro, onde todas as autoridades de controlo da União Europeia têm assento.

no âmbito desta proposta de lei, como fundamento de licitude para qualquer tratamento de dados pessoais que venha a ser protagonizado por uma autoridade pública. O mesmo se diga, *mutatis mutandis*, para o que vem disposto nos artigos 54.º e 58.º. Neste último conjunto de artigos, o que verdadeiramente estará em causa é a ausência de autorização e não de consentimento.

No artigo 29.º, relativo à avaliação de impacto, entendeu o legislador não aproveitar a formulação que a diretiva adotou para prevê um critério orientador da referida avaliação. Referimo-nos à eliminação da referência à necessidade de ter «em conta os direitos e os legítimos interesses dos titulares dos dados e de outras pessoas em causa» quando se procede à dita avaliação (cfr. artigo 27.º, n.º 2, da diretiva). Também aqui não se antecipa a utilidade prática desta omissão, sugerindo-se a sua revisão.

Novamente quanto a omissões de duvidosa utilidade, o artigo 32.º, n.º 4, da proposta, vem permitir a possibilidade de serem prestadas as informações relevantes, de forma faseada, às autoridades de controlo, quando ocorra uma violação de dados que obrigue a tal comunicação. Sucede, contudo, que o legislador português não aproveitou a formulação do artigo 30.º, n.º 4, da diretiva que, no seu final, ainda que admitindo o dito faseamento, apela ao conceito de “demora injustificada” para limitar o deferimento no tempo da obrigação do responsável pelo tratamento. Uma tal omissão permite uma discricionariedade excessiva aos responsáveis pelo tratamento, deixando a autoridade de controlo sem capacidade para intervir, seja em que momento for, para exigir a prestação dessa informação.

Já no artigo 44.º, n.º 1, al. f), da proposta, verificamos que uma das atribuições da CNPD será a de «Tratar e decidir as queixas apresentadas pelos titulares dos dados ou por um organismo, organização ou associação sem fins lucrativos, nos termos dos artigos 47.º e 50.º, e investigar, na medida do necessário, o conteúdo da queixa, informando o seu autor do andamento e do resultado da investigação num prazo razoável, especialmente se forem necessárias operações de investigação ou de coordenação complementares com as entidades responsáveis pela gestão de dados, nos termos da Lei n.º 34/2009, de 14 de julho, na sua redação atual». Na diretiva, o preceito correspondente dita que os Estados-Membros prevejam para as autoridades de controlo a atribuição relativa ao «Trat[amento] de reclamações apresentadas pelos titulares de dados ou por um organismo, organização ou associação, nos termos do artigo 55.º, e investigue, na medida do necessário, o conteúdo da

reclamação, informando o autor da reclamação do andamento e do resultado da investigação num prazo razoável, especialmente se forem necessárias operações de investigação ou de coordenação complementares com outra autoridade de controlo».

Como facilmente se descortina, este artigo apenas se refere à eventual necessidade de informar o autor das reclamações do andamento dos processos que lhe respeitem, sobretudo se tiverem sido desencadeadas operações de investigação ou de coordenação complementares com outra autoridade de controlo. Transformar estas operações em algo minimamente enquadrável com a Lei n.º 34/2009, não comporta o mínimo de correspondência com o preceito da diretiva, esvaziando-o de qualquer coerência no contexto do sistema de ação conjunto das autoridades de controlo que quer esta diretiva, quer o RGPD vieram consagrar no novo paradigma da proteção de dados na UE. Deve, portanto, esta menção ser expurgada de qualquer remissão para o papel das entidades responsáveis pela gestão de dados e da sua relação com as autoridades de controlo, por manifesta impropriedade desta sede para tratar dessa matéria.

Nova omissão na transposição pode ser encontrada na ausência de qualquer artigo que possibilite, ou melhor, que obrigue a autoridade de controlo que receba uma reclamação ou queixa e que não seja competente para a tratar, a remetê-la para a autoridade de controlo competente, sem demora injustificada, como se prevê no artigo 52.º, n.º 2 da diretiva. Na mesma senda, o artigo 52.º, n.º 3, da diretiva obriga os Estados-Membros a preverem na lei nacional «que a autoridade de controlo à qual a reclamação é apresentada prest[e] assistência complementar a pedido do titular dos dados». Mais uma vez não se encontra na proposta de lei do Governo qualquer menção a esta obrigação.

Sem prejuízo da Lei da Organização do Sistema Judiciário, parecer-nos-ia útil que a futura lei pudesse vir a incluir uma disposição que traduzisse o disposto no artigo 53.º, n.º 3, da diretiva, e previsse que «os recursos contra uma autoridade de controlo sejam interpostos nos tribunais do Estado-Membro em cujo território essa autoridade se encontre estabelecida». A importância de um artigo nestes moldes ganha força em face do crescente relevo das questões transfronteiriças que o RGPD densificou para os tratamentos a que se aplica, mas que, no caso das questões subsumíveis no âmbito da presente proposta de lei podem também causar zonas de conflito de competência quando, por exemplo, um cidadão

de outro país da União Europeia pretenda reagir judicialmente contra decisões da autoridade de controlo portuguesa.

*(2) Questões partilhadas com outros diplomas nacionais relativos ao novo regime de proteção de dados pessoais na UE*

*a) A não sujeição do setor público a coimas*

Existem duas questões críticas que se observam nesta proposta e que já se haviam notado e analisado a propósito, não só da Proposta de Lei n.º 120/XIII, que «Assegura a execução, na ordem jurídica nacional, do Regulamento (UE) 2016/679, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito aos tratamentos de dados pessoais e à livre circulação desses dados», mas também da Proposta de Lei n.º 126/XIII, que "Altera o regime jurídico aplicável ao tratamento de dados referentes ao sistema judicial". A CNPD teve já a hipótese de se pronunciar sobre estas duas propostas, o que fez, quanto à primeira, no Parecer n.º 20/2018, de 2 de maio<sup>5</sup> e, quanto à segunda, no Parecer n.º 25/2018, de 28 de maio, como se apontou no ponto 1 do presente parecer.

Com efeito, aqui como na Proposta de Lei n.º 120/XIII, o legislador português entendeu isentar o setor público da aplicação de contraordenações. Diz-nos o artigo 52.º, n.º 5, da proposta sob análise, que «O disposto nos números anteriores não se aplica às entidades públicas». E o que está nos números anteriores é justamente a tipificação e moldura sancionatória das condutas contraordenacionais que o legislador entendeu serem puníveis à luz da futura lei.

Esta opção não vem suportada em nenhum estudo ou avaliação prévia que demonstre a bondade ou pertinência da solução. Aqui, como na Proposta de Lei n.º 120/XIII, o legislador está perante um espaço legítimo de decisão e em nada contraria o direito da União a isenção do setor público destas sanções contraordenacionais. Sucede, contudo, que a tradição portuguesa sempre foi a de tratar o setor público e o setor privado de forma idêntica, tendo tal opção tido reflexo quer no facto de a CNPD ter assumido, desde que as coimas estão enquadradas no regime nacional de proteção de dados pessoais, a função

---

<sup>5</sup> Disponível em [https://www.cnpd.pt/bin/decisoes/Par/40\\_20\\_2018.pdf](https://www.cnpd.pt/bin/decisoes/Par/40_20_2018.pdf).

fiscalizadora e sancionatória de forma plena, mas também na sujeição do setor público às mesmas regras e sanções que se aplicam ao setor privado.

Como se disse, então, a propósito de idêntica opção do legislador nacional de afastamento do setor público da aplicação das sanções que o RGPD previa e prevê, inscrita na Proposta de Lei n.º 120/XIII: *«Na verdade, a Diretiva 95/46/CE (cf. artigo 24.º), que o RGPD vem revogar, deu autonomia aos Estados-Membros para definirem as medidas adequadas para assegurar a plena aplicação do regime nela definido, exemplificando com a previsão da aplicação de sanções. Nessa sequência, alguns Estados-Membros não previram nas respetivas legislações sanções para o incumprimento do regime de proteção de dados pessoais por parte de entidades públicas. É essa realidade que o RGPD toma em conta, quando admite que a lei nacional não preveja, ou preveja numa determinada medida, coimas para as entidades públicas (veja-se, aliás, a referência no considerando 151 do RGPD a dois ordenamentos jurídicos onde não existem sanções pecuniárias para ilícitos administrativos ou de mera ordenação social). Ora, a opção legislativa 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. Para afastar uma tal tradição jurídica e criar um regime diferenciado para as entidades públicas em matéria de sanções, seria de esperar que a Proposta de Lei apresentasse motivos pertinentes exclusivos das entidades públicas e que, portanto, se não verificassem quanto a entidades privadas.(...).*

*Desse ponto de vista, importa destacar que os tratamentos de dados pessoais realizados pelas entidades públicas (bastando, para o efeito, pensar no Estado e nos vários ministérios que o compõem) são tão ou mais intensamente intrusivos da privacidade e da liberdade dos cidadãos, do que os levados a cabo por entidades privadas, e portanto tão ou mais potencialmente restritivos de direitos fundamentais dos cidadãos. Pelo que os riscos para a proteção e segurança dos dados pessoais se afirmam nesse contexto com tanta ou mais intensidade do que no âmbito de atividades de entidades privadas.*

*Sendo certo que, na perspetiva, que é a que aqui interessa a título principal, da tutela dos direitos fundamentais dos titulares dos dados, a aplicação de uma sanção ou, pelo menos, a possibilidade de aplicação de uma sanção tem uma função dissuasora da violação ou da*



*reiteração da violação daqueles direitos, a exclusão de entidades públicas do regime sancionatório deixa fragilizados os titulares dos dados em relação aos tratamentos de dados pessoais realizados pelo Estado e demais entidades públicas.»*. Mais ainda numa área de atuação pública que, pela sua natureza, tem à partida um impacto restritivo dos direitos e liberdades dos cidadãos, onde, portanto, se deve lançar mão de todos os mecanismos jurídicos suscetíveis de orientar e promover o cumprimento dos limites e das condições legalmente fixados para o tratamento de dados pessoais.

A conclusão não podia, como aqui continua a não poder deixar de ser a de que: *«Não se vê, por isso, razão para excluir do regime sancionatório contraordenacional as entidades públicas.»*

*Reitera-se que, ao contrário do que sucede noutros ordenamentos jurídicos nacionais na União Europeia, onde a suscetibilidade de uma entidade pública aplicar sanções pecuniárias a outra entidade pública constituiria uma novidade, colocando portanto novos desafios jurídicos, designadamente no plano orçamental e de gestão de contas públicas, essa previsão em Portugal não importa qualquer novidade.*

*Aliás, importa lembrar que no ordenamento jurídico nacional essa possibilidade não está restrita ao regime sancionatório contraordenacional. Recorde-se que o Estado português aprovou, no âmbito da reforma do contencioso administrativo em 2002, uma norma que sujeita as entidades públicas à obrigação de pagar custas judiciais no âmbito dos processos em que sejam parte. E, na recente Proposta de Lei n.º 119/XIII/3ª (GOV), que estabelece o regime jurídico da segurança do ciberespaço, transpondo a Diretiva (UE) 2016/1148 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de julho de 2016, relativa a medidas destinadas a garantir um elevado nível comum de segurança das redes e da informação em toda a União, a solução encontrada foi a de sancionar as entidades públicas, sem portanto entender que a necessidade de regulação da tecnologia é mais intensa no setor privado do que no setor público.»*

Não existem, pois, 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.

*b) A exclusão das magistraturas do controlo da CNPD*

Uma outra questão pertinente que aqui se repete face ao que se viu noutras propostas de diplomas relativas ao novo regime de proteção de dados, é a da exclusão das magistraturas do controlo da CNPD.

Importa notar que que o controlo dos tratamentos de dados pessoais por parte do Ministério Público nunca esteve fora da alçada da CNPD. Desde a Lei n.º 10/91, de 29 de abril, passando pela LPDP e terminando na Lei n.º 34/2009, de 14 de julho, o legislador português optou sempre e conscientemente por incluir na esfera da fiscalização da CNPD os tratamentos de dados pessoais levados a cabo pelo MP.

Bem se percebe que o legislador europeu entenda (e que o legislador português o repita) que as autoridades judiciais independentes mereçam uma consideração distinta face aos demais agentes que atuem neste setor e no âmbito da diretiva, para efeitos de cumprimento das normas reguladoras da proteção de dados pessoais.

Entendemos, por isso, relevante recuperar o que se disse no Parecer n.º 25/2018, então a propósito de idêntica disposição prevista na Proposta de Lei 126/XIII, que "Altera o regime jurídico aplicável ao tratamento de dados referentes ao sistema judicial".

*Aí se dizia que «A intenção do legislador é, portanto, afastar do controlo da CNPD, não só o juiz e o juiz de instrução, como também o Ministério Público (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 3º.*

*Parece-nos, no entanto que este entendimento não encontra suporte nessa previsão, como o não encontra na Diretiva 680/2016, sendo inadmissível à luz da legislação europeia.*

*Atente-se desde logo no critério 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. Consultando os diferentes estatutos aplicáveis à magistratura judicial*

---

<sup>6</sup> Que assim dispõe: «As autoridades de controlo não têm competência para controlar operações de tratamento efetuadas por tribunais que atuem no exercício da sua função jurisdicional».

<sup>7</sup> Lei n.º 21/85, de 30 de julho, sucessivamente alterada, em último pela Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro.

*(EMJ) e à magistratura do Ministério Público<sup>8</sup> (EMP), tal torna-se, de resto, completamente evidente.*

*Se de um lado, o Estatuto dos magistrados judiciais contempla a sua plena independência (cfr. artigo 4.º do EMJ) afirmando mesmo que «Os magistrados judiciais julgam apenas segundo a Constituição e a lei e não estão sujeitos a ordens ou instruções», já o EMP assume a responsabilidade e subordinação hierárquica dos magistrados (artigo 76.º, n.º 1), concretizando (no n.º 2 daquele artigo) que «A responsabilidade consiste em responderem, nos termos da lei, pelo cumprimento dos seus deveres e pela observância das directivas, ordens e instruções que receberem.» e que «A hierarquia consiste na subordinação dos magistrados aos de grau superior, nos termos da presente lei, e na consequente obrigação de acatamento por aqueles das directivas, ordens e instruções recebidas, sem prejuízo do disposto nos Artigos 79.º e 80.º».*

*Sucedem, ainda, que o Ministério Público tem obrigações legalmente previstas de conformação da sua atuação de acordo com ordens e instruções do Ministro da Justiça, nos termos do artigo 80.º<sup>9</sup> desse estatuto.*

*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.*

*Não que se não reconheça a vinculação à lei e à Constituição da República e a sindicância dos seus poderes e ação através do controlo judicial competente. Contudo, não se pode*

---

<sup>8</sup> Lei n.º 47/86, de 15 de outubro, sucessivamente alterada, em último pela Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro.

<sup>9</sup> Compete ao Ministro da Justiça:

- a) Transmitir, por intermédio do Procurador-Geral da República, instruções de ordem específica nas acções cíveis e nos procedimentos tendentes à composição extrajudicial de conflitos em que o Estado seja interessado;
- b) Autorizar o Ministério Público, ouvido o departamento governamental de tutela, a confessar, transigir ou desistir nas acções cíveis em que o Estado seja parte;
- c) Requisitar, por intermédio do Procurador-Geral da República, a qualquer magistrado ou agente do Ministério Público relatórios e informações de serviço;
- d) Solicitar ao Conselho Superior do Ministério Público informações e esclarecimentos e fazer perante ele as comunicações que entender convenientes;
- e) Solicitar ao Procurador-Geral da República inspecções, sindicâncias e inquéritos, designadamente aos órgãos de polícia criminal.

*ignorar que subsistem consideráveis espaços de atuação reconhecidos ao MP onde tal controlo pode não chegar a operar.*

*Por oposição, no quadro do processo penal, admite-se, no quadro da titularidade da ação penal, reconhecida no artigo 49.º do CPP, uma posição com natureza materialmente jurisdicional<sup>10</sup> e distinta da de uma qualquer parte em juízo. Mais eloquentemente o disse Figueiredo Dias, (“Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal”, Jornadas de direito processual penal. O novo Código de Processo Penal, Coimbra, 1988, 3 s. (31)): «O ministério público, como ficou dito, não é interessado na condenação, mas unicamente na obtenção de uma decisão justa: nesta medida, ele compartilha com o juiz um dever de intervenção estritamente objectiva; e isto acentua-se, não apenas nas fases contraditórias e presididas pelo juiz, do julgamento e da instrução, mas também e igual medida na fase de inquérito de que ele é o dominus».*

*O efeito útil desta destrição entre os papeis do MP 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).*

*Aliás, é profusa e suficientemente densificada a explicação para tal diferenciação ao longo dos considerandos da Diretiva. Atente-se no que se declara no considerando 63 sobre a isenção da nomeação de um encarregado de proteção de dados por parte «dos tribunais e outras autoridades judiciais independentes no exercício da sua função jurisdicional».*

*E quanto à matéria da sindicância das decisões das magistraturas sobre tratamentos de dados pessoais por autoridades de controlo, é cristalino o considerando 80: «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 juízes 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 juízes possam estar associados por força do direito do Estado-Membro. Os Estados-Membros podem*

<sup>10</sup> Citado, de resto, no Acórdão n.º 538/2007, do Tribunal Constitucional.



*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 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.». Ou ainda sobre este tema, o considerando 84: «A fim de assegurar o controlo eficaz, fiável e coerente da conformidade com a presente diretiva e da sua aplicação em toda a União e nos termos do TFUE, conforme interpretado pelo Tribunal de Justiça, as autoridades de controlo deverão ter, em cada Estado-Membro, as mesmas atribuições e poderes, incluindo poderes de investigação e de correção, bem como funções consultivas, que constituem meios necessários no exercício das suas atribuições. Os seus poderes não deverão, contudo, interferir com as regras específicas aplicáveis ao processo penal, nomeadamente à investigação e repressão de infração penais, nem com a independência do poder judicial. Sem prejuízo dos poderes das autoridades responsáveis pela aplicação da lei nos termos do direito do Estado-Membro, as autoridades de controlo deverão ainda dispor do poder de levar as violações à presente diretiva ao conhecimento das autoridades judiciais e de intentar processos judiciais.»*

*Estas últimas exceções são concretizadas no artigo 45.º, n.º 2: «Os Estados-Membros preveem que a respetiva autoridade de controlo não seja responsável pela supervisão de operações de tratamento efetuadas pelos tribunais no exercício da sua função jurisdicional. Os Estados-Membros podem estabelecer que a respetiva autoridade de controlo não tenha competência para supervisionar operações de tratamento efetuadas por outras autoridades judiciais independentes no exercício da sua função jurisdicional».*

*É importante sublinhar, todavia, que quando o considerando 80 da diretiva se refere ao Ministério Público, enquanto autoridade judicial independente, é muito clara a vontade de abarcar países com tradições jurídicas distintas da portuguesa e que tendencialmente colocam no mesmo plano a posição dos magistrados judiciais e dos magistrados do Ministério Público, algo que, entre nós, não ocorre. E tal interpretação é apoiada pelo texto do citado artigo 45.º, n.º 2, que aponta sempre à independência das outras autoridades judiciais como o critério decisivo para lhes consentir a isenção do controlo por parte da CNPD.*

*De todo o exposto resulta clara a intenção do legislador europeu, sendo legítima e adequada a opção do legislador português em isentar do controlo da CNPD as magistraturas, em determinado contexto.*

*E é esse contexto, ligado à independência com que a magistratura judicial sempre atua e que a magistratura do Ministério Público apenas detém em concretos âmbitos de atuação processual, que constitui a condição fundamental para que se admita a sobredita isenção.*

*Tal como se encontra formulada a dita exclusão de competência da autoridade de controlo nacional, é manifesta a desproporção entre o que os instrumentos jurídicos da União permitiam e autorizavam e o que o legislador nacional pretende vir a consagrar na lei portuguesa.»*

*Atenta a redação do artigo 43.º, n.º 2, isentando os tratamentos de dados pessoais pelos Tribunais e pelo Ministério Público no exercício das suas competências processuais, parecem-nos que os limites da separação entre as magistraturas se tornam completamente insondáveis, o que é não só legalmente inadmissível como constitucionalmente desenquadrado. É que é o próprio texto constitucional que fixa, no seu artigo 219.º, n.º 2, a matriz identitária do Ministério Público, ditando que este «goza (...) de autonomia» e que (nos termos do 219.º, n.º 1) lhe «compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como, com observância do disposto no número seguinte e nos termos da lei, participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática.»*

*Este aspeto é tanto mais relevante quanto é sabido que a presente proposta 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.*

*A interpretação conjugada das normas constitucionais e estatutárias do ordenamento jurídico nacional, em conjunto com as disposições da Diretiva 680/2016, não podem*



*autorizar entendimento distinto sob pena de se subverter o sentido e o alcance que o legislador europeu quis empenhar a este novo instrumento jurídico, criando-se vazios legais de proteção dos dados pessoais dos cidadãos.*

*Seria, portanto, altamente recomendável uma revisão do texto que apontasse para uma formulação totalmente assente e construída em torno da dita independência que é o critério essencial pelo qual se prevê, mas também se limita, o espaço do legislador para isentar do controlo da CNPD a magistratura do Ministério Público, apontando para que essas competências processuais se limitassem ao essencial. Repetindo a citação do parecer relativo à proposta de alteração da Lei n.º 34/2009, insistimos que «O efeito útil desta destrinça entre os papéis do MP 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).».*

#### *c) A composição da CNPD*

Finalmente, um outro aspeto menos positivo que é comum à Proposta de Lei n.º 126/XIII, que "Altera o regime jurídico aplicável ao tratamento de dados referentes ao sistema judicial", é o da referência à composição da CNPD. Limitamo-nos a citar o que, então se disse a esse propósito no parecer já referenciado, renovando a crítica quanto à solução propugnada. Relembre-se que ali se previa «(...) que «a CNPD [para garantia e fiscalização da lei] integra um magistrado judicial, designado pelo Conselho Superior da Magistratura, e um magistrado do Ministério Público, designado pela Procuradoria-Geral da República». *Mutatis mutandis*, é, então, a mesma solução a apontada para a presente proposta de lei. Diga-se que a CNPD nada tem contra a indicação de magistrados (judiciais e do Ministério Público) para o órgão. Pelo contrário, a inclusão de magistrados tem representado um significativo valor acrescentado para o prestígio e qualidade das decisões emanadas da autoridade de controlo nacional. A sua manutenção no futuro, independentemente de a atual composição da Comissão entender dever reponderar-se a dimensão do órgão, é uma opção perfeitamente legítima e aceitável por parte do legislador.

*O que aparece como menos adequada é a menção, replicada aqui e originada na proposta de lei n.º 125/XIII, à indicação de um magistrado judicial e de um magistrado do Ministério Público como que sugerindo ser essa a única forma de garantir que as funções da CNPD, em matéria de cumprimento da Diretiva ou da presente proposta de lei, se alcançarão. Ora, uma tal formulação desqualifica desnecessariamente o papel dos demais Vogais da Comissão e do seu Presidente (quando não se trate de um magistrado), remetendo-os a um papel de menoridade institucional e de desautorização funcional que não se compreende nem tampouco se aceita. O estatuto dos membros da CNPD não faz, como não deve fazer, agora e no futuro, qualquer distinção entre a capacidade, hombridade e preparação de uns e de outros, pressupondo-se, como não poderia deixar de ser, que todos estão em igualdade de circunstâncias para o desempenho da função.*

*Em face do que precede, a CNPD entende ser necessária a alteração deste preceito com a eliminação deste número, pelo que representa de desestruturador para um órgão onde sempre apareceu e continua a aparecer como inadmissível tal distinção.»*

### III. Conclusões

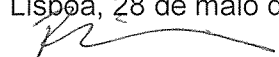
A Proposta de Lei n.º 125/XIII/3ª(GOV), que "estabelece as regras relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, deteção, investigação ou repressão de infrações penais ou de execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública, transpondo para a ordem jurídica interna a Diretiva (UE) n.º 2016/680, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016", segue, em geral, o teor e o sentido desta última.

Ademais, são de louvar os aspetos positivos de reforço da certeza jurídica que o legislador nacional logrou alcançar com a introdução de melhoramentos não previstos na diretiva, como sejam os que apontámos no ponto 2 deste parecer.

Assinalam-se, todavia, determinadas soluções que aparentam comportar riscos interpretativos prejudiciais para a correta transposição da diretiva, bem como para o respeito integral pelos direitos, liberdades e garantias dos titulares dos dados. Entre eles:

- i. Os diversos aspetos negativos elencados no ponto C – 1), cuja formulação, pecando por omissão ou por duvidosa transposição, merecerá reponderação por parte do legislador;
- ii. As questões partilhadas com o regime relativo aos tratamentos de dados previstos na Lei n.º 34/2009, nomeadamente quanto:
  - a. À não aplicação de coimas ao setor público que aqui, tal como na Proposta de Lei n.º 120/XIII, que assegura a execução, na ordem jurídica interna, do Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016, não pode deixar de se criticar face à latente inconstitucionalidade da diferenciação face ao setor privado, sobretudo porque aqui nem sequer vem acompanhada de qualquer justificação;
  - b. Ao excessivo alcance da isenção prevista para o Ministério Público em matéria de fiscalização da autoridade de controlo nacional, atenta a natureza desta autoridade judiciária, tributária de um conceito de autonomia que não se confunde com aquele, de independência, ligado aos magistrados judiciais. Sugere-se, tal como no Parecer n.º 25/2018, de 28 de maio, a propósito da revisão da Lei n.º 34/2009, que o legislador repondere o regime dessa mesma exclusão, conformando-o com o que é admitido pela legislação europeia a que está vinculado;
  - c. À composição da CNPD que também surge deslocada, tal como na Proposta de Lei n.º 126/XIII, que altera a Lei n.º 34/2009, porquanto tal áspero de regime deve ser regulado na lei de organização da CNPD ou na lei que assegura a execução do RGPD. Ademais o replicar da sugestão implícita de que apenas magistrados poderão desempenhar algumas das competências atribuídas à CNPD é, repete-se, um desrespeito pelo estatuto de total igualdade que os membros da CNPD partilham, diferenciação que não se vê sequer ser admitida pelo RGPD.

Lisboa, 28 de maio de 2018

  
Filipa Calvão (Presidente)