



Regulamento Geral de Proteção de Dados: uma visão portuguesa sobre o regime sancionatório

Pedro Miguel Freitas*

SUMÁRIO: O objetivo do presente artigo é o de proceder a uma breve análise do regime sancionatório previsto no 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 (RGPD) e que revoga a Diretiva 95/46/CE. Será devotada especial atenção ao regime contraordenacional previsto no artigo 83.º do RGPD. Concluímos que os Estados-Membros deveriam adotar uma postura crítica ao adaptar a sua legislação nacional às normas do RGPD. Atendendo à natureza do regime sancionatório previsto no RGPD, os princípios fundamentais consagrados nas constituições nacionais e nos textos jurídicos supranacionais deverão ser analisados e observados atentamente.

PALAVRAS-CHAVE: coimas – determinação da sanção – proteção de dados – RGPD.

* Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho.

I. Observações introdutórias

Embora tenha sido publicado em 4 de maio de 2016, 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 – passou a ser aplicado a partir de 25 de maio de 2018¹, razão pela qual tem crescido em Portugal uma profunda preocupação quanto às consequências práticas da sua aplicação, particularmente quanto às obrigações dele decorrentes e as consequências do seu incumprimento.

II. Regime sancionatório: um panorama

O artigo 84.º do RGPD intitulado “Sanções” pode induzir um leitor mais incauto a pensar que as sanções pelo incumprimento dos preceitos estabelecidos no RGPD são encontradas apenas neste artigo. Isto não podia estar mais longe da verdade. Uma compreensão do que está em causa significa, pelo menos, uma leitura combinada dos artigos 58.º, 83.º e 84.º do RGPD. Começaremos, pois, pelo artigo 83.º do RGPD.

Os n.ºs 4, 5 e 6 do artigo 83.º enumeram os atos suscetíveis de conduzir à aplicação de uma coima:

- 1) As obrigações do responsável pelo tratamento e do subcontratante nos termos dos artigos 8.º, 11.º, 25.º a 39.º e 42.º e 43.º;
- 2) As obrigações do organismo de certificação nos termos dos artigos 42.º e 43.º;
- 3) As obrigações do organismo de supervisão nos termos do artigo 41.º, n.º 4;
- 4) Os princípios básicos do tratamento, incluindo as condições de consentimento, nos termos dos artigos 5.º, 6.º, 7.º e 9.º;
- 5) Os direitos dos titulares dos dados nos termos dos artigos 12.º a 22.º;
- 6) As transferências de dados pessoais para um destinatário num país terceiro ou uma organização internacional nos termos dos artigos 44.º a 49.º;
- 7) As obrigações nos termos do direito do Estado-Membro adotado ao abrigo do capítulo IX;
- 8) O incumprimento de uma ordem de limitação, temporária ou definitiva, relativa ao tratamento ou à suspensão de fluxos de dados, emitida pela autoridade de controlo nos termos do artigo 58.º, n.º 2, ou o facto de não facultar acesso, em violação do artigo 58.º, n.º 1;
- 9) O incumprimento de uma ordem emitida pela autoridade de controlo a que se refere o artigo 58.º, n.º 2.

¹ De acordo com o artigo 288.º do TFUE, o regulamento tem carácter geral e é obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros. Como afirmam João Mota de Campos, João Luís Mota de Campos e António Pinto Pereira, *Manual de Direito Europeu* (Coimbra: Coimbra Editora, 2014), 313 e ss., um regulamento tem um carácter geral porque não individualiza os destinatários das normas. É obrigatório em todos os seus elementos uma vez que se impõe a todos os destinatários, desde os cidadãos individuais à própria União Europeia e suas instituições. Naquelas hipóteses em que o regulamento é um ato legislativo completo e perfeito, isto é, dispensa uma intervenção dos Estados-Membros para colmatar lacunas existentes, os seus efeitos jurídicos fazem-se sentir direta e automaticamente. Não é necessário qualquer ato de receção nacional do regulamento no ordenamento jurídico dos Estados-Membros, nem, em princípio, medidas complementares de execução. Portanto, um regulamento tem aplicabilidade direta e, em regra, aplicabilidade imediata. Na data da sua entrada em vigor, o regulamento é automaticamente incorporado no direito interno.

Este artigo não esgota, no entanto, as hipóteses geradoras de responsabilidade, especialmente aquelas que desencadeiam uma intervenção de natureza criminal, domínio jurídico do qual o Regulamento não se ocupa exaustivamente. Aliás, a leitura do artigo 84.º é insuficiente para se aferir se o direito penal pode ser usado para sancionar as violações mais graves das regras do RGPD. Com efeito, o que é dito neste artigo é simplesmente o seguinte: “Os Estados-Membros estabelecem as regras relativas às outras sanções aplicáveis em caso de violação do disposto no presente regulamento, nomeadamente às violações que não são sujeitas a coimas nos termos do artigo 7983.º, e tomam todas as medidas necessárias para garantir a sua aplicação. As sanções previstas devem ser efetivas, proporcionadas e dissuasivas” (sic)².

Isto deixa alguma margem de indefinição, indesejável porque pode conduzir a discrepâncias no tratamento jurídico das mesmas situações consoante o Estado-Membro em causa, mas talvez necessária para acomodar todas as idiossincrasias das ordens jurídicas nacionais.

Um entendimento mais profundo do escopo deste artigo não é encontrado noutra artigo deste ato legislativo, mas antes nos seus considerandos, em particular o 148 e o 149. O primeiro, com o mote do reforço da execução das regras do RGPD, introduz a obrigação de imposição de “sanções, incluindo coimas, por violação do presente regulamento, para além, ou em substituição, das medidas adequadas que venham a ser impostas pela autoridade de controlo nos termos do presente regulamento”. Por sua vez, o considerando 149 prossegue dizendo que os “Estados-Membros deverão poder definir as normas relativas às sanções penais aplicáveis por violação do presente regulamento, inclusive por violação das normas nacionais adotadas em conformidade com o presente regulamento”.

Os artigos 83.º e 84.º e os considerandos 148 e 149 abrem assim caminho para o seguinte raciocínio: a resposta ao incumprimento das disposições do RGPD não se limita a coimas e medidas corretivas, mas inclui também sanções penais.

Além disso, o considerando 152 indica que “Sempre que o presente regulamento não harmonize sanções administrativas, ou se necessário noutros casos, por exemplo, em caso de infrações graves às disposições do presente regulamento, os Estados-Membros deverão criar um sistema que preveja sanções efetivas, proporcionadas e dissuasivas. A natureza das sanções, penal ou administrativa, deverá ser determinada pelo direito do Estado-Membro”.

Em suma, embora a expressão “sanções” esteja ausente do artigo 83.º este refere-se materialmente ao campo penal e contraordenacional. Deve ressaltar-se, no entanto, que na versão em português do RGPD duas expressões são usadas de forma intercambiável como se fossem exatamente iguais, o que pode originar alguma confusão perfeitamente escusada. Referimo-nos às expressões “sanções administrativas” e “coimas”. Este “pormenor” é de grande importância para a paisagem jurídica portuguesa porque a segunda das expressões se refere a um domínio jurídico específico diferente do Direito Administrativo. É semelhante ao “*Ordnungswidrigkeitenrecht*” alemão e compartilha muitos dos seus princípios e

² Na redação portuguesa do RGPD menciona-se o artigo 7983.º. Estamos perante um lapso não corrigido na Retificação do 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, de 23 de maio de 2018. A versão inglesa, francesa, espanhola e alemã, para citar algumas, em lugar do (suposto) artigo 7983.º, remetem para o artigo 83.º do RGPD.

garantias fundamentais com o direito penal e processo penal. Diferentemente de outros países europeus, o quadro jurídico português atribui autonomia teórico-prática a um domínio jurídico denominado “Direito de Mera Ordenação Social”, no qual encontramos as “coimas”, domínio esse distinto do Direito Administrativo e do Direito Penal, tendo, tal como este último, um papel punitivo.³

Deixando de lado a confusão terminológica entre “sanções administrativas” e “coimas”⁴ – que ocorre ao longo do Regulamento e cuja explicação pode ser encontrada nas idiossincrasias jurídicas dos Estados-Membros, por vezes emprestando-lhe um caráter administrativo, outras vezes reconhecendo-lhe autonomia diante de outros ramos jurídicos –, verifica-se que os Estados-Membros têm, pelo menos segundo a sua tradição jurídica, a possibilidade de punir as infrações ao RGPD com coimas (ou sanções administrativas noutros ordenamentos) ou sanções penais.

No momento atual, Portugal não possui uma lei que acomode as mudanças trazidas pelo RGPD. A lei em vigor é a Lei n.º 67/98 de 26 de outubro (Lei da Proteção de Dados Pessoais), com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 103/2015 de 24 de agosto. Nas suas regras, encontram-se vários tipos legais de crime: “Não cumprimento de obrigações relativas a proteção de dados (artigo 43.º)”, “Acesso indevido” (artigo 44.º), “Viciação ou destruição de dados pessoais” (artigo 45.º), “Inserção de dados falsos” (artigo 45.º-A), “Desobediência qualificada” (artigo 46.º) e “Violação do dever de sigilo” (artigo 47.º). As coimas estão previstas nos artigos 35.º a 42.º

III. Destinatários das coimas

O artigo 83.º do RGPD distingue o valor das coimas consoante estas se apliquem a uma empresa ou não. No caso do n.º 4 do artigo 83.º, a coima é limitada a um máximo de 10 milhões de euros ou, no caso de uma empresa, a 2% do seu volume de negócios anual a nível mundial correspondente ao exercício financeiro anterior, consoante o montante que for mais elevado. Nos n.ºs 5 e 6, o limite máximo da coima aumenta para 20 milhões de euros ou, no caso de uma empresa, 4% do seu volume de negócios anual a nível mundial correspondente ao exercício financeiro anterior, consoante o montante mais elevado.

Relativamente ao conceito de empresa a empregar no artigo 82.º, surgem dificuldades (dispensáveis, mais uma vez). O RGPD oferece uma definição de empresa no artigo 4.º, n.º 18, quando afirma que se trata de “uma pessoa singular ou coletiva que, independentemente da sua forma jurídica, exerce uma atividade económica, incluindo as sociedades ou associações que exercem regularmente uma atividade económica”. Porém, se se recorresse a este conceito de empresa para interpretarmos o artigo 83.º, significaria isso que as coimas previstas neste último artigo seriam superiores para as empresas e inferiores para as restantes entidades, nomeadamente pessoas singulares e grupos empresariais. Na verdade, um grupo empresarial é definido apenas no artigo 4.º, n.º 19.º, sendo, portanto, algo distinto de empresa. Grupo empresarial é, pois, um grupo composto pela empresa que exerce o controlo e pelas empresas controladas. De modo que, se se aplicasse cegamente o artigo 4.º do RGPD em conjugação com o artigo 83.º, teríamos o resultado absurdo de aplicação de coimas às empresas tendo por base uma percentagem máxima de 2

³ Mário Ferreira Monte, *Lineamentos de Direito das Contraordenações* (Braga: AEDUM, 2014), 49–50.

⁴ Cf. considerandos 149, 150, 152 e artigos 58, n.º 2, al. i) e 83.

ou 4% do seu volume de negócios anual a nível mundial ou um limite máximo de 10 ou 20 milhões de euros⁵, consoante aquele que leve a um montante mais elevado, ao passo que a um grupo empresarial não se poderia aplicar o primeiro critério.

Relativamente a este nó problemático, o considerando 150 procurou atenuar possíveis dificuldades hermenêuticas, afirmando que “[s]empre que forem impostas coimas a empresas, estas deverão ser entendidas como empresas nos termos dos artigos 101.º e 102.º do TFUE para esse efeito. Sempre que forem impostas coimas a pessoas que não sejam empresas, a autoridade de supervisão deverá ter em conta o nível geral de rendimentos no Estado-Membro, bem como a situação económica da pessoa em questão, no momento de estabelecer o montante adequado da coima”.

É essencial sublinhar o entendimento do TJUE sobre o conceito de empresa, em conformidade com os artigos 101.º e 102.º do TFUE. Na opinião do TJUE, empresa será “*every entity engaged in an economic activity, regardless of the legal status of the entity and the way in which it is financed and, secondly, that employment procurement is an economic activity*”⁶ ou “unidade económica do ponto de vista do objecto do acordo em causa, mesmo que, do ponto de vista jurídico, essa unidade económica seja constituída por várias pessoas singulares ou colectivas”⁷. A nosso ver o RGPD beneficiaria de uma definição mais precisa dos destinatários das coimas.

IV. A amplitude do montante das coimas

Salientámos acima que o limite superior da coima aplicável nos termos do artigo 83.º do RGPD é de 10 milhões de euros ou, no caso de uma empresa, de 2% do seu volume de negócios anual a nível mundial do exercício anterior, consoante o montante que for mais elevado. Nos casos mais graves, o montante da coima é de 20 milhões de euros ou, no caso de uma empresa, até 4% do seu volume de negócios mundial anual do exercício anterior, consoante o montante que for mais elevado. Nenhum limite mínimo é mencionado, deixando a definição do montante exato da coima para a autoridade de controlo. Para o efeito, a autoridade de controlo deve avaliar as circunstâncias do caso individual, tendo como referência fatores como a natureza, a gravidade e a duração da infração, o caráter intencional ou negligente da infração ou as categorias de dados pessoais afetadas, entre outros descritos no artigo 83.º, n.º 2.

Este modelo de determinação da coima caracteriza-se pela sua discricionariedade. A autoridade de controlo deve impor uma coima dentro do limite estabelecido no RGPD, medindo o efeito agravante ou mitigatório de certos fatores. Atendendo aos limites máximos em causa, o RGPD introduz um elevado nível de discricionariedade

⁵ “A coima a aplicar às ‘empresas’ tem como máximo uma percentagem do seu volume de negócios anual a nível mundial correspondente ao exercício financeiro anterior” (cfr. artigo 83.º, n.ºs. 4, 5 e 6)”. Cfr. José Lobo Moutinho, “Legislador português precisa-se: algumas notas sobre o regime sancionatório no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados - Regulamento (UE) 2016/679”, *Fórum de proteção de Dados* 4 (2017): 50. Em nossa opinião, se com isto se quer dizer que é inaplicável o limite máximo de 10 ou 20 milhões de euros no caso das empresas, então a expressão encontrada no final do artigo 83.º, n.ºs. 4, 5 e 6 – “consoante o montante que for mais elevado” – deixa de fazer sentido. A interpretação correta é que estamos perante uma alternativa no caso de empresas: a coima aplicável é aquela mais elevada de entre ela que resulte da aplicação do critério encontrado no início do n.º 4, 5 ou 6 do artigo 83.º ou do critério percentual.

⁶ Acórdão *Höfner e Elser*, de 23 de abril de 1991, processo C-41/90, parágrafo 21, ECLI:EU:C:1991:161.

⁷ Acórdão *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, de 14 de dezembro de 2006, processo C-217/05, n.º 40, ECLI:EU:C:2006:784.

que deveria ter sido mitigado ou com o a categorização de mais de dois níveis de gravidade dos comportamentos em análise ou optando por um modelo de determinação da medida da coima que apostasse numa maior certeza em detrimento de flexibilidade.

Implícito ao RGPD está a adoção de um modelo de determinação da medida da coima altamente flexível que podemos cunhar de “orientação por palavras”⁸, em vez de um modelo mais numérico e prescritivo comumente encontrado em países anglo-americanos. Esta orientação por palavras não é desconhecida em Portugal, dado que o artigo 71.º do Código Penal Português o adota e, por isso, está sujeito às mesmas falhas, nomeadamente a falta de uma abordagem estruturada à tarefa de determinação da medida da sanção mais adequada ao caso.

Note-se aqui que, tal como é construído e proposto no RGPD, este modelo de determinação da medida da coima levanta sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com os princípios fundamentais encontrados nos textos constitucionais dos Estados-Membros e nos instrumentos jurídicos supranacionais no domínio da proteção de direitos humanos, nomeadamente o princípio da legalidade e da certeza. As “Diretrizes de aplicação e fixação de coimas para efeitos do Regulamento 2016/679”, adotadas em 3 de outubro de 2017, pelo Grupo do artigo 29.º para a proteção de dados são bem-vindas, mas não são suficientes.⁹

V. Observações conclusivas

O objetivo deste escrito foi o de analisar sucintamente o regime sancionatório previsto no 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 (RGPD). Algumas questões importantes sobre o regime sancionatório do RGPD ainda não foram resolvidas e irão, sem dúvida, captar a atenção dos legisladores nacionais, da doutrina, jurisprudência e demais partes interessadas. A definição precisa dos destinatários das coimas, a natureza das coimas e a escolha de um modelo de determinação do seu montante adequado ao princípio da legalidade e certeza são questões que não devem ser negligenciadas posto que, como é consabido, as sanções interferem com princípios e garantias fundamentais que esculpem os próprios fundamentos de um Estado de direito democrático.

⁸ Julian V. Roberts, “Structured sentencing outside the United States”, in *Encyclopedia of criminology and criminal justice*, ed. Gerben Bruinsma e David Bloomfield (New York: Springer, 2013), 5081–82.

⁹ Cfr. http://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=611237.