



**ASSUNTO: RGPD**

## I. Comentários à PL 120/XIII

Desde o dia 25 de maio de 2018, que todos, empresas incluídas, estamos obrigados a estar conformes às obrigações previstas no Novo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD). Este é um Regulamento comunitário - com 173 Considerandos e 99 Artigos - diretamente aplicável em cada Estado, com um grau de complexidade e de exigência que consideramos elevado, especialmente no que diz respeito a micro e PME's, que representam 99,9% do nosso tecido empresarial.

A este cenário de obrigações exigentes e desproporcionais, junta-se a previsão de elevadas coimas, e o normal "assédio" por parte de prestadores de serviços nesta área a que já estão sujeitas as nossas empresas.

Não obstante a intenção meritória deste Regulamento, e apesar de sabermos não ter como "objeto" as micro e PME's, o certo é que não deixamos de estar perante um novo custo de contexto, com impacto negativo ao nível operacional/produtivo das empresas, que, além do encargo financeiro que comporta, serão agora obrigadas a canalizar muitos dos seus esforços e recursos para a realização de processos meramente administrativo-burocráticos.

A realidade destas empresas de menor dimensão acaba por ser reconhecida pelo próprio Regulamento, no considerando 13, quando se afirma que "(...) as instituições e os órgãos da União, e os Estados-Membros e as suas autoridades de controlo, são incentivados a tomar em consideração as necessidades específicas das micro, pequenas e médias empresas no âmbito de aplicação do presente regulamento."

Igualmente, prevê o Regulamento "(...) uma derrogação para as organizações com menos de 250 trabalhadores relativamente à conservação do registo de atividades.", com consagração no seu Artigo 30º.

Ora, são estas constatações que têm a ver com as especificidades das micro e PME's que pretendemos ver salvaguardadas em diploma nacional relativo a esta matéria, aligeirando as obrigações e diminuindo o valor das coimas a estas aplicáveis. No fundo adequar o RGPD com a realidade, no que for regulamentarmente possível adequar.

Também relevante é o incentivo e apoio que deve ser prestado pelo Estado, nomeadamente a Associações setoriais, com vista à elaboração de Códigos de Conduta que, de alguma forma, simplifiquem a aplicação e o cumprimento do Regulamento.

O Artigo 15º da PL 120/XIII versa sobre esta matéria, porém de forma algo insipiente, obrigando apenas a CNPD a "(...) fomentar a elaboração de códigos de conduta (...)", desconhecendo-se de que forma esta intenção se irá materializar (sublinhado nosso).



Posto isto, seguem contributos sobre algumas matérias específicas previstas na proposta:

Desde logo um aspeto prévio relativo a categorias especiais de dados.

O artigo 35º/3 da nossa Constituição refere que: *“A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis”*.

Nesta sequência, a Lei nº 67/98 refere, no seu artigo 7º (Tratamento de Dados Sensíveis), que: *“É proibido o tratamento de dados pessoais referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem racial ou étnica, bem como o tratamento de dados relativos à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos”*. Assim, aplicando o conceito previsto no artigo 35º da nossa Constituição, a anterior LPD veio incluir na lista de dados sensíveis o conceito de vida privada.

A este propósito, a CNPD tem vindo a considerar que o conceito de vida privada inclui interesses e preferências do titular dos dados. Significa isto que, *p.e.*, os hobbies, as preferências alimentares, etc. eram consideradas como fazendo parte do conceito de “vida privada” e, como tal, incluídos na lista de dados sensíveis. Ora, na prática, isto levava a que fosse necessário obter, por um lado, consentimento expresso do titular dos dados para o seu tratamento e, por outro lado, autorização prévia da CNPD.

O RGPD não inclui, na lista de dados sensíveis, o conceito de vida privada, pelo que diríamos que este ficaria igualmente afastado da lista de dados sensíveis a nível nacional. Sucede que, para todos os efeitos, o artigo 35º/3 da nossa Constituição sobrepõe-se a qualquer outro diploma, pelo que seria de extrema importância que o legislador clarificasse este ponto.

De salientar que, como referido, tendo a CNPD vindo a considerar como estando incluído no conceito de “vida privada” as preferências alimentares, isto tem particular importância para o nosso sector de atividade (Canal HORECA).

#### **Artigo 9º: Encarregado de Proteção de Dados**

Em relação ao EPD, seria importante ver clarificada a questão da compatibilidade/incompatibilidade do exercício da advocacia suscitada pela Ordem dos Advogados com o cargo de EPD.

Na verdade, o Conselho Geral da Ordem dos Advogados entendeu que, nos termos do disposto no artigo 83º do Estatuto da Ordem dos Advogados, estes estão impedidos de exercer advocacia para entidades para as quais exerçam, ou tenham exercido, as funções de EPD. Este entendimento da OA teve por base (entre outros) os seguintes fundamentos: (i) o exercício da advocacia deve ser feito de



forma isenta e responsável, sendo inconciliável com o desempenho de qualquer função, atividade ou cargo (como o de EPD) que possa afetar a isenção, independência e a dignidade da profissão; e (ii) o Estatuto da Ordem dos Advogados prevê que o advogado está impedido de praticar atos profissionais em relação a entidades onde desempenhe ou tenha desempenhado funções cujo exercício possa suscitar, em concreto, uma incompatibilidade.

Desta forma, existe, no entendimento do Conselho Geral da OA um *"impedimento que diminui a amplitude do exercício da advocacia e constitui incompatibilidade relativa do mandato forense e da consulta jurídica tendo em vista uma relação com o cliente para quem exerça, ou tenha exercido, as funções de EDP"*.

Nestes termos, perante este entendimento e considerando que a Proposta de Lei refere que o EPD é designado com base *"nos seus conhecimentos especializados no domínio do direito"* - o que leva a que, na prática, sejam muitos os advogados nomeados para esta função - seria importante que o legislador viesse clarificar, de forma expressa, se os advogados podem ser EPD's, desde que seja, naturalmente, garantida a imparcialidade e isenção dos mesmos.

#### **Artigo 11º: Funções do Encarregado de Proteção de Dados**

Em relação a este artigo, não sendo dada aos Estados-Membros a possibilidade de legislar sobre as funções do EPD, este ponto deveria ser eliminado.

Não obstante, caso o legislador insista em elencar as funções do EPD, seria importante clarificar os seguintes conceitos:

- (i) Conceito de *"auditorias não-programadas"*, sob pena de o mesmo não ter aplicabilidade prática;
- (ii) Alterar o conceito de *"código malicioso"*, uma vez que um incidente de segurança vai, certamente, muito para além da deteção de um *"código malicioso"*. Na verdade, o que se pretende é que os utilizadores informem o EPD relativamente a quaisquer *"data breaches"*, pelo que este termo deveria ser alteração para *"sempre que for detetada qualquer situação de risco e de violação em matéria de dados pessoais"*.

#### **Artigo 17º: Proteção de Dados de pessoas falecidas**

Concordamos aqui integralmente com o Parecer da CNPD quando refere não entender o reconhecimento (imediato) atribuído aos herdeiros para o exercício dos direitos de atribuídos aos titulares dos dados pessoais. Com efeito, se o Código Civil não reconhece legitimidade aos herdeiros



em matéria de reserva da intimidade da vida privada, não será certamente a presente lei que o irá fazer.

Nestes termos, diríamos que este reconhecimento aos herdeiros deverá ser revisto pelo legislador.

### **Artigo 19º: Videovigilância**

O tratamento de dados pessoais no contexto da videovigilância para proteção de pessoas e bens é submetido a requisitos específicos pelo art. 25º da Proposta de Lei.

Para além dos requisitos constantes do art. 31º da Lei nº 34/2013, de 16 de maio, o texto da Proposta define, nomeadamente, que “As câmaras não podem incidir sobre: a) Vias públicas ou propriedades limítrofes; b) Caixas Multibanco (...) de forma a captar a digitação dos códigos; c) Interior de áreas reservadas a clientes ou potenciais clientes (...); d) Interior de áreas reservadas aos trabalhadores”. Ora, não nos parece que a imposição destes requisitos adicionais decorra de uma prerrogativa do Estado português à luz do art. 23º do RGPD, porquanto não visa limitar o alcance dos direitos dos titulares dos dados à luz do RGPD. Também não parece que este artigo 25º da Proposta de Lei constitua uma disposição relativa a uma situação específica de tratamento, adotada pelo Estado português à luz do Capítulo IX do RGPD.

Assim, entendemos que estes requisitos deveriam ser introduzidos no art. 31º da Lei referida e não na Lei de implementação do RGPD, já que são requisitos aplicáveis, apenas, às entidades titulares de alvará de segurança privada. Adicionalmente, observamos que os nºs 7 e 8 do art. 31º da Lei nº 34/2013 devem ser revistos à luz da entrada em vigor do RGPD e da Lei de Implementação, retirando-se a referência às autorizações da CNPD.

### **Artigo 28.º/2 e 3: Relações laborais**

Não se entende a referência específica ao “contabilista certificado”, uma vez que existem um conjunto de outras entidades (e.g. seguradoras, saúde no trabalho, etc.) que recebem dados de trabalhadores, pelo que entendemos que deverá ser retirada.

Acresce que, mais do que o tema da celebração de um contrato de prestação de serviços, o importante é que qualquer prestador de serviços tenha um acordo de subcontratação, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 28º do RGPD – i.e. com todas as cláusulas específicas de proteção de dados. Assim, também a referência ao contrato de prestação de serviços deveria ser revista.



## **Artigo 28.º/6: Dados Biométricos**

A atual redação da Proposta de Lei refere que: *“O tratamento de dados biométricos só é considerado legítimo para controlo de assiduidade e para controlo de acessos às instalações do empregador”*.

Entendemos que esta previsão é redutora e não se compatibiliza com as necessidades das empresas do sector, nomeadamente no que se refere à necessidade de utilização do controlo biométrico para efeitos de garantia de higiene – e.g. como forma de garantir que os trabalhadores efetivamente lavam as mãos de x em x tempo, sendo esse controlo feito através de um registo biométrico.

Em alternativa, entendemos que apenas deverá ser considerado como dado biométrico aquele em que se recolhe a totalidade da característica biométrica (ou seja, a totalidade das impressões digitais) e não aquele em que apenas se regista uma representação digital (template), que não poderá, como tal, ser reproduzida para identificar um utilizador.

## **Artigo 28º/7 e 8: Transferência de dados de trabalhadores**

Entendemos que a atual redação destes pontos é claramente infeliz e não compatível com o disposto no RGPD.

Com efeito – e se bem entendemos – estes artigos referem que a transferência de dados pessoais de trabalhadores entre empresas só é lícita nos casos de cedência ocasional de trabalhador e na medida que seja proporcional, necessária e adequada aos objetivos a atingir e nas situações de cedência de trabalhador por parte de empresa de trabalhador temporário e de destacamento para outro Estado.

Ora, se for este o entendimento, mostra-se totalmente incompatível com o previsto no Considerando (48) do RGPD: *“Os responsáveis pelo tratamento que façam parte de um grupo empresarial ou de uma instituição associada a um organismo central poderão ter um interesse legítimo em transmitir dados pessoais no âmbito do grupo de empresas para fins administrativos internos, incluindo o tratamento de dados pessoais de clientes ou funcionários. Os princípios gerais que regem a transmissão de dados pessoais, no âmbito de um grupo empresarial, para uma empresa localizada num país terceiro mantêm-se inalterados”*.

Por outro lado, mantendo-se estes pontos tal como estão na atual redação, os mesmos representam um enorme entrave para empresas multinacionais que têm serviços partilhados em matérias de RH e que necessitam de transmitir dados de trabalhadores para outras entidades do Grupo.

Nestes termos, consideramos que este artigo terá que ser revisto por forma a refletir o atual mercado nacional, o qual tem um número significativo de multinacionais que necessitam de transferir dados dos seus trabalhadores.



## Artigo 39º: determinação da medida da coima

O artigo 39º da Proposta de Lei elenca duas circunstâncias relevantes para a **determinação da medida das coimas** que não se encontram no RGPD: a situação económica do agente e o carácter continuado da infração. A relevância da situação económica do agente, enquanto critério para a fixação da coima, decorre atualmente do artigo 18º, nº 1, do Regime Geral das Contraordenações (RGCO), sendo, não obstante, um aspeto controverso, na medida em que o mesmo constitui, em nosso entender, um dado que não deve ser tido em linha de conta para esse efeito. Na verdade, se se compreende que o benefício económico gerado pela infração assumia relevância para efeitos de fixação do montante da coima, mal se compreende, atendendo à natureza sancionatória do Direito Contraordenacional, que se considere a situação económica da pessoa para tal efeito, já que a mesma não tem, à partida, qualquer ligação com o ilícito, traduzindo apenas a capacidade que a pessoa (singular ou coletiva) tem para pagar a coima. Sempre poderia argumentar-se que essa consideração teria em vista o ajustamento do valor das coimas nas situações em que a capacidade económica do agente é menor. Todavia, o que a prática demonstra é uma tendência do recurso a esse critério nas situações em que, tratando-se de pessoas coletivas com um volume de negócios elevado, são impostas coimas coincidentes ou próximas do limite legal máximo, mesmo tratando-se de contraordenações de pouca gravidade. Não dando o RGPD cobertura a este critério de fixação do valor da coima, talvez se justificasse ponderar a relevância do mesmo, ou mesmo retirar esse critério do art. 39º da Proposta de Lei.

Por seu turno, no que diz respeito à natureza continuada da infração – que também não constitui critério eleito pelo RGPD para a fixação do montante da coima – importa notar que aquilo que pode estar em causa é apenas a graduação da coima nas situações em que um conjunto de factos típicos é sancionado como uma única contraordenação. Não está, portanto, tal circunstância relacionada com a reincidência. Neste sentido, a solução avançada na Proposta de Lei vai muito para além daquela que, no regime geral, se encontra prevista no artigo 18º, nº 1, do RGCO.

Adicionalmente, entendemos que a Proposta de Lei não vai de encontro ao propósito do Legislador comunitário ao excluir do círculo dos infratores as entidades públicas (art. 59º). Essa inclusão deveria ter sido equacionada, quer por razões que se prendem com a necessidade de execução plena do RGPD, quer ainda por razões de igualdade. Naturalmente, sempre seria de equacionar a possibilidade de introdução de uma cláusula limitativa da responsabilidade das pessoas coletivas públicas, nos moldes previstos no artigo 11º, nº 2, proémio, do Código Penal, sancionando apenas aquelas que não atuem no exercício de poderes de autoridade. A adotar-se uma solução nesse sentido ressaltar-se-ia (do ponto de vista sancionatório, não do ponto de vista do cumprimento dos deveres previstos no RGPD e na Lei) a igualdade, nas situações em que, materialmente, as entidades públicas atuam nos mesmos moldes que as entidades privadas, não lhes atribuindo, assim, um benefício que apenas decorre da sua natureza pública e que prescinde de aferir da concreta atividade (e, sobretudo, do modo de atuação) gerador do facto típico.



No que diz respeito ao destino das coimas prevê-se, no artigo 42º da Proposta de Lei, que as coimas revertam em 60% do respetivo montante para o Estado e em 40% para a CNPD. Ora, a CNPD, com competências em sede de inquérito, de instrução e de decisão de processos de natureza contraordenacional, acaba por ser a destinatária de parte do produto das coimas que venham a ser aplicadas no âmbito de processos em que teve intervenção e em que, por determinação legal, tem competência exclusiva para, na fase administrativa, decidir. Esta solução legal é passível de violar o dever de isenção e de objetividade que norteia a atividade administrativa do Estado, sobretudo quando essa mesma atividade possua um cunho sancionatório.

## Capítulo VIII - Disposições finais e transitórias

- Existem leis nacionais em vigor que conflituam com as normas do RGPD e que, assim, exigem uma revisão por parte do Legislador nacional. São exemplos dessas leis a Lei nº 1/2005, de 10 de janeiro (que regula a utilização de câmaras de vídeo), a já referida Lei nº 34/2013, de 16 de maio ("Regime do exercício da atividade de segurança privada"), a Lei das Comunicações Eletrónicas (Lei nº 5/2004, de 10 de fevereiro). Assim, sugere-se no sentido de o Legislador inserir uma disposição que esclareça que os tratamentos de dados pessoais cujos pressupostos se baseiem em leis conflitantes com o RGPD permanecem válidos após 25 de maio de 2018, até à efetiva revisão desses diplomas legais.

*Lisboa, 15 de abril de 2019*

