

A Independência da Comissão Nacional de Proteção de Dados

FRANCISCO PEREIRA COUTINHO*

Resumo: A Comissão Nacional de Proteção de Dados agitou as habitualmente plácidas águas da ordem jurídica portuguesa quando anunciou a decisão de desaplicar, com fundamento na violação do direito da União Europeia, várias disposições da muito aguardada e recentemente aprovada lei de execução do Regulamento Geral de Proteção de Dados. Este exercício do chamado “mandato *Costanzo*” constitui um exemplo de escola de supervisão independente por uma “guardiã do direito à proteção de dados” num Estado-Membro. Pode também ter sido o “canto do cisne” da Comissão Nacional de Proteção de Dados se o Estado português não cumprir a sua obrigação de a prover com os recursos de que necessita para cumprir eficazmente as múltiplas atribuições que lhe são conferidas pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados.

Palavras-chave: *Autoridade de controlo nacional; Portugal; Primado; Proteção de Dados; Regulamento Geral de Proteção de Dados; União Europeia.*

Abstract: The Portuguese Data Protection Authority has shaken the Portuguese legal order’s usually placid waters by vowing to disapply, based on the breach of European Union law, several provisions of the long-awaited and recently enacted law that implements the General Data Protection Regulation. This exercise of the so-called “*Costanzo* mandate” is

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Membro do CEDIS – Centro de I & D sobre Direito e Sociedade, onde coordena o Observatório da Proteção de Dados e edita o Anuário da Proteção de Dados. Este texto desenvolve palestra apresentada na conferência “Desafios e Perspetivas das Autoridades de Proteção de Dados Pessoais e Privacidade”, organizada na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Brasil, a 8 de novembro de 2019. São devidos agradecimento ao Filipe Brito Bastos, à Graça Canto Moniz, ao Luís Neto Galvão e ao Rui Tavares Lanceiro pela leitura crítica deste texto, que muito o valorizou. Eventuais incorreções que nele se encontrem são da minha responsabilidade exclusiva.

a textbook example of independent supervision by a “guardian of data protection rights” in a Member State. It may also be the “swan song” of the Portuguese Data Protection Authority if the Portuguese State does not fulfil its obligation to provide the authority with the adequate resources needed to effectively fulfil its multiple tasks under the General Data Protection Regulation.

Passwords: *Data Protection; European Union; General Data Protection Regulation; Portugal; Supervisory authority; Supremacy.*

1. Crónica de uma decisão de desaplicação anunciada

I. A 16 de maio de 2018, nas vésperas do início da aplicação do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD)¹, a presidente da Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd) declarou, numa audição parlamentar, que:

“(…) Em junho (de 2018) já não há dinheiro para pagar os vencimentos dos trabalhadores da Comissão (Nacional de Proteção de Dados) (...). Nós, Estado português, que tivemos a primeira Constituição a consagrar o direito fundamental à proteção de dados, vamos passar pela vergonha de sermos aquele que não reforçou os meios da autoridade de proteção de dados, e que está praticamente obrigada a fechar portas quando o regulamento começar a ser aplicado”².

A notícia do encerramento iminente da entidade administrativa independente reconhecida como “a autoridade de controlo nacional” para

¹ O Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, é o ato legislativo da União Europeia que estabelece as regras relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (art. 1.º, n.º 1, RGPD). É diretamente aplicável desde o dia 25 de maio de 2018, dois anos depois do início da sua vigência, que ocorreu a 24 de maio de 2016 (art. 99.º RGPD). O RGPD revogou a Diretiva 95/46/CE, de 24 de outubro de 1995.

² Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, “Audição de Filipa Calvão, Presidente da Comissão Nacional de Proteção de Dados, sobre a questão da cedência ilegítima de dados pessoais pela rede social Facebook, assim como sobre as diligências tomadas pela CNPD para garantir a proteção dos dados pessoais dos utilizadores portugueses desta e de outras redes sociais”, 16 de maio de 2019, 24:39 a 24:56.

efeitos da fiscalização da aplicação do RGPD em Portugal³, revelar-se-ia manifestamente exagerada, como o demonstra a aplicação de coimas de €400.000 a um hospital público, a 9 de outubro de 2018, e de €107.000 a uma empresa privada, a 6 de maio de 2019⁴.

A prova de vida definitiva da CNPD surgiria a 3 de setembro de 2019 ao declarar que, de forma a assegurar o primado do direito da União e a efetividade do RGPD, não iria aplicar várias normas da lei de execução do RGPD, cuja vigência se tinha iniciado semanas antes, a 9 de agosto de 2019⁵.

II. A adoção de uma lei de execução resulta de o RGPD obrigar os Estados-Membros a intervir legislativamente para implementar o regulamento⁶; acresce a circunstância de estarmos perante um ato legislativo da União que tem “o corpo de um regulamento, mas a alma de uma diretiva”⁷, na medida em que reconhece aos Estados-Membros alguma margem de conformação normativa em vários domínios⁸.

³ Art. 3.º da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, que assegura a execução, na ordem jurídica portuguesa, do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento 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 (“lei de execução”).

⁴ Cfr., respetivamente, a Deliberação n.º 984/2018, de 9 de outubro, e a Deliberação n.º 297/2019, de 6 de maio. No relatório de atividades relativo aos anos de 2017 e 2018, a CNPD relata que, no período de aplicação do RGPD relativo ao ano de 2018, aplicou 22 coimas no valor total de €408 990,40, a maior parte das quais dizia respeito a factos praticados antes de 25 de maio de 2018, pelo que lhes foi aplicado o regime contraordenacional previsto na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n.º 67/98, de 26 de outubro), que previa molduras sancionatórias mais favoráveis aos arguidos (Comissão Nacional de Proteção de Dados, *Relatório de Atividades 2017/2018*, de 23 de abril de 2019, p. 28).

⁵ Deliberação n.º 494/2019, de 3 de setembro, pp. 2-11.

⁶ Por exemplo, escolhendo um organismo de acreditação com um nível adequado em matéria de proteção de dados (art. 43.º, n.º 1, RGPD).

⁷ GARCÍA MEXÍA, Pablo, “La singular naturaleza jurídica del reglamento general de protección de datos de la EU. Sus efectos en el acervo nacional sobre protección de datos”, in PIÑAR MAÑAS, José Luis (dir.), *Reglamento General de Protección de Datos – Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, 2016, p. 34.

⁸ V.g. o art. 8.º, n.º 1, RGPD, que permite que os Estados-Membros definam a idade com que as crianças podem ter acesso, sem carecer de consentimento dos seus representantes legais, à oferta direta de serviços da sociedade da informação, a qual pode variar entre 13 e 16 anos.

Portugal foi o antepenúltimo Estado-Membro da União Europeia a adotar legislação de implementação do RGPD⁹. O processo legislativo iniciou-se apenas em agosto de 2017 – quinze meses depois da entrada em vigor do RGPD e numa altura em que a Alemanha já tinha aprovado legislação federal de implementação do regulamento¹⁰ – com a constituição de um grupo de trabalho a quem foi atribuída a tarefa de preparar a legislação requerida pelo RGPD¹¹. Seguiu-se um processo de consulta pública que culminou com a apresentação de uma anteproposta de lei no final de 2017¹². O Conselho de Ministros aprovou uma proposta de lei a 22 de março de 2018¹³, tendo na altura a Ministra da Presidência e da Modernização Administrativa expressado o desejo de que “(seria) bom para todos que o RGPD e a proposta de lei pudessem estar disponíveis em simultâneo”¹⁴. A 3 de maio de 2018, a proposta foi objeto de críticas de natureza procedimental¹⁵

⁹ De acordo com a Comissão Europeia, “GDPR Implementation. Update State of Play in the Member States (11/04/2019)”, em abril de 2019 apenas a Eslovénia e a Grécia não tinham aprovado legislação de execução do RGPD. A lei grega (4624/2019) foi entretanto aprovada e publicada a 29 de agosto de 2019 (BROUMAS, Antonios, “GDPR Incorporated into Greek Law”, *iapp*, 4 de outubro de 2019).

¹⁰ *Bundesdatenschutzgesetz*, de 30 de junho de 2017.

¹¹ Despacho 7456/2017, de 24 de Agosto, da Presidência do Conselho de Ministros. A ausência de um representante da CNPD no grupo de trabalho foi criticada por MENEZES CORDEIRO, A. B., “Portugal: A Brief Overview of the GDPR Implementation”, *European Data Protection Law Review*, 4, 2019, p. 536.

¹² O edital do processo de consulta pública pode ser consultado aqui.

¹³ Ponto 1 do Comunicado do Conselho de Ministros de 22 de março de 2018.

¹⁴ Conferência de Imprensa do Conselho de Ministros, de 22 de março de 2018, 11:38 a 11:40.

¹⁵ Cfr. as intervenções da deputada Vânia Dias da Silva (CDS/PP), *Diário da Assembleia da República*, de 4 de maio de 2018, I Série, 80, p. 10 [“(…) é absolutamente inaceitável (…) que o Governo pressione o Parlamento para legislar à pressa numa matéria que já conhece há mais de dois anos e na qual há mais de dois anos poderia ter trabalhado. Não é aceitável, não é compreensível e nem sequer se entende o porquê (…) porque já todos conhecíamos esta matéria, todos sabíamos que o Regulamento entrava em vigor no dia 25 de maio (de 2018). O Regulamento previa uma moratória de dois anos para que todos se adaptassem. E o que aconteceu? O Governo ficou quieto, parado e à espera, não fez nada e, portanto, agora estamos todos a braços com problemas de implementação, que, obviamente, este Governo não quis acautelar não se entende bem porquê”], do deputado Carlos Abreu Amorim (PSD) *Diário da Assembleia da República*, de 4 de maio de 2018, I Série, 80, p. 11 [“O Regulamento

e substantiva¹⁶ no plenário da Assembleia da República que, consequentemente, deliberou, por unanimidade, o seu regresso sem votação à Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias¹⁷. Um texto de substituição da proposta de lei elaborado por esta Comissão foi (finalmente) aprovado pelo plenário da Assembleia da República a 14 de junho de 2019¹⁸.

A CNPD participou nos trabalhos preparatórios da lei de execução através da apresentação de um extenso parecer sobre a proposta de lei e através da audição parlamentar da sua presidente, tendo-se pronunciado no sentido de que um número muito significativo de disposições da proposta de lei de implementação do RGPD violavam o direito da União Europeia¹⁹.

III. O anúncio da recusa de aplicação de várias disposições previstas na lei de execução por uma entidade administrativa independente não foi bem recebido no parlamento. O presidente em exercício da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República (e também professor de direito constitucional), Pedro Bacelar de Vasconcelos, considerou estarmos perante uma decisão “inadmissível” porque “tomada de forma autónoma, sem sequer dar

Geral de Proteção de Dados é de 2016, mas a proposta que hoje debatemos só foi aprovada em Conselho de Ministros no final de março (de 2018) e só tivemos conhecimento dela em abril (de 2018). Foi tarde, muito tarde, para uma matéria com esta dimensão e impacto”] e do deputado António Filipe, *Diário da Assembleia da República*, de 4 de maio de 2018, I Série, 80, p. 13 [“A proposta de lei que hoje discutimos, destinada a assegurar a aplicação em Portugal do Regulamento Geral da União Europeia relativo à proteção de dados pessoais e à livre circulação desses dados, chegou tarde e a más horas a esta Assembleia (...). Perante uma matéria tão complexa, extensa e inegavelmente importante, dado que é matéria de direitos fundamentais, não é exigível que esta Assembleia discuta e aprove em 15 dias o que o Governo demorou dois anos para discutir e aprovar”].

¹⁶ Cfr. *Diário da Assembleia da República*, de 4 de maio de 2018, I Série, 80, pp. 7-15.

¹⁷ *Diário da Assembleia da República*, de 5 de maio de 2018, I Série, 81, p. 45.

¹⁸ Com os votos favoráveis do PSD, do PS e do deputado não inscrito Paulo Trigo Pereira e a abstenção do BE, CDS-PP, PCP, PEV, PAN (*Diário da Assembleia da República*, de 15 de junho de 2019, I Série, 96, pp. 37 e 38).

¹⁹ Parecer n.º 20/2018, de 2 de maio, e Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, “Audição da Comissão Nacional de Proteção de Dados”, 27 de novembro de 2019, 00:58:56 a 01:01:10.

uma explicação prévia da desobediência perante o órgão de soberania a que (a CNPD) deve legitimidade”, acrescentando que “(u)m órgão de autoridade do Estado que se coloca nesta posição ou se demite ou obtém (sic) esclarecimentos que justifiquem a sua continuidade. É algo que cabe ao parlamento decidir”²⁰.

Estas declarações comprometem o papel da CNPD enquanto “guardiã” do direito à proteção de dados na ordem jurídica portuguesa²¹, resultante do mandato constitucional, previsto no art. 16.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e no art. 8.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de fiscalizar a observância das normas relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais. Revelam sobretudo desconhecimento da natureza das autoridades de controlo e, em particular, do estatuto de “total independência” de que estas estão investidas (art. 52.º, n.º 1, RGPD) (v. secção 2 deste artigo). Apresentam-se ainda particularmente graves porque têm origem num importante membro do órgão de soberania que manifestamente não tem provido a CNPD dos recursos necessários à prossecução eficaz das suas atribuições (art. 52.º, n.º 4, RGPD) (v. secção 3 deste artigo).

2. A independência das autoridades de controlo

2.1. A natureza das autoridades de controlo

A União Europeia organizou-se, desde a sua origem, de acordo com o princípio da subsidiariedade, que requer que as decisões sejam tomadas “ao nível mais próximo possível dos cidadãos” [art. 1.º do Tratado da União Europeia (TUE)].

O RGPD concretiza o princípio da subsidiariedade ao determinar que os Estados-Membros devem criar autoridades nacionais de fiscalização

²⁰ SÉNECA, Hugo, “Parlamento admite que CNPD tem legitimidade para não aplicar lei da proteção de dados. No PS, fala-se em demissão”, *Exame Informática*, de 26 de setembro de 2019.

²¹ Tribunal de Justiça (da União Europeia), acórdão de 9 de março de 2010, *Comissão c. Alemanha*, C-518/07, EU:C:2010:125, para. 23.

da proteção de dados com a missão “de defender os direitos e liberdades fundamentais das pessoas singulares relativamente ao tratamento (de dados pessoais) e facilitar a livre circulação desses dados na União” (art. 51.º, n.º 1). A rejeição de uma solução federal, através da instituição de uma autoridade europeia de controlo da aplicação do direito da União nestes domínios nos Estados-Membros²², terá resultado, para além de razões históricas²³, do reconhecimento de que as autoridades de controlo nacionais estão melhor posicionadas para, por um lado, interpretar as especificidades e restrições a regras do RGPD previstas no direito nacional e, por outro, para levar a cabo o fundamental exercício casuístico de ponderação do direito à proteção de dados com outros direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e o acesso à informação²⁴, e com objetivos de interesse geral, como a transparência e a segurança interna e externa, no quadro de um ambiente tecnológico em permanente evolução.

²² Os poderes de supervisão independente da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados estão circunscritos ao controlo da aplicação do direito da União relativo à proteção de dados pessoais por instituições ou órgãos da União [art. 52.º, n.ºs 2 e 3, do Regulamento (UE) 2018/1725 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2018, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos e organismos da União e à livre circulação desses dados, e que revoga o Regulamento (CE) 45/2001 e a Decisão 1247/2002/CE].

²³ A *Commission Nationale Informatique et Libertés* (CNIL), a primeira autoridade administrativa independente de supervisão do direito à proteção de dados pessoais, foi criada em França em 1978 (GONZÁLEZ FUSTER, Gloria, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU Law*, Springer, 2014, p. 65), muito antes de o art. 28.º, n.º 1, da Diretiva 95/46/CE, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, ter previsto a sua instituição obrigatória em todos os Estados-Membros. A CNPD, na altura designada como “Comissão Nacional de Proteção de Dados Pessoais Informatizados”, foi também criada em momento anterior à Diretiva 95/46/CE pelo art. 4.º, n.º 1, da Lei n.º 10/91, de 29 de abril.

²⁴ A dificuldade deste exercício de ponderação foi reconhecida pelo Tribunal de Justiça no acórdão de 24 de setembro de 2017, *CNIL*, C-507/17, ECLI:EU:C:2019:772, para. 67: “(...) o interesse do público em aceder a uma informação pode, mesmo dentro da União, variar de um Estado-Membro para outro, pelo que o resultado da ponderação a efetuar entre este, por um lado, e os direitos ao respeito pela vida privada e à proteção dos dados pessoais da pessoa em causa, por outro, não é forçosamente idêntico em todos os Estados-Membros”.

As administrações nacionais têm, como corolário do princípio da cooperação leal²⁵, o dever de assegurar a “execução efetiva” do direito da União (arts. 197, n.º 1, e 291.º, n.º 1, TFUE), atuando funcionalmente como “administração comum da União”²⁶. Por esta razão, dir-se-ia, à primeira vista, que a CNPD seria mais um exemplo de autoridade administrativa independente criada ao abrigo do art. 267.º, n.º 3, da Constituição, a quem compete desempenhar o duplo papel de administração nacional e da União.

A natureza jurídica da CNPD distingue-se das restantes entidades administrativas independentes em virtude da sua instituição resultar diretamente do direito primário da União enquanto parte integrante fundamental do direito à proteção de dados – tanto o TFUE (art. 16.º, n.º 2) como a Carta (art. 8.º, n.º 2) referem que o cumprimento da regras relativas à proteção de dados pessoais está sujeita a fiscalização por uma autoridade independente –, e de as suas atribuições e competências estarem previstas no direito secundário (arts. 55.º a 59.º RGPD). Acresce a circunstância de fazer parte da “administração europeia compósita”²⁷, integrando o Comité Europeu para a Proteção de Dados (art. 68.º, n.º 3, RGPD), organismo da União que é também uma autoridade de controlo independente (arts. 68.º, n.º 1, 69.º, n.º 1, e 70.º, n.º 1, al. a), RGPD)²⁸,

²⁵ Art. 4.º, n.º 3, TUE. De acordo com o Tribunal de Justiça, “em matérias reguladas pelo direito da União (...), as autoridades públicas dos Estados-Membros estão vinculadas pelo princípio da cooperação leal. Por força deste princípio, tomam todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos atos das instituições da União e abster-se de qualquer medida suscetível de pôr em perigo a realização dos objetivos da União” (acórdão de 7 de novembro de 2013, *UPC Nederlandl*, C-518/11, ECLI:EU:C:2013:709, para. 59).

²⁶ PEREZ FERNANDES, Sophie, “Administração Pública”, in SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana e MADEIRA FROUFE, Pedro (coord.), *Direito da União. Elementos de Direito e Políticas da União*, Almedina, 2016, p. 103, ou TAVARES LANCEIRO, Rui, *O Princípio da Cooperação Leal e a Administração. A Europeização do Procedimento de Acto Administrativo*, AAFDL Editora, 2019, pp. 279 e 280.

²⁷ LIND, Anna-Sara e Reichel, Jane, “Administering Data Protection – or the Fort Knox of the European Composite Administration”, *Critical Quarterly for Administration and Law*, 2014, 1, pp. 46-54.

²⁸ O Comité Europeu para a Proteção de Dados sucedeu funcionalmente ao Grupo de Trabalho sobre a proteção das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais instituído pelo art. 29.º da Diretiva 95/46/CE, órgão consultivo independente que cessou

para além de participar nos procedimentos administrativos complexos de cooperação (arts. 60.º a 62.º) e do controlo de coerência (arts. 63.º a 67.º RGPD)²⁹.

As autoridades de controlo são, com efeito, um “fenómeno único na União Europeia”³⁰, na medida em que possuem um estatuto híbrido, que resulta de serem entidades que integram a organização administrativa nacional e simultaneamente exercerem atribuições semelhantes às de uma agência europeia³¹.

2.2. A “total independência” das autoridades de controlo

I. De acordo com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, a instituição nos Estados-Membros de autoridades de controlo independentes constitui um elemento essencial da proteção das pessoas singulares no que respeita ao tratamento dos seus dados pessoais³². A garantia de

funções com o início de aplicação do RGPD. Inclui como membros um representante – que será, por regra, o respetivo diretor – das autoridades de controlo e a Autoridade Europeia de Proteção de Dados (art. 68.º, n.º 3, RGPD), integrando também nas suas atividades e reuniões representantes da Comissão Europeia (art. 68.º, n.º 5, RGPD). De modo a assegurar a aplicação uniforme do direito da União (e a impedir situações de *forum shopping*), o RGPD atribui-lhe competência decisória vinculativa nos casos previstos nas als. a) a c) do art. 65.º. O Comité Europeu para a Proteção de Dados institucionaliza uma “cooperação institucional” que se distingue de outras formas de cooperação administrativa na União Europeia de natureza informativa (troca de informações) ou procedimental (procedimentos compostos) (v. SCHMITT-AßMANN, Eberhard, “Introduction: European Composite Administration and the Role of European Administrative Law”, in JANSEN, Oswald and SCHÖNDORF-HAUBOLD, Bettina (eds.), *The European Composite Administration*, Intersentia, 2011, p. 5).

²⁹ Sobre o tema dos procedimentos administrativos complexos de execução do direito da União, v. OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública. O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Almedina, 2003, pp. 479-482, ou TAVARES LANCEIRO, Rui, *O Princípio da Cooperação Leal e a Administração. A Europeização do Procedimento de Acto Administrativo*, cit., pp. 365 a 386.

³⁰ HIJMANS, Hielke, *The European Union as a constitutional guardian of internet privacy and data protection*, Universidade de Amsterdão, 2016, p. 288.

³¹ Idem, pp. 309-311.

³² *Comissão c. Alemanha*, C-518/07, cit., para. 23; acórdão de 16 de outubro de 2012, *Comissão c. Áustria*, C-614/10, EU:C:2012:631, para. 37; acórdão de 8 de abril de 2014, *Comissão c. Hungria*, C-288/12, EU:C:2014:237, para. 48. V. também o considerando 117 do RGPD.

independência destas entidades visa assegurar a eficácia e a fiabilidade do controlo do cumprimento do direito à proteção de dados e deve ser interpretada à luz deste objetivo³³.

No exercício das suas funções, as autoridades de controlo devem poder agir de forma objetiva e imparcial. Tal implica estarem salvaguardadas de qualquer influência externa, direta ou indireta, oriunda tanto dos organismos controlados como do Estado³⁴. No atual contexto de globalização económica e de evolução tecnológica, só assim se evitará o risco de as autoridades de controlo serem capturadas pelo interesse de grandes empresas de tecnologia e dos Estados no acesso indiscriminado a dados pessoais.

Para o tribunal do Luxemburgo, a independência das autoridades de controlo deve ser completa: não é admissível qualquer influência exercida por organismos de tutela ou qualquer instrução ou qualquer outra influência externa que possam pôr em causa o cumprimento da sua tarefa de estabelecer um justo equilíbrio entre a proteção do direito à vida privada e a livre circulação de dados pessoais³⁵. Esta ponderação, que deve incluir também outros direitos fundamentais e interesses gerais, constitui uma atribuição fundamental das autoridades de controlo, que requer o exercício de um amplo poder discricionário de apreciação em domínios com grande complexidade técnica e, frequentemente, também de elevada sensibilidade política³⁶. O simples risco de que um órgão político de tutela possa influenciar decisões das autoridades de controlo é, por si só, suficiente para impedir o exercício independente das suas funções³⁷.

O conceito de independência das autoridades de controlo não corresponde sequer ao exigente critério jurisprudencial de independência

³³ *Comissão c. Alemanha*, C-518/07, cit., paras. 19 e 25. Neste sentido, v. também a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, *Sobre o acompanhamento do programa de trabalho para uma melhor aplicação da diretiva relativa à proteção de dados*, de 7 de março de 2007, COM(2007) 87 final, p. 7 [“(…) qualquer falha a nível da (…) independência e competência (das autoridades de controlo) tem um impacto negativo considerável quanto ao respeito da legislação em matéria de proteção dos dados”].

³⁴ Tribunal de Justiça, *Comissão c. Alemanha*, C-518/07, cit., paras. 19 e 25.

³⁵ Idem, para. 30.

³⁶ HIJMANS, Hielke, *The European Union as a constitutional guardian of internet privacy and data protection*, Universidade de Amesterdão, 2016, pp. 315-316 e 330-331.

³⁷ Tribunal de Justiça, *Comissão c. Alemanha*, C-518/07, cit., para. 36.

das entidades a quem é reconhecida a capacidade para suscitar questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça³⁸, podendo inclusivamente dar-se o caso “em que uma autoridade nacional poderia ser considerada suficientemente independente para ser o órgão jurisdicional na aceção do artigo 267.º TFUE, mas, ao mesmo tempo, como não sendo suficientemente independente para ser a autoridade de controlo na aceção (do art. 16.º, n.º 1, TFUE e do art. 8.º, n.º 2, da Carta)”³⁹.

II. A jurisprudência do Tribunal de Justiça encontrou amplo respaldo no RGPD, que requer que as autoridades de controlo atuem com “total independência” (art. 51.º, n.º 1), não podendo os seus membros estar “sujeitos a influências externas, diretas ou indiretas” ou solicitar ou receber instruções de outrem (art. 51.º, n.º 2), e devendo abster-se de qualquer ato incompatível com as suas funções, não podendo durante o seu mandato desempenhar nenhuma atividade, remunerada ou não, que com elas seja incompatível (art. 51.º, n.º 3)⁴⁰.

A ideia, subjacente às declarações do Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República, de que a CNPD não poderia adotar a decisão de desaplicação da lei de execução sem consultar previamente o parlamento constitui uma violação do estatuto de “total independência” da autoridade de controlo

³⁸ Tribunal de Justiça, *Comissão c. Áustria*, C-614/10, cit., para. 40. Sobre o conceito de independência de um “órgão jurisdiciona” na aceção do artigo 267.º TFUE, v. PEREIRA COUTINHO, Francisco, *Os Tribunais Nacionais na Ordem Jurídica da União Europeia: o Caso Português*, Almedina, 2013, pp. 70-78.

³⁹ Advogado-Geral Ján Mazák, conclusões de 3 de julho de 2012, *Comissão c. Áustria*, C-614/10, ECLI:EU:C:2012:406, para. 25 (nota de rodapé 10). Contra, BALTHASAR, Alexander, “«Complete Independence» of National Data Protection Supervisory Authorities – Second Try: Comments on the Judgment of the CJEU of 16 October 2012, C-614/10 (European Commission v. Austria), with Due Regard to its Previous Judgment of 9 March 2010, C-518/07 (European Commission v. Germany)”, *Utrecht Law Journal*, 9, 3, 2013, p. 30, considerando inconcebível admitir a possibilidade de as autoridades de controlo possuírem um grau de independência superior aos tribunais competentes para conhecer recursos das suas decisões.

⁴⁰ O estatuto de “total independência” das autoridades de controlo está também previsto no art. 15.º da Convenção Modernizada do Conselho da Europa para a Proteção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carácter Pessoal (Convenção n.º 108 modificada pelo Protocolo de Alteração), adotada durante a 128.ª sessão do Comité de Ministros do Conselho da Europa, a 18 de maio de 2018 (CM/Del/Dec(2018)128/5).

portuguesa, que impede que esta esteja sujeita a influências externas ou que solicite instruções de outrem no seu processo decisório (art. 51.º, n.º 2, RGPD). Por sua vez, a sugestão de que a Assembleia da República poderia vir a demitir a CNPD em resultado da sua decisão configura uma violação do estatuto de inamovibilidade dos seus membros previsto no RGPD (art. 53.º, n.º 4, RGPD) e na lei de organização e funcionamento da CNPD (art. 5.º, n.º 1, da Lei n.º 43/2004).

O estatuto de “total independência” da CNPD não prejudica a sua sujeição a mecanismos de responsabilização democrática, financeira e judicial (considerando 118 RGPD).

2.3. Meios de responsabilização das autoridades de controlo

I. Uma possível explicação para as declarações do Presidente da 1.ª comissão parlamentar pode estar relacionada com a circunstância de a CNPD funcionar junto da Assembleia da República (art. 2.º, n.º 1, da Lei n.º 43/2004), cujo orçamento financia, quase na totalidade, o seu funcionamento. A Assembleia da República participa também na escolha da CNPD, designando o seu presidente e dois vogais, juntamente com o governo (dois vogais) e os Conselhos Superiores da Magistratura e do Ministério Público (dois vogais) (art. 3.º, n.º 1, da Lei n.º 43/2004).

Uma vez que o processo de designação das autoridades de controlo constitui um fator suscetível de afetar a sua independência, o art. 53.º RGPD impõe um conjunto de condições gerais aplicáveis aos membros das autoridades de controlo que limitam a autonomia processual dos Estados-Membros neste domínio. Estas condições foram cumpridas pelo legislador português que, para além de requerer que os membros da CNPD tenham “integridade e mérito reconhecidos”⁴¹, faz intervir instituições representativas dos três poderes do Estado no seu processo

⁴¹ Proémio do art. 3.º, n.º 1, da Lei n.º 43/2004. Esta disposição deve ser interpretada em conformidade com o art. 53.º, n.º 2, RGPD, que dispõe que os membros das autoridades de controlo devem possuir “as habilitações, a experiência e os conhecimentos técnicos necessários, nomeadamente no domínio da proteção de dados pessoais, ao desempenho das suas funções e ao exercício dos seus poderes”.

de designação⁴². Esta é uma solução que, ao mesmo tempo que legitima democraticamente a CNPD, fortalece a sua independência, neutralizando o efeito da participação individual de órgãos de tutela na seleção dos seus membros.

II. A “total independência” das autoridades de controlo determina a impossibilidade de sujeição das mesmas a qualquer espécie de controlo parlamentar da sua atividade. Os Estados-Membros devem garantir que as autoridades de controlo dispõem de orçamentos anuais separados e públicos, os quais podem estar integrados no orçamento geral do Estado⁴³. O único mecanismo de responsabilização democrática admitido pelo RGPD consiste na elaboração de um relatório anual de atividades, que deve ser apresentado ao parlamento e ao governo, ao mesmo tempo que é disponibilizado ao público, à Comissão Europeia e ao Comité Europeu de Proteção de Dados⁴⁴.

As autoridades de controlo estão, por outro lado, sujeitas à aplicação do direito do Estado-Membro que não afete a sua independência, designadamente as regras relativas ao controlo financeiro da sua atividade (art. 52.º, n.º 6, RGPD).

III. A independência das autoridades de controlo face ao poder político tem como contrapartida necessária a sujeição das suas decisões a controlo jurisdicional. Nos termos do art. 79.º, n.º 1, RGPD: “todas as pessoas singulares ou coletivas têm direito à ação judicial contra as decisões juridicamente vinculativas das autoridades de controlo que lhes digam respeito”.

⁴² O art. 53.º, n.º 1, RGPD exige que os membros das autoridades de controlo sejam nomeados através de um processo transparente, deixando depois aos Estados-Membros a possibilidade de escolha sobre se a designação é feita pelo parlamento, pelo governo, pelo chefe de Estado ou por um organismo independente encarregado da nomeação.

⁴³ Art. 52.º, n.º 6, RGPD. A Lei n.º 43/2004 reconhece à CNPD autonomia financeira (art. 2.º, n.º 2) e prevê a elaboração de um orçamento anual (art. 20.º, n.º 1).

⁴⁴ Art. 59.º RGPD. Está assim ultrapassada a crítica de GARCIA MARQUES e MARTINS, Lourenço, *Direito da Informática*, 2.ª Edição, Almedina, 2006, pp. 365, à ausência de destinatários do relatório anual de atividades da CNPD, cuja elaboração estava prevista no art. 23.º, n.º 1, al. p), da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro.

2.4. *Independência na prática: o exercício do “mandato Costanzo”*

I. Na origem das declarações do Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República esteve a decisão da CNPD que recusou a aplicação de diversas normas da lei que procede à implementação do RGPD na ordem jurídica portuguesa com fundamento na sua manifesta incompatibilidade com o direito da União⁴⁵. Apesar de reconhecer a existência de um “direito à resistência” à lei nacional, quando esta contraria o direito europeu, Bacelar de Vasconcelos considerou tal recusa “inadmissível” porque esse direito não pode ser invocado pela CNPD, a qual “não é propriamente um cidadão desprotegido, mas sim um órgão de autoridade de Estado, que foi constituído por via democrática, pelo Parlamento”⁴⁶.

Estas críticas não têm razão de ser; a decisão da CNPD merece aplauso, constituindo um exemplo de escola do exercício do “mandato *Costanzo*”.

II. O RGPD é um regulamento “obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros” (art. 288.º TFUE). A aplicabilidade direta significa que a sua entrada em vigor e aplicação é “independente de qualquer medida de receção para o direito nacional”⁴⁷. Os Estados-Membros estão, por isso, sujeitos ao dever de não obstruir a aplicabilidade direta do RGPD, designadamente copiando o seu texto para o direito interno quando tal não é necessário à luz dos critérios previstos na jurisprudência, ou interpretando-o ou acrescentando condições adicionais a regras diretamente aplicáveis ao abrigo do regulamento⁴⁸. O cumprimento desta obrigação de não obstrução constitui condição indispensável para a aplicação uniforme do direito da União⁴⁹.

⁴⁵ Deliberação n.º 494/2019, cit., pp. 2-11.

⁴⁶ SÉNECA, Hugo, “Parlamento admite que CNPD tem legitimidade para não aplicar lei da proteção de dados. No PS, fala-se em demissão”, cit..

⁴⁷ Tribunal de Justiça, acórdão de 10 de outubro de 1973, 34/73, *Fratelli Variola*, ECLI:EU:C:1973:101, para. 10.

⁴⁸ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, *Maior proteção, novas oportunidades – Orientações da Comissão relativas à aplicação direta do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados a partir de 25 de maio de 2018*, de 24 de janeiro de 2018, COM(2018) 43 final, p. 10.

⁴⁹ Tribunal de Justiça, *Fratelli Variola*, 34/73, cit., para. 10.

A aplicabilidade direta do RGPD não prejudica a necessidade de intervenção legiferante dos Estados-Membros destinada a garantir a sua implementação em vários domínios, por exemplo através da adoção de regras que conciliem o direito à proteção de dados pessoais com o direito à liberdade de expressão e de informação (art. 85.º RGPD) ou com o acesso do público a documentos oficiais (art. 86.º RGPD). Múltiplas disposições do RGPD reconhecem também aos Estados-Membros alguma margem de conformação normativa⁵⁰, que lhes permite manter ou adotar legislação específica (v.g. art. 6.º, n.º 2, RGPD), e, inclusivamente, manter ou acrescentar condições, ou mesmo limitações, à aplicação de regras previstas no RGPD (v.g. art. 9.º, n.º 4, RGPD). Uma vez que qualquer ato legislativo nacional adotado neste âmbito se destina a aplicar o direito da União (art. 51.º da Carta), tem necessariamente de respeitar o direito primário, em particular o art. 16.º TFUE e o art. 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Sempre que autorizados a introduzir especificações ou restrições a regras previstas no RGPD, os Estados-Membros podem transpor elementos do RGPD para o direito nacional, mas apenas “na medida do necessário para manter a coerência e tornar as disposições nacionais compreensíveis para as pessoas a quem se aplicam” (Considerando 8 do RGPD). A reprodução textual do regulamento deve assim ser algo excepcional, não podendo ser utilizada para acrescentar condições ou interpretações adicionais ao articulado do regulamento⁵¹.

A CNPD identificou várias normas da lei de execução que constituem um obstáculo à aplicabilidade direta do RGPD: i) a definição do âmbito territorial de aplicação da lei de execução prevista no seu art. 2.º, n.ºs 1 e 2, compromete a aplicação das normas procedimentais e de distribuição de competência entre as autoridades de controlo dos Estados-Membros previstas no RGPD, sempre que em causa esteja um

⁵⁰ VOIGT, Paul e von dem BUSSCHE, Axel, *The EU Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, Springer, 2017, pp. 220-222 (Tabela 8.1).

⁵¹ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, *Maior proteção, novas oportunidades – Orientações da Comissão relativas à aplicação direta do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados a partir de 25 de maio de 2018*, cit., p. 10.

tratamento transfronteiriço⁵²; ii) a exclusão dos direitos de informação e de acesso quando a lei imponha ao responsável pelo tratamento ou ao subcontratante um dever de segredo que seja oponível ao próprio titular dos dados prevista no art. 20.º, n.º 1, da lei de execução não respeita o art. 23.º do RGPD, ao não especificar a(s) finalidade(s) que visa salvaguardar e ao não cumprir as exigências previstas no n.º 2 do art. 23.º do RGPD; iii) a faculdade genérica reconhecida no art. 23.º da lei de execução à administração pública de realizar tratamentos de dados pessoais para finalidades diferentes das que justificam a recolha dos dados contraria o princípio da finalidade (art. 5.º, n.º 1, al. b), RGPD) e não cumpre os requisitos impostos para a reutilização de dados previsto no n.º 4 do art. 6.º RGPD; iv) a determinação de que o consentimento do trabalhador não constitui requisito de legitimidade do tratamento dos seus dados se do tratamento resultar uma vantagem jurídica ou económica para o trabalhador [art. 28.º, n.º 3, al. a), da lei de execução] restringe o âmbito de aplicação da al. a) do n.º 1 do art. 6.º e da al. a) do n.º 2 do art. 9.º RGPD; v) vários aspetos do regime das contraordenações previsto nos arts. 37.º, 38.º e 39.º da lei de execução violam o enquadramento sancionatório previsto no RGPD; vi) a relação de condicionalidade entre o consentimento e a execução de um contrato enquanto fundamentos de licitude autónomos para o tratamento de dados resultante do art. 61.º, n.º 2, da lei de execução é incompatível com a al. 11) do art. 4.º e as als. a) e b) do art. 6.º RGPD; vii) a previsão de que as normas que prevejam autorizações ou notificações de tratamento de dados à CNPD deixam de vigorar à data de entrada em vigor do RGPD (art. 62.º da lei de execução) determina a aplicação retroativa do regulamento, violando o n.º 2 do art. 99.º RGPD.

Em consequência, de forma a assegurar o princípio do primado e a plena efetividade do RGPD, e uma vez não ser possível levar a cabo uma interpretação conforme ao direito da União⁵³, a CNPD deliberou que, nas

⁵² Contra, MENEZES CORDEIRO, A. B., “Portugal: A Brief Overview of the GDPR Implementation”, cit., p. 536, considerando que o art. 2.º, n.º 1, da lei de execução consubstancia uma norma espacialmente autolimitada que se limita a definir o âmbito de aplicação da lei de execução portuguesa, não afetando o funcionamento do mecanismo do “balcão único” (*one-stop shop*).

⁵³ À luz do princípio da cooperação leal, a decisão de desaplicação de normas nacionais conflitantes com o direito da União é uma solução de último recurso, a utilizar apenas

situações de tratamento de dados pessoais que seja chamada a apreciar, iria dar prevalência à aplicação das normas do RGPD sobre as normas da lei de execução que manifestamente as contrariam, restringem ou comprometem no seu efeito útil⁵⁴.

III. A CNPD fundou a decisão de desaplicação de várias normas da lei de execução no princípio constitucional do primado do direito da União, invocando para o efeito o célebre acórdão *Costa v. Enel*, em que o Tribunal de Justiça declarou que o valor “obrigatório” e a “aplicabilidade direta” dos regulamentos em todos os Estados-Membros prevista no art. 288.º TFUE “seria destituída de significado se um Estado pudesse, unilateralmente, anular os seus efeitos através de um ato legislativo oponível aos textos (da União)”⁵⁵.

Um dos principais corolários da doutrina do primado, conjugada com o princípio da cooperação leal, é o chamado “mandato *Costanzo*”: todas as instâncias de um Estado-Membro encarregadas de aplicar, no âmbito das respetivas competências, as disposições do direito da União têm a obrigação de garantir a plena eficácia dessas disposições, não aplicando, se necessário, no exercício da sua própria autoridade, qualquer disposição nacional contrária, sem pedir ou aguardar pela eliminação prévia dessa disposição ou por qualquer outro procedimento constitucional⁵⁶.

depois de se verificar que não ocorre antinomia aparente que pode ser resolvida através da interpretação das normas internas em conformidade com o direito da União (Tribunal de Justiça, acórdão de 22 de dezembro de 2010, *Rosa María Gaviero Gaviero*, C-444/09 e C-456/09, ECLI:UE:C:2010:819, para. 73). Sobre este tema, v. VERHOEVEN, Maartje, “The «Costanzo Obligation» of National Administrative Authorities in the Light of the Principle of Legality: Prodigy or Problem Child?”, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 5, 2009, pp. 67-69.

⁵⁴ Deliberação n.º 494/2019, cit., pp. 3-11.

⁵⁵ Acórdão de 15 de julho de 1964, *Costa v. Enel*, 6/64, ECLI:EU:C:1964:66, p. 556.

⁵⁶ Tribunal de Justiça, C-378/17, acórdão de 4 de dezembro de 2018, *Minister for Justice and Equality*, ECLI:EU:C:2018:979, para. 35, 38 e 39. Esta obrigação foi reconhecida pelo Tribunal de Justiça, em relação aos tribunais nacionais, no acórdão de 9 de março de 1978, *Simmenthal*, 106/77, ECLI:EU:C:1978:49, para. 22, e, em relação aos restantes órgãos do Estado, incluindo as autoridades administrativas, no acórdão de 22 de junho de 1989, *Costanzo*, 103/88, ECLI:EU:C:1989:256, para. 31. Sobre o alcance do “mandato ou obrigação *Costanzo*”, v. CLAES, Monica, *The National Courts’ Mandate in the European Constitution*, Hart, 2006, pp. 266-278; VERHOEVEN, M. J. M., *The Costanzo Obligation: The Obligations of National Administrative Authorities in the Case of Incompatibility Between National Law and European Law*, Intersentia, 2011,

As autoridades administrativas têm assim o dever de superar antinomias normativas desaplicando o direito nacional conflituante com o direito da União, ainda que o princípio da separação de poderes lhes proscruva o poder de apreciar a legalidade de normas de direito interno⁵⁷. Esta é uma decisão que comporta riscos para a aplicação uniforme do direito da União, em virtude de ter de ser tomada sem a possibilidade de pedir a intervenção a título prejudicial do Tribunal de Justiça ao abrigo do mecanismo das questões prejudiciais previsto no art. 267.º TJUE⁵⁸.

IV. A CNPD é o órgão criado para dar cumprimento à obrigação que recai sobre o Estado português de estabelecer uma autoridade de controlo nacional (art. 51.º, n.º 1, RGPD).

Enquanto órgão competente para controlar e executar a aplicação do RGPD no território português (arts. 55.º e 57.º, n.º 1, al. a), RGPD) e para contribuir para a sua “aplicação coerente” em toda a União (art. 51.º, n.º 2, RGPD), a CNPD tem, por força dos princípios da cooperação leal e do primado do direito da União, a obrigação de assegurar, no âmbito do exercício dessas competências, o pleno efeito desse direito, não aplicando, se necessário, qualquer disposição eventualmente contrária da lei nacional⁵⁹.

Sempre que chamada a pronunciar-se sobre um litígio no quadro de um processo de reclamação (arts. 57.º, al. f), e 77.º, n.º 1, RGPD), a

e TAVARES LANCEIRO, Rui, *O Princípio da Cooperação Leal e a Administração. A Europeização do Procedimento de Acto Administrativo*, cit., pp. 304-328.

⁵⁷ FRAGOSO MARTINS, Patrícia, *Administrações Públicas Nacionais e Direito da União Europeia. Questões e Jurisprudência Essenciais*, Universidade Católica Editora, 2018, p. 84, refere, a este propósito, que “a jurisprudência europeia parece convidar ou impor a necessidade de repensar os fundamentos, sentido e alcance do princípio nacional da legalidade, na sua dupla vertente de precedência da lei e de prevalência da lei”. Como bem nota TAVARES LANCEIRO, Rui, *O Princípio da Cooperação Leal e a Administração. A Europeização do Procedimento de Acto Administrativo*, cit., p. 320, a jurisprudência *Costanzo* obriga à rejeição da “visão do princípio da legalidade que apenas equaciona a lei nacional, pois (esta) esquece que o direito da (União) integra, atualmente, o bloco de legalidade vinculativo da administração”.

⁵⁸ DE WITTE, Bruno, “Direct Effect, Supremacy and the Nature of the Legal Order”, in CRAIG, Paul e DE BÚRCA, Gráinne, *The Evolution of EU Law*, 2.ª Edição, Oxford University Press, 2011, p. 333.

⁵⁹ Tribunal de Justiça, *Minister for Justice and Equality*, C-378/17, cit., para. 45.

intervenção da CNPD visa também assegurar a proteção jurídica que o direito da União confere aos titulares dos dados. Neste contexto, seria contraditório que estes pudessem invocar as disposições do direito da União num domínio específico perante o órgão a quem o direito nacional atribuiu a competência para dirimir litígios no domínio do direito da proteção de dados e que o referido órgão não tivesse a obrigação de aplicar aquelas disposições, afastando as de direito nacional que as contrariassem⁶⁰. Acresce que, na eventualidade de a CNPD ser qualificada como um “órgão jurisdicional” na aceção do art. 267.^o (2) TFUE, pode submeter ao Tribunal de Justiça questões prejudiciais que envolvam a interpretação ou a apreciação de validade de disposições de direito da União nos litígios que seja chamada a resolver; uma vez que está vinculada pelo acórdão proferido a título prejudicial pelo Tribunal de Justiça, deve dar imediatamente cumprimento ao mesmo, não aplicando, se necessário e no exercício da sua própria autoridade, as disposições contrárias da legislação nacional⁶¹.

V. Mas podem as autoridades de controlo nacionais remeter reenvios prejudiciais para o Tribunal de Justiça?

A apreciação da competência para apresentar pedidos prejudiciais é uma questão que releva unicamente do direito da União⁶². A questão de saber se a entidade responsável pelo reenvio tem a natureza de órgão jurisdicional na aceção do artigo 267.^o TFUE é apreciada pelo Tribunal de Justiça com base num conjunto de elementos, como a origem legal do órgão, o carácter obrigatório e permanente da sua jurisdição, a natureza contraditória do processo, a aplicação, pelo órgão, de regras de direito, bem como a sua independência⁶³. Para além disso, as entidades nacionais só podem pedir ao Tribunal de Justiça que se pronuncie se perante elas se encontrar pendente um litígio e se forem chamadas a pronunciar-se

⁶⁰ Tribunal de Justiça, *Costanzo*, 103/88, cit., para. 31.

⁶¹ *Minister for Justice and Equality*, C-378/17, cit., para. 47.

⁶² Advogada-Geral Juliane Kokott, conclusões de 20 de setembro de 2012, *Belov*, C-394/11, ECLI:EU:C:2012:585, para. 26.

⁶³ Acórdão de 27 de fevereiro de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, EU:C:2018:117, para. 28.

no âmbito de um processo que deva conduzir a uma decisão de carácter jurisdicional⁶⁴.

No processo *Comissão c. Áustria*, o governo austríaco argumentou que o Tribunal de Justiça, no acórdão *Dorsch Consult*⁶⁵, aceitou responder a questões prejudiciais suscitadas por entidade com uma natureza semelhante à comissão de proteção de dados austríaca⁶⁶.

À luz das garantias de autonomia e imparcialidade previstas no RGPD, não restam dúvidas sobre o preenchimento pelas autoridades de controlo nacionais do critério da independência, o qual constitui “a característica de diferenciação mais importante para distinguir entre um órgão jurisdicional nacional e uma autoridade administrativa”⁶⁷. Também é pacífico o preenchimento dos critérios estruturais relativos à origem legal, permanência e aplicação de regras de direito. O mesmo sucede com a natureza contraditória do processo que, não constituindo um critério absoluto⁶⁸, se pode considerar satisfeito com a existência de um direito de audiência prévia (*v. g.* o art. 121.º do Código do Procedimento Administrativo), e, finalmente, com o requisito do carácter obrigatório da jurisdição, desde que este critério seja interpretado como dizendo respeito “ao carácter vinculativo das decisões da entidade de reenvio”⁶⁹. No plano funcional, a possibilidade de recurso ao processo do art. 267.º TFUE pressupõe a existência de um litígio, que é inerente a processos de reclamação perante autoridades de controlo, e requer que o órgão de reenvio exerça uma atividade jurisdicional.

O preenchimento do critério funcional relativo ao exercício de uma atividade jurisdicional pelas autoridades de controlo nacionais apresenta-se controvertido após o Tribunal de Justiça se ter pronunciado, no acórdão *Belov*, pela inadmissibilidade do reenvio prejudicial submetido pela comissão de defesa contra a discriminação da Bulgária⁷⁰. O tribunal do

⁶⁴ Acórdão de 14 de outubro de 1995, *Job Centre*, C-111/94, ECLI:EU:C:1995:340, para. 9.

⁶⁵ Acórdão de 17 de setembro de 1997, C-54/96, ECLI:EU:C:1997:41.

⁶⁶ Advogado-Geral Ján Mazák, *Comissão c. Áustria*, C-614/10, cit., para. 23.

⁶⁷ Advogada-Geral Stix-Hackl, conclusões de 11 de maio de 2006, *Wilson*, C-506/04, ECLI:EU:C:2006:311, para. 45.

⁶⁸ C-54/96, *Dorsch Consult*, cit., para. 31.

⁶⁹ Advogada-Geral Juliane Kokott, *Belov*, C-394/11, cit., para. 48.

⁷⁰ Acórdão de 31 de janeiro de 2013, C-395/11, ECLI:EU:C:2013:48.

Luxemburgo considerou que a decisão que esta entidade era chamada a proferir no âmbito de um processo de reclamação se assemelhava, no essencial, a uma decisão de tipo administrativo e não revestia caráter jurisdicional, em virtude de o órgão de reenvio: i) ter competência para desencadear oficiosamente um processo no essencial semelhante ao que deu origem à reclamação; ii) poder ordenar a intervenção no processo de pessoas diferentes das arroladas pela reclamante; iii) ter a qualidade de recorrida no tribunal administrativo chamado a conhecer do recurso interposto da sua decisão; iv) poder anular a decisão uma vez interposto recurso da sua decisão no processo de reclamação, desde que tenha o acordo da parte a que essa decisão é favorável⁷¹.

A partir da articulação do acórdão *Belov* com o acórdão *Schrems*⁷², em que o Tribunal de Justiça não considerou a possibilidade de as autoridades de controlo submeterem reenvios prejudiciais sobre a validade de decisões de adequação da Comissão, pode-se concluir que as autoridades de controlo não podem ser consideradas “órgãos jurisdicionais” na aceção do art. 267.º TFUE⁷³. Os riscos para a uniformidade na aplicação do direito da União resultantes desta qualificação são mitigados pelo direito das pessoas singulares e coletivas à ação judicial contra as decisões juridicamente vinculativas das autoridades de controlo que lhes digam respeito (art. 78.º, n.º 1, RGPD). Nos termos do artigo 267.º TFUE, o órgão jurisdicional nacional em que for intentada a ação tem a faculdade ou, se for caso disso, é obrigado a submeter um pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça se for necessária uma decisão sobre a interpretação ou validade do direito da União (Considerando 143 RGPD). Em todo o caso, a circunstância de as autoridades de controlo não constituírem “órgãos jurisdicionais” na aceção do artigo 267.º TFUE obviamente não as “dispensa da obrigação de garantir a aplicação do direito da União aquando da adoção das suas decisões e de não aplicar, se necessário, as disposições nacionais que se revelem contrárias a disposições do direito da União dotadas de um efeito direto, uma vez que tais obrigações vinculam,

⁷¹ *Belov*, C-395/11, cit., paras. 46-52.

⁷² Acórdão de 6 de outubro de 2015, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650, paras. 64-65.

⁷³ Neste sentido, MUIR, Elisa, *EU Equality Law: The First Fundamental Rights Policy of the EU*, Oxford University Press, 2018, pp. 190-193.

efetivamente, todas as autoridades nacionais competentes e não apenas as autoridades jurisdicionais”⁷⁴.

VI. Poder-se-ia discutir a legitimidade de uma decisão administrativa de desaplicação do direito nacional desconforme com o direito da União com uma natureza prospetiva. O “mandato *Costanzo*” constitui um desenvolvimento do “mandato *Simmenthal*” nos termos do qual se impõe aos órgãos administrativos nacionais a obrigação de atribuição de plena eficácia às normas da União “no âmbito das respetivas competências”⁷⁵. Ora, ao contrário da atividade jurisdicional, o exercício da atividade administrativa não pressupõe sempre a aplicação do direito da União num caso concreto. A CNPD invocou o interesse “de assegurar a transparência dos seus procedimentos decisórios futuros e nesta medida contribuir para a certeza e segurança jurídicas”⁷⁶. Trata-se, com efeito, de entendimento que se esteia no princípio da cooperação leal, contribuindo para a aplicação uniforme do direito da União, que se enquadra perfeitamente nas suas amplas atribuições de controlo e execução da aplicação do RGPD (art. 57.º, n.º 1, al. a), RGPD), bem como de pronuncia não vinculativa sobre medidas legislativas relativas à proteção de dados pessoais (art. 6.º, n.º 1, al. a), da lei da execução).

Apenas se lamenta que a apreciação da compatibilidade da lei de execução com o direito da União não tenha sido exaustiva. A CNPD circunscreveu a sua análise apenas às disposições da lei de execução mais relevantes e de aplicação mais frequente⁷⁷. Acontece que no Parecer n.º 28/2018, de 2 de maio, relativo à proposta de lei de execução, identificou infrações ao direito da União – algumas das quais qualificou como manifestas – em diversas disposições que estão previstas na lei de execução⁷⁸.

⁷⁴ Tribunal de Justiça, acórdão de 21 de janeiro de 2020, *Banco de Santander*, C-274/14, ECLI:EU:C:2020:17, para. 78.

⁷⁵ Idem, paras. 38-39.

⁷⁶ Deliberação n.º 494/2019, cit., p. 11.

⁷⁷ Idem, pp. 1-2.

⁷⁸ Entre as quais se inclui o art. 4.º, n.ºs 3 e 4 (natureza e independência), o art. 6.º, al. d) (atribuições e competências), o art. 7.º, n.º 1 (avaliações prévias de impacto), o art. 8.º (dever de colaboração), o art. 11.º (funções do encarregado de proteção de dados), o art. 12.º, n.ºs 3 e 4 (encarregados de proteção de dados em entidades públicas), o art. 13.º (encarregados de proteção de dados em entidades privadas), o art. 14.º, n.ºs 2 e 3 (acreditação e certificação);

Por maioria de razão, à luz do princípio da certeza e da segurança jurídica, e de modo a contribuir para a aplicação uniforme do direito da União, a CNPD tinha a obrigação de indicar todas as normas da lei de execução que considera incompatíveis com o direito da União, não podendo circunscrever a sua apreciação a um juízo de prognose, necessariamente subjetivo, sobre a sua relevância ou a frequência de aplicação.

VII. O exercício pela CNPD do “mandato *Costanzo*” na Deliberação n.º 494/2019, de 3 de setembro, contrasta frontalmente com o que precedeu decisão homóloga de desaplicação da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, que transpôs a Diretiva 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações.

A 8 de abril de 2014, o Tribunal de Justiça declarou a invalidade da Diretiva 2006/24/CE com fundamento na violação do princípio da proporcionalidade na restrição que a diretiva opera no direito à privacidade e à proteção de dados pessoais consagrados nos arts. 7.º e 8.º da Carta⁷⁹. No final de 2016, o tribunal do Luxemburgo esclareceria não ser admissível a aplicação de legislação nacional que preveja, para efeitos de luta contra a criminalidade, “uma conservação generalizada e indiferenciada de todos os dados de tráfego e de todos os dados de localização de todos os assinantes e utilizadores registados em relação a todos os meios de comunicação eletrónica”⁸⁰.

A Lei n.º 32/2018, de 17 de julho, obriga os fornecedores de comunicações eletrónicas a operar em Portugal a reter indiscriminadamente, durante um período de um ano, todos os dados de tráfego e de localização de todos os seus clientes, atribuindo à CNPD a competência para instruir

o art. 18.º (portabilidade e interoperabilidade dos dados), o art. 21.º (prazo de conservação de dados), art. 22.º (transferências internacionais), art. 26.º (acesso a documentos administrativos), o art. 28.º, n.º 2, n.º 3, al. b) (relações laborais) e o art. 31.º (tratamentos para fins de arquivo de interesse público, fins de investigação científica ou histórica ou fins estatísticos).

⁷⁹ Acórdão de 8 de abril de 2014, *Digital Rights Ireland, Ltd*, C-293/12 e C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238, para. 69.

⁸⁰ Acórdão de 21 de dezembro de 2016, *Tele2*, C-203/15 e C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970, para. 112.

processos de contraordenação e aplicar coimas resultantes da violação da obrigação de conservação destes dados pessoais (arts. 4.º, 6.º, 12.º e 14.º). Uma vez que se trata de lei que implementa direito da União na aceção do art. 51.º, n.º 1, da Carta⁸¹, deve conformar-se com as exigências decorrentes dos direitos fundamentais garantidos na ordem jurídica da União⁸². À luz da jurisprudência *Digital Rights* e *Tele2*, o tratamento generalizado e indiferenciado de dados pessoais que a Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, impõe aos fornecedores de comunicações eletrónicas constitui uma ingerência desproporcionada “de grande amplitude e particular gravidade” nos direitos fundamentais à privacidade e à proteção de dados⁸³. Esta “evidente incompatibilidade” com o direito da União⁸⁴, obriga todos os órgãos do Estado português a recusar a sua aplicação por força do princípio do primado⁸⁵.

Como reagiu a CNPD à declaração de invalidade do ato legislativo que foi considerado pela Autoridade Europeia para a Proteção de Dados como o mais invasivo para a privacidade dos cidadãos alguma vez adotado pela União Europeia⁸⁶?

⁸¹ Trata-se, com efeito, de uma lei de transposição que, após a cessação de efeitos da diretiva que lhe deu causa, se enquadra no âmbito de aplicação do art. 15.º da Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas (*Tele2*, C-203/15 e C-698/15, cit., paras. 75-81).

⁸² Tribunal de Justiça, acórdão de 26 de fevereiro de 2013, *Fransson*, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, para. 18.

⁸³ Tribunal de Justiça, *Digital Rights Ireland, Ltd*, C-293/12 e C-594/12, cit., para. 65.

⁸⁴ SILVEIRA, Alessandra e FREITAS, Pedro Miguel, “The Recent Jurisprudence of the CJEU on Personal Data Retention: Implications for Criminal Investigation in Portugal”, *UNIO – EU Law Journal*, 3, 2, 2017, p. 53. No mesmo sentido, GUERRA, Clara e CALVÃO, Filipa, “Anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 8 de abril de 2014”, *Forum de proteção de dados*, 1, julho de 2015, p. 81.

⁸⁵ SILVA RAMALHO, David e COIMBRA, José Duarte, “A declaração de invalidade da Diretiva 2006/24/CE: presente e futuro da regulação sobre conservação de dados de tráfego para fins de investigação, deteção e repressão de crimes graves”, *O Direito*, 147, 3, 2015, p. 1040.

⁸⁶ HUSTINX, Peter “The Moment of Truth for the Data Retention Directive”, Conferência “Taking on the Data Retention Directive”, 3 de dezembro de 2010, p. 1 (“A (Diretiva 2006/24/CE) é sem dúvida o instrumento mais invasivo para a privacidade alguma vez adotado pela União Europeia em termos de escala e do número de pessoas que afeta”).

Começou por anunciar na Assembleia da República a necessidade de se proceder à “análise” da conformidade da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, com o direito da União à luz do acórdão *Digital Rights* proferido semanas antes⁸⁷. O período de reflexão prolongou-se por mais de três anos: i) a 26 de junho de 2015, em parecer sobre o regime de acesso a metadados pelos serviços de informação, a CNPD deu conta de que a “legitimidade” da base de dados criada pela Lei 32/2008, de 17 de julho, “não está ainda determinada na nossa ordem jurídica”⁸⁸; ii) a 9 de maio de 2017, em parecer sobre iniciativa legislativa com o mesmo objeto, referiu que a desproporcionalidade da recolha indiscriminada de dados “faz perigar (...) a «validade»” da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, à luz da Carta⁸⁹. A reflexão terminou com a conclusão, anunciada em deliberação de 9 maio de 2017, de que “sendo certo que a declaração de invalidade da diretiva não implica diretamente a invalidade da lei nacional que a transponha”, os Estados-Membros têm o dever de “reavaliar a conformidade com a Carta dos respetivos regimes nacionais de retenção de dados (...) à luz dos fundamentos expostos (pelo Tribunal de Justiça)”, aqui se incluindo também o Estado português, considerando a CNPD ser seu dever “alertar a Assembleia da República para a necessidade de reavaliar a Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, em termos de conformidade com a Carta”⁹⁰.

⁸⁷ CALVÃO, Filipa (Presidente da Comissão Nacional de Proteção de Dados), “Audiência sobre o relatório de atividades de 2012 e matérias que estejam no âmbito das suas competências”, *Audiência Parlamentar Nº 51-CACDLG-XII*, 29 de abril de 2014, 17:39 a 17:48.

⁸⁸ Parecer n.º 51/2015, de 26 de junho, p. 10.

⁸⁹ Parecer n.º 24/2017, de 18 de abril, p. 20-21. A qualificação de uma incompatibilidade com o direito da como um problema de validade da lei nacional, ignora a jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual não pode ser deduzido que “a incompatibilidade com o direito da União de uma norma de direito nacional posterior (tenha) por efeito tornar esta norma inexistente. Face a uma tal situação, o órgão jurisdicional nacional está, diferentemente, obrigado a afastar a aplicação da norma (...) (acórdão de 22 de outubro de 1998, *IN.CO.GE.*, C-10/97 a C-22/97, ECLI:EU:C:1998:498, para. 21). Por outras palavras, o princípio do primado tem como efeito a ineficácia e não a invalidade do direito nacional conflituante com o direito da União, decorrendo do princípio da cooperação leal o dever da sua desaplicação por todos os órgãos do Estado, incluindo as autoridades administrativas.

⁹⁰ Deliberação n.º 1008/2017, de 18 de julho, pp. 1 e 3.

O “alerta” foi completamente ignorado: a Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, permanece em vigor e tem sido regularmente aplicada pelos tribunais⁹¹.

⁹¹ V., por exemplo, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28 de novembro de 2018, processo 8617/17.8T9LSB-A.L1-3, que obrigou a Vodafone a fornecer dados de tráfego retidos ao abrigo da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, considerando que “a declaração de invalidade da Diretiva 2006/24/CE (...) não tem uma consequência automática sobre a validade do ato legislativo interno que a transpôs, porquanto o ato legislativo nacional tem uma fonte autónoma de validade e legitimidade, pois não se limitou a transpor tal diretiva, antes a densificando e aperfeiçoando ao direito interno, sendo que a análise do Tribunal de Justiça apenas incidiu sobre o texto da diretiva”. Este aresto, que manifestamente confunde a vigência formal da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, a qual se afigura pacífica, com o dever de os órgãos jurisdicionais nacionais a desapplicarem em resultado da sua incompatibilidade com a Carta, baseia-se no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 420/2017, de 13 de julho, processo n.º 917/16. Decidindo em processo de fiscalização concreta, o Tribunal Constitucional não julgou inconstitucional a norma da Lei n.º 32/2008 que estabelece o dever de os fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas conservarem “os dados relativos ao nome e ao endereço do assinante ou do utilizador registado, a quem o endereço do protocolo IP estava atribuído no momento da comunicação”, considerando que tal norma não viola o princípio da proporcionalidade decorrente do art. 18.º, n.º 2, da Constituição. Esta decisão merece algumas (necessariamente breves) observações. O art. 1.º da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, transpôs o art. 1.º, n.ºs 1 e 2, da Diretiva 2006/24/CE, que requeria aos Estados-Membros a conservação de “dados conexos necessários para identificar o assinante ou o utilizador”, entre os quais se incluem o nome e o endereço do assinante ou do utilizador registado a quem o endereço do protocolo IP estava atribuído no momento da comunicação (art. 5.º, n.º 1, 2), da Diretiva 2006/24/CE), enquadrando-se agora no âmbito de aplicação do art. 15.º da Diretiva 2002/58/CE, de 12 de julho. Daqui resulta estarmos perante legislação nacional “inteiramente determinada” pelo direito da União na aceção do acórdão *Fransson* do Tribunal de Justiça (C-617/10, cit., n.º 29), o que significa que o juízo de proporcionalidade da restrição que impõe nos direitos à privacidade e à proteção de dados tinha de ser feito, em primeira linha, à luz da Carta e não da Constituição, cabendo, em última instância, ao Tribunal de Justiça e não, como aconteceu, ao Tribunal Constitucional. Mas ainda que se entenda que se trata de legislação nacional “não inteiramente determinada” pelo direito da União, o que permitiria ao Tribunal Constitucional aplicar os padrões de proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição, em nenhuma circunstância poderia dessa aplicação resultar um nível de proteção menos elevado do que aquele que é garantido pela Carta ou o comprometimento do primado, da unidade ou da efetividade do direito da União (Tribunal de Justiça: *Fransson*, C-617/10, cit., para. 29, ou acórdão de 26 de fevereiro de 2013, *Melloni*, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, para. 60). Ora, os juízes do Palácio Ratton argumentaram que a desproporcionalidade da retenção indiscriminada de dados assinalada pelo Tribunal de Justiça nos acórdãos *Digital Rights* e *Tele2* diz respeito a dados de tráfego e de localização, mas “não exatamente sobre os dados de base” que estavam em causa neste processo (mas já não

no processo julgado na Relação de Lisboa). Trata-se de uma interpretação muito discutível dos acórdãos *Digital Rights* e *Tele2*, que manifestamente exigia, à luz da jurisprudência *Cilfit* (acórdão de 6 de outubro de 1982, 283/81, ECLI:EU:C:1982:335, para. 16), a suscitação de uma questão prejudicial ao abrigo do art. 267.º do TFUE sobre a conformidade com a Carta da conservação indiscriminada de “dados de base ou de rede”. É que o acesso aos dados pessoais dos assinantes levanta questões de privacidade que não podem ser comparadas à consulta de “uma lista telefónica tradicional ou de uma base dados pública de matrículas de automóveis”, pois “de forma a identificar o assinante a quem foram atribuídos endereços específicos de IP dinâmicos, o fornecedor de serviços de telecomunicações tem de aceder a dados retidos que dizem respeito a determinadas atividades de telecomunicação” (Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, queixa n.º 62357/14, acórdão de 14 de abril de 2018, *Benedik c. Eslovénia*, para. 108). A natureza controvertida desta questão foi também recentemente assinalada pelo Conselho, *Draft Council Conclusions on Improving Retention of Data for the Purpose of Fighting Crime Effectively*, de 27 de março de 2019, 7833/19, p. 2 [“(…) tem sido argumentado que as decisões do (Tribunal de Justiça nos acórdãos *Digital Rights* e *Tele2*) se aplicam apenas a dados de tráfego e de localização, e não aos dados dos assinantes” (itálico acrescentado)]. No acórdão n.º 494/2019, de 18 de setembro, processo n.º 26/2018, o Tribunal Constitucional perderia nova oportunidade para participar, pela primeira vez na sua história, no diálogo jurisprudencial que continuamente alimenta a evolução do direito da União Europeia; uma questão prejudicial sobre a conformidade com a Carta de legislação nacional que prevê uma obrigação geral de conservação de dados com o objetivo de proteger a segurança nacional, a defesa do território e a segurança pública – similar à colocada pelo Tribunal Constitucional belga no processo C-520/18 (*Ordre des barreaux francophones and germanophone*) – não foi sequer considerada porque se concluiu que, uma vez que a Lei Orgânica n.º 4/2017, de 25 de agosto, regula apenas o acesso a metadados pelos serviços de informações, não era necessária pronúncia sobre a validade da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, não obstante parecer claro que o efeito útil da apreciação de constitucionalidade está necessariamente comprometido se a lei que permite a conservação dos dados transmitidos aos serviços de informações não puder ser aplicada por ser desconforme ao direito da União. Não se compreende, por último, a referência feita pelo Tribunal Constitucional no acórdão n.º 420/2017, de 13 de julho – e, influenciado por este, também pelo Tribunal da Relação de Lisboa – à Nota Prática do Ministério Público n.º 7/2015, de 30 de dezembro, “Retenção de Dados de Tráfego e Lei n.º 32/2008, de 17 de julho”. Esta nota é um instrumento não vinculativo elaborado pelo gabinete de cibercrime da Procuradoria Geral da República que, baseando-se no argumento de que o resultado de um conflito normativo entre fontes nacionais e europeias não tem como efeito a invalidade do direito interno, exorta à aplicação da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, concluindo, numa deriva securitária orwelliana não suficientemente fundamentada e abertamente contrária à jurisprudência do Tribunal de Justiça, que “a retenção de dados tem que ser indiscriminada, por um lado, e tem que abranger todos os cidadãos, por outro”. Para uma crítica a esta nota prática,

O princípio do primado impunha à CNPD a adoção das medidas necessárias para garantir a plena eficácia do direito da União, o que implicava recusar a aplicação da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, logo após a prolação do acórdão *Digital Rights*⁹². À autoridade administrativa especificamente mandatada para afastar legislação nacional que contrarie direito da União relativo à proteção de dados não lhe cabia pedir – essa é a prerrogativa, designadamente, do Provedor de Justiça⁹³ – ou aguardar pela eliminação prévia da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, “por via legislativa ou por qualquer outro procedimento constitucional”⁹⁴. Não se afigura, por isso, aceitável que o anúncio da desaplicação da Lei n.º 32/2008, de 17

v. SILVEIRA, Alessandra e FREITAS, Pedro Miguel, “Implicações da declaração de invalidade da Diretiva 2006/24 na conservação de dados (“metadados”) nos Estados-Membros da UE: uma leitura jusfundamental”, *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, 3, 1, 2017, pp. 291-293.

⁹² A decisão do Tribunal de Justiça que declara a invalidade num processo prejudicial produz, na prática, efeitos *erga omnes*, projetando-se sobre todos os órgãos jurisdicionais, legislativos e administrativos (SILVA RAMALHO, David e DUARTE COIMBRA, José, “A declaração de invalidade da Diretiva 2006/24/CE: presente e futuro da regulação sobre conservação de dados de tráfego para fins de investigação, deteção e repressão de crimes graves”, cit., p. 1022).

⁹³ Nos termos da al. b), n.º 1, do art. 20.º do Estatuto do Provedor de Justiça (Lei n.º 9/91, de 9 de abril), ao Provedor de Justiça compete “assinalar as deficiências de legislação que verificar, emitindo recomendações para a sua interpretação, alteração ou revogação”. Foi esse o propósito da Recomendação n.º 1/B/2019, de 22 de janeiro, em que se solicita à Ministra da Justiça a alteração da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, de modo a que o seu regime se adegue “com as exigências decorrentes da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, tal como foram interpretadas pela jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça”. Em ofício de 4 de março de 2019, a Ministra da Justiça recusou iniciar um processo legislativo com este propósito junto da Assembleia da República, invocando a complexidade da matéria e a circunstância de a lei portuguesa “parece(r) assegurar, apesar de tudo medidas proporcionais suficientes entre os direitos conflituantes da intimidade da vida privada e da proteção dos dados pessoais, pelo que a decisão do TJUE (*Digital Rights*) não deverá afetar as investigações nacionais (sic), em conformidade com o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 490/2017, de 13 de julho”. A 26 de agosto de 2019, a Provedora de Justiça solicitou, ao abrigo do disposto no art. 281.º, al. a), e n.º 2, al. d), da Constituição, a fiscalização abstrata da constitucionalidade dos arts. 4.º, 6.º e 9.º da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, por violação do princípio da proporcionalidade na restrição dos direitos à reserva da intimidade da vida privada e familiar (art. 26.º, n.º 1) e ao sigilo das comunicações (art. 34.º, n.º 1) e por violação do direito a uma tutela jurisdicional efetiva (art. 20.º, n.º 1).

⁹⁴ Tribunal de Justiça, *Minister for Justice and Equality*, C-378/17, cit., para. 50.

de julho, tenha surgido apenas em deliberação de 18 de julho de 2017⁹⁵, mais de 39 meses depois do acórdão *Digital Rights!*

A decisão de desaplicação da lei de execução menos de um mês depois da sua entrada em vigor parece significar que a CNPD não vai doravante tergiversar na sua missão de fiscalização do cumprimento do RGPD na ordem jurídica portuguesa. Ironicamente, o exercício efetivo deste papel depende, em larga medida, dos recursos de que venha a ser provida pela Assembleia da República.

3. Os recursos das autoridades de controlo

3.1. Independência e efetividade

A criação de autoridades de controlo totalmente independentes em cada Estado-Membro constitui condição necessária, mas não suficiente, para assegurar a eficácia do controlo do cumprimento do direito à proteção de dados. O RGPD impõe aos Estados-Membros o dever de assegurar “que cada autoridade de controlo disponha dos recursos humanos, técnicos e financeiros, instalações e infraestruturas necessários à prossecução eficaz das suas atribuições e ao exercício dos seus poderes, incluindo as executadas no contexto da assistência mútua, da cooperação e da participação no Comité” (art. 52.º, n.º 4).

O princípio da efetividade do direito da União requer que os Estados-Membros forneçam às autoridades de controlo os meios necessários ao cumprimento das suas atribuições⁹⁶, que incluem lidar eficazmente com reclamações dos titulares dos dados, realizar investigações eficazes, tomar decisões vinculativas e impor sanções dissuasoras aos responsáveis pelo

⁹⁵ Deliberação n.º 1008/2017, de 18 de julho, cit., p. 3, a qual também teve, à semelhança da Deliberação n.º 494/2019, de 3 de setembro, uma natureza prospetiva, não obstante a CNPD ter referido a receção de “participações do Ministério Público de diversas comarcas por eventual incumprimento da Lei n.º 32/2008, por parte de diversas operadoras de telecomunicações”.

⁹⁶ HIJMANS, Hielke, *The European Union as a constitutional guardian of internet privacy and data protection*, Universidade de Amsterdão, 2016, p. 322.

tratamento ou aos subcontratantes⁹⁷. O cumprimento desta obrigação é, por outro lado, crucial para assegurar a aplicação uniforme do RGPD, pois o mau funcionamento de uma autoridade de controlo resultante da situação de subfinanciamento pode colocar em causa procedimentos administrativos complexos que integram autoridades de controlo de outros Estados-Membros.

3.2. Os recursos da CNPD

I. Num relatório de 2010 da Agência Europeia para a Proteção dos Direitos Fundamentais (FRA), a CNPD surge identificada, a par das suas congéneres na Áustria, Bulgária, Eslováquia, Roménia, Chipre, França, Grécia, Holanda, Itália e Letónia, como uma das autoridades de controlo que não está “em condições de exercer na plenitude as suas atribuições em razão dos limitados recursos económicos e humanos de que (dispõe)”⁹⁸. Estas lacunas foram também identificadas pela Comissão em 2012⁹⁹, que as invocou como uma das razões para a adoção do RGPD¹⁰⁰.

A entrada em vigor do RGPD, em maio de 2016, não levou a uma alteração significativa dos recursos da CNPD (Gráfico I).

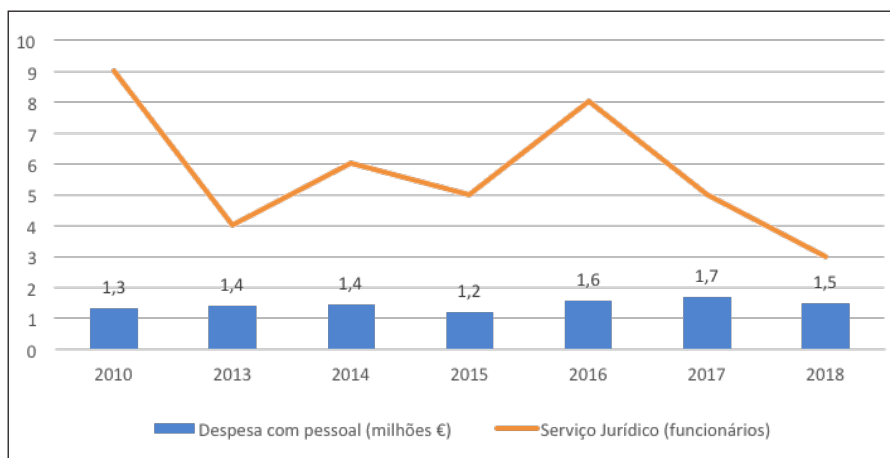
⁹⁷ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, *Maior proteção, novas oportunidades – Orientações da Comissão relativas à aplicação direta do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados a partir de 25 de maio de 2018*, de 24 de janeiro de 2018, COM(2018) 43 final, p. 12.

⁹⁸ Fundamental Rights Agency, *Data Protection in the European Union: the role of National Data Protection Authorities*, European Union Agency for Fundamental Rights, 2010, p. 42.

⁹⁹ Comissão Europeia, *Proteção da privacidade num mundo interligado. Um quadro europeu de proteção de dados para o século XXI*, COM(2012) 9 final, de 25 de janeiro de 2012, p. 8 (“Os recursos e as competências das autoridades nacionais de proteção de dados variam consideravelmente entre os Estados-Membros”).

¹⁰⁰ Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (regulamento geral sobre a proteção de dados)*, COM(2012) 11 final, de 25 de janeiro de 2012, p. 5 [“Segundo a avaliação de impacto, a execução (de um novo regulamento) deve conduzir, *inter alia*, a melhorias consideráveis quanto (...) à eficácia do controlo e da aplicação das regras em matéria de proteção de dados”].

Gráfico I
Evolução dos recursos humanos e financeiros da CNPD



Fonte: relatórios de atividades da CNPD, disponíveis em www.cnpd.pt.

O volume de despesa com pessoal da CNPD tem-se mantido estável desde 2010. Particularmente significativa vem a ser a redução para um terço do número de juristas, uma vez que estes são, a par dos técnicos de informática, os recursos humanos mais relevantes das autoridades de controlo¹⁰¹. Três juristas e quatro informáticos – num universo de 20 trabalhadores¹⁰² – não são suficientes para responder às obrigações de supervisão que o RGPD impõe, justificando a afirmação da presidente da CNPD de que com estes recursos a autoridade de controlo portuguesa não

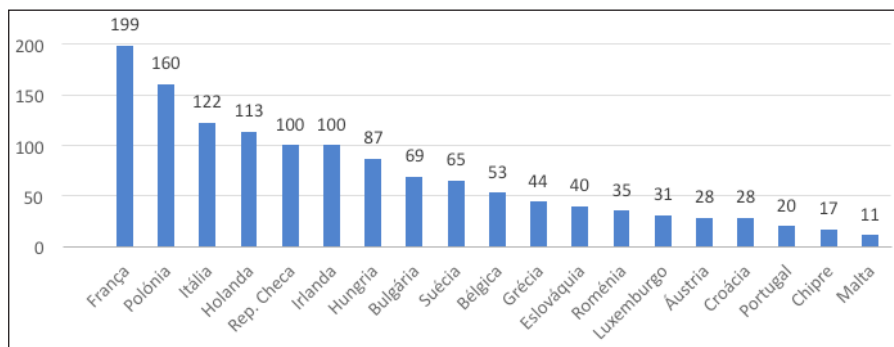
¹⁰¹ Uma proposta de alteração do Parlamento Europeu previa a inclusão no considerando 120 RGPD da obrigação dos Estados-Membros garantirem, em particular, “as competências técnicas e jurídicas” das autoridades de controlo (Parlamento Europeu, *Relatório sobre a proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (regulamento geral de proteção de dados)*, de 21 de novembro de 2013, COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD), p. 47).

¹⁰² Comissão Nacional de Proteção de Dados, *Relatório de Atividades 2017/2018*, cit., p. 34.

tem condições “para fazer o que quer que seja no âmbito do regulamento que seja verdadeiramente uma tutela eficaz dos direitos fundamentais”¹⁰³.

A exiguidade dos recursos humanos da CNPD é manifesta quando observada em termos comparados (Gráfico II).

Gráfico II
Funcionários (2018)



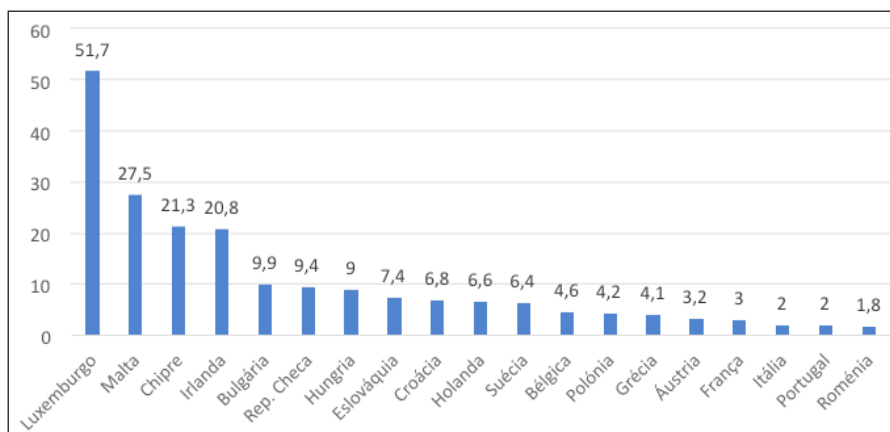
Fonte: EUobserver¹⁰⁴.

Em número de funcionários, a autoridade de controlo portuguesa é uma das mais pequenas da União Europeia, sendo dez vezes mais pequena do que a francesa, cinco vezes mais pequena do que a holandesa e duas vezes mais pequena do que a eslovaca. Uma das explicações para a reduzida dimensão dos recursos humanos da CNPD pode estar correlacionada com a dimensão populacional de Portugal, pelo que se introduziu esta variável com o intuito de calcular o seu valor relativo. Os resultados são esclarecedores (Gráfico III).

¹⁰³ Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, “Audição de Filipa Calvão (...)”, 18 de maio de 2018, cit., 23:19 a 23:25.

¹⁰⁴ NIELSEN, Nikolaj e TEFFER, Peter, “Are EU data watchdogs staffed for GDPR”, *EUobserver*, de 22 de maio de 2018. Não foram considerados os dados relativos à autoridade de controlo do Reino Unido (528,5 funcionários), uma vez que se trata de um Estado que entretanto abandonou a União Europeia, e os dados relativos à Alemanha (160,5 funcionários em 2017), Letónia (25 funcionários em 2017) e Dinamarca (35 funcionários em 2015), por não serem relativos a 2018.

Gráfico III
Funcionários por milhão de habitantes (2018)



Fonte: EUobserver (funcionários)¹⁰⁵; Eurostat (população)¹⁰⁶.

Uma vez que as exigências decorrentes da aplicação do RGPD são idênticas em todos os Estados-Membros, com a introdução do elemento de escala população seria lógico pressupor que Estados com menor população tivessem proporcionalmente um número mais elevado de funcionários nas respetivas autoridades de controlo. Com efeito, uma autoridade de controlo tem de empregar um número mínimo de funcionários para exercer eficazmente as atribuições que lhe são conferidas pelo RGPD. Por esta razão, seria expectável que os Estados-Membros da União com menos de um milhão de habitantes – Luxemburgo, Malta e Chipre – fossem também aqueles que apresentam um número relativo mais elevado de funcionários.

O Gráfico III revela que a autoridade de controlo portuguesa tem um número relativo de funcionários apenas semelhante às autoridades italiana e romena, que corresponde a um décimo da irlandesa e a um

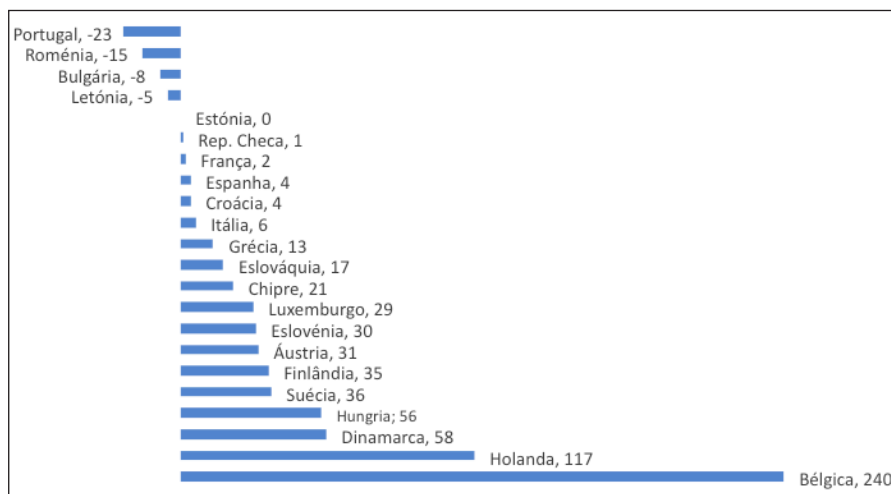
¹⁰⁵ Ibidem.

¹⁰⁶ Eurostat, *Population on 1 January*.

quinto da búlgara, dois Estados-Membros que têm, respetivamente, dos custos laborais mais elevados e mais baixos da União¹⁰⁷.

A análise comparada da evolução dos recursos humanos entre o período da entrada em vigor e da aplicação do RGPD (2016-2018) revela, por outro lado, que os problemas de funcionamento da CNPD se têm vindo a agravar (Gráfico IV).

Gráfico IV
Evolução % dos recursos humanos das autoridades de controlo
(2016-2018)



Fonte: Deloitte¹⁰⁸.

A maioria dos Estados-Membros antecipou o início de aplicação do RGPD reforçando, em alguns casos exponencialmente (Bélgica e Holanda), os recursos humanos das suas autoridades de controlo. Apenas quatro Estados-Membros estiveram em contraciclo, incluindo Portugal, que foi o Estado-Membro que, inexplicavelmente, mais desinvestiu no

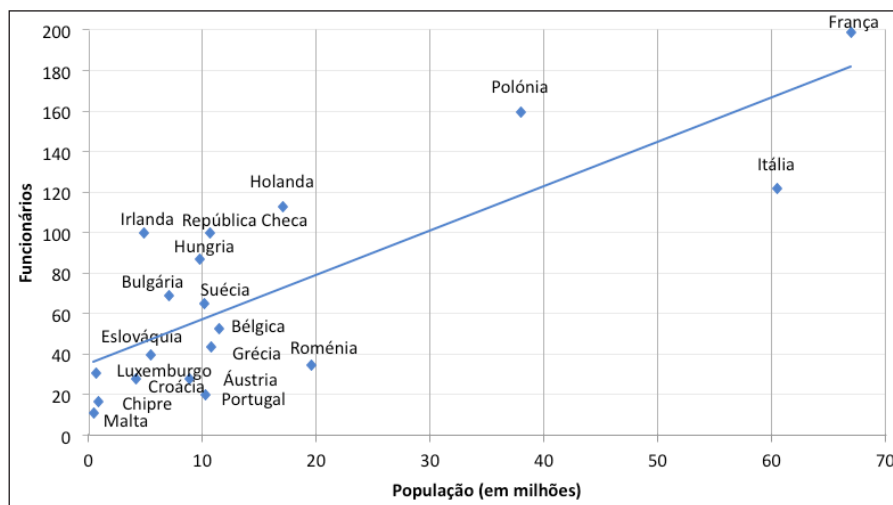
¹⁰⁷ O custo horário estimado do trabalho no setor privado em 2018 foi de 5,4€ na Bulgária, 14,2€ em Portugal e 32,1€ na Irlanda (Eurostat, *Hourly labor costs*, 2018).

¹⁰⁸ Deloitte, *Report on EU Data Protection Authorities. Part 4. Resources*, p. 6.

fortalecimento dos recursos humanos da sua autoridade de controlo no período crítico de adaptação a um novo quadro regulatório¹⁰⁹.

Por último, a linha de regressão do Gráfico V, para além de demonstrar a existência de uma correlação estatística forte entre as variáveis população e número de funcionários das autoridades de controlo, apresenta a CNPD com um resultado estatístico anormal (*outlier*). Para se situar na média das autoridades de controlo de Estados-Membros com a dimensão populacional de Portugal, a CNPD teria de triplicar os seus recursos humanos.

Gráfico V
População e funcionários (2018)



Fonte: EUobserver (funcionários)¹¹⁰; Eurostat (população)¹¹¹.

¹⁰⁹ Neste sentido, a opinião de Luís Neto Galvão em entrevista a Frederico Pedreira, *Advocatus*, de 13 de dezembro de 2019, p. 35, “(...) o RGPD foi aprovado em 2016 e já antes de 2016 já era conhecido por todos que íamos ter uma alteração substancial do paradigma. (...) Portugal era conhecedor disso, até porque a proposta da Comissão Europeia era de 2012, tivemos um longo caminho de adoção e de 2016 para cá sabíamos que tínhamos de adotar um conjunto de medidas. Desde logo capacitar a CNPD para lhe permitir ser um veículo de difusão, divulgação, esclarecimento de questões relacionadas com o RGPD e nada se fez”.

¹¹⁰ Nikolaj Nielsen e Peter Teffer, “Are EU data watchdogs staffed for GDPR”, cit.

¹¹¹ Eurostat, *Population on 1 January*.

III. As alterações introduzidas pela lei de execução na lei de organização e funcionamento da CNPD são um passo decisivo para a criação de condições para o funcionamento efetivo da autoridade de controlo portuguesa. A CNPD foi investida de autonomia financeira e administrativa (art. 2.º, n.º 1, da Lei n.º 43/2004), garantia estrutural de independência, que vai finalmente permitir-lhe desenvolver o essencial da sua atividade sem depender de decisões administrativas de autorização de despesa oriundas de entidades que fiscaliza (e sanciona). Por outro lado, a orgânica da CNPD está agora adaptada ao modelo de supervisão criado pelo RGPD¹¹², destacando-se o surgimento dos departamentos de direitos e sanções, de inspeção e de relações públicas e internacionais (art. 22.º, n.º 1, als. a) a c) da Lei n.º 43/2004).

Permanecem, contudo, constrangimentos à contratação de pessoal qualificado relacionados com a escassez de funcionários públicos com “elevada competência profissional e experiência válida para o exercício da função” que possam ser recrutados em comissão de serviço, requisição ou destacamento (art. 30.º, n.ºs 2 e 3, da lei de execução). A qualidade do recrutamento externo pode também sair prejudicada pela pouca competitividade face ao setor privado das remunerações que podem ser pagas a consultores¹¹³. O reforço de recursos humanos estará, por último, fortemente condicionado enquanto se mantiverem as limitações à contratação de trabalhadores previstas em norma de execução orçamental (v. g. art. 157.º do Decreto-Lei n.º 84/2019, de 28 de junho).

Os problemas de funcionamento da CNPD vão também persistir se o seu orçamento não aumentar substancialmente. A drástica perda de receita própria, que passou de 2.668.155€ (2017) para 75.000€ (2019) em resultado da extinção da taxa de notificação de tratamentos, foi compensada por um aumento das transferências diretas do orçamento da Assembleia da República, que em 2019 compunham cerca de 93% das receitas da CNPD¹¹⁴. O início de aplicação do RGPD e a entrada em

¹¹² Filipa Calvão, “O RGPD e o Papel da Comissão Nacional de Proteção de Dados”, *Revista de Direito Administrativo*, 4, janeiro-julho de 2019, pp. 68-70.

¹¹³ Aproximadamente €2.600/mês, nos termos dos arts. 31.º, n.º 1, 32.º, n.º 1, e do mapa I anexo à lei de execução.

¹¹⁴ Comissão Nacional de Proteção de Dados, *Plano de Atividades 2019*, 30 de outubro de 2018.

vigor da lei de execução não levou, no entanto, a qualquer incremento significativo do nível de despesa da autoridade de controlo portuguesa: para o ano de 2019, a CNPD previa um aumento da despesa de 15% (aproximadamente 300.000€) em relação a 2017¹¹⁵. Ainda que o RGPD tenha aumentado substancialmente o montante das coimas aplicáveis, as quais revertem em 40% para a CNPD (art. 42.º da lei de execução), a capacidade inspetiva da CNPD – e o consequente aumento de receitas que naturalmente daí decorra – está dependente de um reforço de meios humanos que só pode ocorrer através do aumento das transferências orçamentais que recebe da Assembleia da República.

Mas qual deve ser então o orçamento da CNPD? Na ausência de indicadores que possam ser utilizados para mensurar o nível de adequação dos recursos das autoridades de controlo nacionais, o Grupo de Trabalho do Artigo 29.º sugeriu um método de cálculo dos respetivos orçamentos, que deve resultar da soma de um montante fixo que cubra funções básicas de funcionamento, e um montante variável baseado numa fórmula relacionada com a população dos Estados-Membros, o PIB e o número de multinacionais estabelecidas no respetivo território¹¹⁶.

Considerações finais

A Comissão Europeia tem repetidamente declarado que não hesitará em utilizar todos os instrumentos que tem à sua disposição, incluindo ações por incumprimento, para garantir que as reformas legislativas adotadas pelos Estados-Membros no âmbito do direito da proteção de dados estão em conformidade com o direito da União e não se transformam num exercício de “sobre-regulamentação” (*gold-plating*)¹¹⁷.

¹¹⁵ Comissão Nacional de Proteção de Dados, *Relatório de Atividades 2017/2018*, cit., p. 36 e *Plano de Atividades 2019*, cit., p. 18.

¹¹⁶ Grupo de Trabalho do Artigo 29, *Opinion 1/2012 on the Data Protection Reform Proposals*, de 23 de março de 2013, WP 191, p. 17.

¹¹⁷ Comunicado de Imprensa da Comissão Europeia, “General Data Protection Regulation shows results, but work needs to continue”, de 24 de julho de 2019. A Comissão identifica o *gold-plating* com os custos desnecessários para as empresas e as entidades públicas causados pela ultrapassagem pelos Estados-Membros do “estritamente requerido pela legislação da (União), quando a transpõem para a ordem jurídica interna” [Comunicação da Comissão ao

Em janeiro de 2018, advertiu que iria especificamente fiscalizar se os Estados-Membros “tomam as medidas necessárias previstas nos termos do (RGPD), se (se) atrasam a tomar essas medidas ou (se) recorrem às cláusulas de especificação previstas nos termos do regulamento de forma contrária ao regulamento”¹¹⁸. O silêncio da Comissão perante o manifesto preenchimento pelo Estado português de todas estas condições durante o conturbado – a adjetivação não me parece excessiva – processo de implementação do RGPD é, por isso, ensurdecedor.

A inércia da Comissão apresenta-se particularmente problemática porque a missão de assegurar a aplicação uniforme do RGPD e a tutela dos direitos que reconhece aos titulares de dados pessoais está, em primeira linha, entregue em Portugal a uma autoridade administrativa independente que tem problemas crónicos de funcionamento relacionados com a escassez dos seus recursos humanos.

A “guardiã do direito à proteção de dados” na ordem jurídica portuguesa está seguramente limitada, mas não completamente manietada, como o demonstra a decisão de desaplicação de parte da lei de execução do RGPD em cumprimento do mandato “*Costanzo*” ou a influência que teve no veto presidencial às alterações introduzidas no regime jurídico aplicável ao tratamento de dados pelo sistema judicial¹¹⁹. Mas a fiscali-

Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Legislar melhor para obter melhores resultados – agenda da UE*, de 19 de maio de 2015, COM(2015) 215 final, p. 8].

¹¹⁸ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, *Maior proteção, novas oportunidades – Orientações da Comissão relativas à aplicação direta do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados a partir de 25 de maio de 2018*, cit., p. 10. A Comissão tem estado particularmente atenta à implementação da Diretiva (UE) 2016/680, de 27 de abril, relativa à 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 à livre circulação desses dados, tendo inclusivamente iniciado ações por incumprimento contra a Espanha (C-658/19) e a Grécia por atraso na transposição da diretiva. Portugal transpôs a Diretiva 2016/680 (mais de um ano fora de prazo) através da Lei n.º 59/2019, de 8 de agosto.

¹¹⁹ Casa Civil do Presidente da República, Ofício n.º 9353, de 26 de julho de 2019. O Presidente da República considerou que a exclusão do Ministério Público do controlo da CNPD é desconforme ao RGPD, argumento invocado pela CNPD no Parecer n.º 25/2018, de 28 de maio, sobre a Proposta de Lei 126/XIII/3.^ª(GOV), que “altera o regime jurídico aplicável ao tratamento de dados referentes ao sistema judicial”.

zação efetiva do cumprimento do RGPD não passará de uma quimera enquanto a Assembleia da República não reforçar substancialmente as dotações orçamentais anuais que transfere para a CNPD. No atual contexto de conflito institucional entre a CNPD e o parlamento, tal reforço provavelmente só surgirá por via de um impulso externo que só a “guardiã dos Tratados” pode vir a dar.