

# A obrigação de notificar uma violação de dados pessoais à Autoridade de Controlo<sup>1</sup>

LUÍS PINTO MONTEIRO<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo visa analisar o dever ínsito no artigo 33.º do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, mais precisamente a obrigação de notificar uma violação de dados pessoais à autoridade de controlo e a sua compatibilidade com o princípio fundamental do *nemo tenetur se ipsum accusare*, através do qual ninguém pode ser obrigado a cooperar com a sua autoincriminação.

**Palavras-chave:** *RGPD; data-breach; nemo tenetur; notificação à autoridade de controlo; dever de colaboração com autoridade de controlo.*

**Abstract:** This article aims to analyse the duty established under Article 33 of the General Data Protection Regulation, more precisely the obligation to notify a personal data breach to the supervisory authority and its compatibility with the fundamental principle *nemo tenetur se ipsum accusare*, according to which no one is bound to incriminate himself.

---

<sup>1</sup> O presente texto corresponde ao trabalho final realizado no âmbito da IV Pós-Graduação Avançada em Direito da Proteção de Dados, lecionado pelo Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. O autor aproveita o ensejo para agradecer ao ilustre causídico Gonçalo de Carvalho Azevedo pela revisão do documento para efeitos de publicação e pela frutífera troca de ideias.

<sup>2</sup> Advogado. Especialista em Direito Europeu e da Concorrência. Mestrado em Direito Intelectual pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, LL.M. em *Trade and Regulation* (vertente Antitrust) pela New York University (NYU), Pós-graduação em Direito da Proteção de Dados pela Universidade Católica Portuguesa e Pós-graduação Avançada em Proteção de Dados pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. CDPP – *Certified Data Protection Practitioner* pela ICS. Mais detalhes disponíveis em <https://www.linkedin.com/in/luispintomonteiro/>

**Keywords:** *GDPR; data-breach; nemo tenetur; notification to the supervisory authority; duty to cooperate with the supervisory authority.*

## I. INTRODUÇÃO

Numa época vincadamente marcada por desenvolvimentos tecnológicos constantes, e num mercado em permanente mutação a um ritmo sem precedentes, são poucos aqueles que se podem dar ao luxo de viver à margem do mundo digital.

Em virtude desta realidade, a quantidade de informação recolhida relativa à vida dos internautas é absolutamente avassaladora e muitas das vezes até desconhecida da generalidade das pessoas.

As empresas detentoras de motores de pesquisa e outros tantos colossos tecnológicos a que recorremos numa base diária ou quase diária, têm acesso a uma pegada digital massificada, com a capacidade de, em conjunto ou até de forma isolada, reconstituir cada passo das nossas vidas, e inclusive gozam da aptidão de saberem mais do que cada um de nós gostaria<sup>3</sup>. Nesta realidade virtual, a privacidade, o segredo e o anonimato que a generalidade de nós preza, pura e simplesmente, desapareceu.

De modo que, é precisamente neste contexto de controlar e combater os perigos que advêm de um acesso indiscriminado e sem peias à informação dos particulares que a União Europeia revogou a Diretiva 95/46/CE e aprovou uma vigorosa legislação no âmbito da proteção de

---

<sup>3</sup> Neste contexto tornou-se célebre a história da cadeia de supermercados Target que soube da gravidez de uma estudante, ainda dependente dos pais, antes mesmo de esta comunicar tal notícia aos seus familiares. A descoberta ocorreu pela simples análise dos dados relativos às compras da estudante, levando a que existisse publicidade direcionada para o estádio da gravidez que havia sido detetado. Acabou por ser esta cadeia de supermercados que, de forma inadvertida, comunicou a notícia aos pais através de publicidade direcionada dirigida àquela estudante. Ver para o efeito <https://www.forbes.com/sites/kashmirhill/2012/02/16/how-target-figured-out-a-teen-girl-was-pregnant-before-her-father-did/>

## Dados Pessoais por intermédio do Regulamento (UE) 2016/679 (“RGPD”)<sup>4</sup>.

Não é obviamente nosso propósito analisar o RGPD na sua integralidade e determinar o impacto que este regime jurídico tem na vida dos particulares e das empresas. Tal aventura revelar-se-ia manifestamente inglória, atendendo aos limites impostos a trabalhos desta natureza. Ao invés, propomo-nos focar especificamente na obrigação que incide sobre o Responsável pelo Tratamento de dados de notificar uma violação de dados pessoais<sup>5</sup> à Autoridade de Controlo competente, sem demora injustificada e, sempre que possível, num período máximo de 72 horas após ter tido conhecimento dessa violação, a menos que esta violação não seja suscetível de resultar num risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares. Com efeito, tal dever encontra-se atualmente consagrado no artigo 33.º do RGPD<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup>Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27.4.2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE.

<sup>5</sup>Como sucede normalmente nesta área do direito, utilizaremos a expressão anglo-saxónica “*data breach*” como sinónimo de violação de dados pessoais.

<sup>6</sup>O artigo 33.º do RGPD estabelece o seguinte: (1) Em caso de violação de dados pessoais, o responsável pelo tratamento notifica desse facto a autoridade de controlo competente nos termos do artigo 55.º, sem demora injustificada e, sempre que possível, até 72 horas após ter tido conhecimento da mesma, a menos que a violação dos dados pessoais não seja suscetível de resultar num risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares. Se a notificação à autoridade de controlo não for transmitida no prazo de 72 horas, é acompanhada dos motivos do atraso. (2) O subcontratante notifica o responsável pelo tratamento sem demora injustificada após ter conhecimento de uma violação de dados pessoais. (3) A notificação referida no n.º 1 deve, pelo menos: a) Descrever a natureza da violação dos dados pessoais incluindo, se possível, as categorias e o número aproximado de titulares de dados afetados, bem como as categorias e o número aproximado de registos de dados pessoais em causa; (b) Comunicar o nome e os contactos do encarregado da proteção de dados ou de outro ponto de contacto onde possam ser obtidas mais informações; (c) Descrever as consequências prováveis da violação de dados pessoais; (d) Descrever as medidas adotadas ou propostas pelo responsável pelo tratamento para reparar a violação de dados pessoais, inclusive, se for caso disso, medidas para atenuar os seus eventuais efeitos negativos. (4) Caso, e na medida em que não seja possível fornecer todas as informações ao mesmo tempo, estas podem ser fornecidas por fases, sem demora injustificada. (5) O responsável pelo tratamento documenta quaisquer violações de dados pessoais, compreendendo os factos relacionados com as mesmas, os respetivos efeitos e a medida de reparação adotada. Essa documentação deve permitir à autoridade de controlo verificar o cumprimento do disposto no presente artigo.

## II. A OBRIGAÇÃO DE NOTIFICAR A AUTORIDADE DE CONTROLO EM CASO DE VIOLAÇÃO DE DADOS PESSOAIS

### *a. A origem da imposição legal*

Se atendermos à génese desta obrigação, constatamos tratar-se de uma inovação recente. Tal sucede porque a Diretiva 95/46/CE não previa esta incumbência ao Responsável pelo Tratamento, nem tampouco a qualquer outro sujeito que viesse a ter conhecimento de tal facto. Esta diligência surge na proposta de Regulamento de 2012, mais especificamente no seu artigo 31.<sup>77</sup>. Neste artigo previu-se, em termos muito similares aos que hoje se estabelecem no RGPD, um dever de alertar a Autoridade de Controlo do sucedido e dos detalhes desse *data breach*. Daí para a frente, ao longo de toda a discussão do RGPD, o dever de transmitir as violações à Autoridade de Controlo não mais desapareceu. Simplesmente surgiram alguns matizes, sendo que o mais relevante assentou precisamente no prazo para o cumprimento deste dever de comunicação que passou das escassas 24 horas, para um prazo um pouco mais alargado de 72 horas<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Vide Proposta de Regulamento do Parlamento 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), Bruxelas, 25.1.2012, COM(2012) 11 final disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012PC0011>.

<sup>8</sup> Para uma análise mais aprofundada sobre a evolução desta exigência legal *vide* também: i) o Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a Proposta do RGPD disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012XX0630\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012XX0630(01)); ii) o Parecer do Comité Económico e Social Europeu 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 sobre a proteção de dados) disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012AE1303>; iii) a Posição (UE) N.º 6/2016 do Conselho em primeira leitura com vista à adoção do 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 e revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados) disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016AG0006\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016AG0006(01)); e a Resolução legislativa do Parlamento Europeu, de 12 de março de 2014, 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) (COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD) disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014AP0212>. Para uma fotografia ainda mais detalhada da evolução do processo *vide* [https://eur-lex.europa.eu/procedure/PT/2012\\_11](https://eur-lex.europa.eu/procedure/PT/2012_11).

A *ratio* desta norma encontra-se certamente alicerçada num dever de colaborar com a entidade supervisora incumbida de controlar e fiscalizar o cumprimento das normas relativas à proteção de dados pessoais.

A supervisão assume aqui uma dupla dimensão: uma vertente preventiva, criando sobre o Responsável pelo Tratamento um apertado ónus, de modo a impeli-lo a implementar todos os mecanismos possíveis para garantir a segurança no tratamento de dados pessoais, e, assim, acautelar violações da Lei; bem como uma vertente repressiva, dirigida à censura e punição dessas mesmas infrações, seja mediante a instrução de processos sancionatórios de natureza contraordenacional com a correspondente e eventual aplicação de coimas, seja mediante a transmissão da competente notícia dos indícios de um crime ao Ministério Público para a abertura do respetivo inquérito de natureza penal em ordenamentos jurídicos como o português<sup>9</sup>.

Talvez ao estabelecer este dever de avisar a Autoridade de Supervisão, o legislador terá tido em consideração o potencial número de violações que podem vir a ocorrer de diversos quadrantes, com consequências muito nefastas para os titulares dos dados pessoais e que podem passar por despercebidas em virtude dos escassos recursos de que estão dotadas as Autoridades de Controlo. Tais situações sairiam agravadas perante o silêncio do Responsável pelo Tratamento, que ao não dar “*senal de alarme*”, permitiria a circulação da informação por diversos canais sem que o lesado tivesse consciência disso. Pense-se, por exemplo, numa situação de *data breach* de uma base de dados hospitalar que contém informações sobre pessoas infetadas com o vírus da imunodeficiência humana. Perante tamanho *data breach*, um eventual silêncio do Responsável pelo Tratamento e uma subsequente apatia para evitar a publicitação e proliferação desses dados, poderia gerar consequências devastadoras para os respetivos pacientes/ titulares dos dados

---

<sup>9</sup> A censura penal não é algo que decorra diretamente do ordenamento jurídico da União Europeia, naturalmente, mas antes de uma prerrogativa dada aos Estados-membros de prever sanções mais apertadas do que aquelas que se encontram estabelecidas no RGPD.

personais. Sobretudo em situações em que os pacientes tenham optado pela reserva da informação enquanto lutam pela vida. Com a agravante de com o passar do tempo se tornar cada vez mais difícil identificar a origem do *data breach* que havia levado a que os dados pessoais «transpirassem» para o domínio público.

De modo que, a obrigação de comunicar uma violação de dados pessoais à Autoridade de Controlo, para além da vertente preventiva e repressiva acima mencionadas, visa também dotar a Autoridade de Controlo dos meios que lhe permitem monitorizar e tentar minimizar os impactos que tais violações podem ter nos titulares dos dados pessoais. Uma vez alertada para a situação, a Autoridade de Controlo terá outros mecanismos ao seu dispor para se articular com as autoridades nacionais e internacionais com vista a minimizar os danos.

O simples facto de existir uma obrigação de comunicar e um dever de identificar as medidas adotadas e a adotar, permite acompanhar os impactos da violação de dados pessoais junto do Responsável pelo Tratamento. Esta simples obrigação determina, bem assim, que o Responsável pelo Tratamento não fique quieto, mas antes faça tudo o que esteja ao seu alcance para controlar e mitigar os efeitos da situação.

Assim, perante a incapacidade de dotar as Autoridades de Controlo dos meios para identificar e acompanhar todas as violações de dados pessoais, exige-se à entidade melhor posicionada para detetar essa violação (*i.e.* o Responsável pelo Tratamento), a colaboração com a entidade de supervisão.

### ***b. A omissão de notificar a violação à Autoridade de Controlo***

Com efeito, como oportunamente demos nota, o artigo 33.º do RGPD exige ao Responsável pelo Tratamento, a obrigação de notificar um *data breach* à Autoridade de Controlo. Esta norma prevê igualmente um conjunto de obrigações acessórias com vista a monitorizar e controlar os impactos que tal *data breach* possa ter para os titulares dos dados pessoais.

Nesta senda, a nossa legislação nacional, nos n.ºs 1 e 2 do artigo 8.º da Lei n.º 58/2019, de 8.8 (“Lei de Execução do RGPD”), estabelece um dever genérico dirigido às entidades públicas e privadas de colaborar com a CNPD.

Importa a este propósito salientar igualmente que a alínea a) do n.º 4 do artigo 83.º do RGPD, prevê coimas até 10 000 000 de euros para pessoas singulares, ou coimas até 2% do volume de negócios a nível mundial para empresas, na eventualidade das obrigações constantes do artigo 33.º do RGPD não ser cumpridas.

Ora, o acima exposto não se confunde com as coimas potencialmente aplicadas em virtude do *data breach* em si mesmo considerado. Para estas, a previsão legal encontra-se no n.º 5 do artigo 83.º do RGPD e nos artigos 37.º e 38.º da Lei de Execução do RGPD.

Sem embargo, para o tema em análise afigura-se da maior relevância alertar para o facto de a Lei de Execução do RGPD prever que a utilização de dados de forma incompatível com a finalidade da recolha (artigo 46.º), o acesso indevido (artigo 47.º), o desvio de dados (artigo 48.º) e a viciação ou destruição de dados (artigo 49.º) – todas estas práticas consideradas como *data breaches* –, contemplam como sanção uma pena privativa da liberdade.

Sem embargo de o artigo 54.º da Lei de Execução do RGPD prever a responsabilidade penal das pessoas coletivas ou equiparadas, o que neste ponto se expressa torna-se especialmente relevante nas situações em que o Responsável pelo Tratamento é ele próprio o prevaricador, isto é, o sujeito responsável pela violação das normas acima citadas.

### ***c. As dúvidas quanto à legalidade do dever de colaboração***

Sucedo, porém, que esta opção legislativa quanto à exigência de colaborar com as Autoridades de Controlo, apesar de deixar bem patente as suas virtudes no sentido de acautelar a posição do titular dos dados pessoais, suscita também inúmeras questões nos ordenamentos jurídicos que consagram princípios básicos inerentes ao Estado Direito.

Entre essas dúvidas, destaca-se a opção legislativa quanto ao dever de colaborar ínsito no RGPD no sentido de saber se não poderá ser considerado contrário ao princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*, já que neste dever de colaboração se poderá estar a forçar o visado a contribuir para a sua própria incriminação.

A obrigação de colaborar imposta pelo artigo 33.º do RGPD poderá porventura subverter os mais elementares princípios do processo penal e contraordenacional, na medida em que se impõe ao visado e putativo arguido – sob ameaça de sanções<sup>10</sup> –, contribuir com o reconhecimento de factos que podem levar à sua condenação em processo contraordenacional, tal como estabelece o n.º 5 do artigo 83.º do RGPD, ou mesmo penal, tal como prescreve a secção III da Lei de Execução do RGPD.

Quando analisamos esta questão no âmbito dos deveres de informar a Autoridade de Controlo da existência de uma violação de dados pessoais no contexto do artigo 33.º do RGPD, a realidade não se reconduz pura e simplesmente à discussão sobre a licitude ou ilicitude associada à utilização de documentos e informações recolhidas e/ou exigidas no contexto de uma investigação no exercício dos poderes de supervisão da Autoridade de Controlo.

O problema ascende a um patamar mais elevado, pois reside, ao invés, no facto de se obrigar o Responsável pelo Tratamento a, num curtíssimo espaço de tempo, sem grande margem para uma refletida ponderação da sua estratégia de defesa, e sem que haja qualquer investigação em curso por parte da Autoridade de Controlo, a espoletar uma autodenúncia quanto à existência de uma violação de dados pessoais do qual ele próprio é o responsável, e, para mais, a facultar informação detalhada sobre essa ocorrência através da partilha de factos que irremediavelmente o comprometem.

Dito de outro modo: exige-se ao prevaricador que se autodenuncie e que assista a Autoridade de Controlo a construir o discurso para a sua punição. Trata-se de uma exigência de adotar uma conduta que

---

<sup>10</sup> Tal como estabelece a alínea a) do n.º 4 do artigo 83.º do RGPD.

poderá naturalmente dar origem a um processo de natureza contraordenacional e/ou criminal, em que o visado/arguido é determinado a apresentar-se como o seu próprio delator e a auxiliar o seu algoz<sup>11</sup>.

Nesta linha, cumpre então perguntar:

- i) seria aceitável afirmar que o *nemo tenetur* atribui ao visado e potencial arguido um conjunto de direitos fundamentais, que lhe permitiriam licitamente não prestar declarações sobre os factos que lhe pudessem ser imputados e a não fornecer as provas que o pudessem incriminar, estabelecendo, deste modo, limites ao legislador europeu e nacional no momento da elaboração e aprovação do RGPD e da sua Lei de Execução? Nesta primeira visão, o legislador teria extravasado as suas competências e optado por uma solução ilegal e atentatória dos princípios fundamentais de um Estado de Direito democrático; ou
- ii) haveria limites que poderiam ser impostos a este direito ao silêncio e à não cooperação com as Autoridades de Controlo por parte do visado e eventual arguido, com um propósito de salvaguardar um valor superior ligado às nefastas consequências que advêm de uma ausência de contenção dos danos decorrentes da violação de dados pessoais? Nesta segunda visão, o legislador teria andado bem face aos interesses em conflito.

A resposta a estas questões tem de passar por uma análise crítica do ordenamento jurídico atual, de modo a aferir se tal dever de colaboração, da forma como foi equacionado, se encontra em sintonia com as normas e princípios fundamentais que norteiam a nossa sociedade integrada num Estado de Direito moderno.

---

<sup>11</sup> Um procedimento deveras inédito e mais próximo do antigo processo inquisitório do que o acusatório que atualmente vigora.

### III. NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE

#### a. A visão nacional sobre o dever de colaborar com as Autoridades e o *Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare*

O *nemo tenetur* contém uma renúncia por parte do Estado a quaisquer formas de coação tidas como abusivas cujo propósito fosse conduzir o visado a colaborar na sua autoincriminação no âmbito de um processo sancionatório<sup>12</sup>. Trata-se de um princípio genericamente consagrado expressa ou implicitamente nas legislações dos Estados de Direito modernos e, bem assim, em instrumentos de direito internacional subscritos por esses Estados<sup>13</sup>.

Como explicam Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos: “o princípio *nemo tenetur* goza de consagração constitucional implícita no Direito português, como vimos, e desdobra-se numa série de corolários, o mais importante dos quais é o direito ao silêncio. (...) Pode afirmar-se que este direito constitui o núcleo do *nemo tenetur*”.<sup>14</sup> E “segundo as concepções doutrinárias mais restritivas do princípio [do *nemo tenetur*], este confunde-se com aquele [núcleo, que equivale ao silêncio].”<sup>15</sup> Sendo certo que os titulares deste direito são precisamente o arguido, suspeito ou visado<sup>16</sup>.

Na maioria dos Estados de Direito modernos e democráticos, o arguido é tido como um autêntico e genuíno sujeito processual, a quem são reconhecidos direitos e deveres essenciais que visam evitar que este seja instrumentalizado para obter prova em seu desfavor.

<sup>12</sup> OLIVEIRA E SILVA, Sandra, *O Arguido como Meio de Prova Contra Si Mesmo – considerações em torno do princípio Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare*, Almedina, 2019, pág. 354. Vide também o acórdão n.º 461/2011 do Tribunal Constitucional de 11.10.2011, processo n.º 366/11, 2.ª secção, parágrafo 10, pág. 12.

<sup>13</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, COSTA ANDRADE, Manuel da e COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da, “Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova”, in *Estudos sobre o Mercado de Valores Mobiliários*, Almedina, 2009, pág. 37.

<sup>14</sup> SILVA DIAS, Augusto e COSTA RAMOS, Vânia, *O Direito à Não Auto-Inculpação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, Coimbra Editora, 2009, págs. 19 e 20.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pág. 21.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pág. 20.

Como refere ainda a nossa jurisprudência: “(...) *considera-se que o direito à não-autoincriminação encontra o seu fundamento jurídico-constitucional imediato nas garantias processuais de defesa do arguido, destinadas a assegurar um processo equitativo, relacionando-se, de forma mediata ou reflexa, com os direitos fundamentais de matiz mais substantiva aludidos supra*”<sup>17</sup>. Esta mesma instância jurisdicional afirmou noutra sede inclusive: “*O princípio nemo tenetur se ipsum accusare, é uma marca irrenunciável do processo penal de estrutura acusatória, visando garantir que o arguido não seja reduzido a mero objeto da atividade estadual de repressão do crime, devendo antes ser-lhe atribuído o papel de verdadeiro sujeito processual, armado com os direitos de defesa e tratado como presumivelmente inocente. Daí que para proteção da autodeterminação do arguido, este deva ter a possibilidade de decidir, no exercício de uma plena liberdade de vontade, qual a posição a tomar perante a matéria que constitui objeto do processo.*”<sup>18</sup>

Para além do *supra* exposto, impõe-se acrescentar também que no ordenamento jurídico português, apesar do princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare* não encontrar consagração expressa, tal parece decorrer claramente dos artigos 60.º e 61.º do CPP, sendo que o direito ao silêncio encontra a sua expressão na alínea d) do n.º 1 do artigo 61.º do CPP<sup>19</sup>.

Em consonância com o que acima se expõe, não poderão ser valorados negativamente o silêncio total ou parcial, tal como estabelece,

---

<sup>17</sup> Acórdão n.º 461/2011 do Tribunal Constitucional de 11.10.2011, *cit.*, parágrafo 10, pág. 12.

<sup>18</sup> Acórdão n.º 340/2013 do Tribunal Constitucional de 17.6.2013, processo n.º 817/12, 2.ª secção, ponto 2, pág. 8.

<sup>19</sup> Nas palavras de SILVA DIAS, Augusto e COSTA RAMOS, Vânia: “*Ao contrário de outras Leis Fundamentais, a Constituição da República Portuguesa (CRP) não tutela expressamente o nemo tenetur. A consagração expressa do princípio surge apenas no Código de Processo Penal (CPP), na vertente do direito ao silêncio (art. 61.º, n.º 1, al. d), 132.º, n.º 2, 141.º, n.º 4, al. a), e 343.º, n.º 1, do CPP). Maugrado a ausência de previsão expressa na CRP, tanto a doutrina como a jurisprudência portuguesa são unânimes quanto à natureza constitucional implícita do nemo tenetur*”, in *O Direito À Não Auto-Inculpação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) No Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, *cit.*, págs. 14 e 15.

aliás, respetivamente, o n.º 1 do artigo 343.º do CPP e o n.º 1 do artigo 345.º do CPP.

De modo que o *nemo tenetur* afigura-se no nosso ordenamento jurídico como princípio constitucional não escrito, mas de pleno vigor e absolutamente inquestionável<sup>20</sup>. Trata-se da tutela jurídico-constitucional de valores fundamentais associados à dignidade da pessoa humana que não podem ser descurados<sup>21</sup>. Em sintonia com esta ideia, a restrição ao presente princípio deve ser feita com as devidas cautelas.

Existe, portanto, uma íntima relação entre o direito à não-autoincriminação e o direito ao silêncio. Como refere a nossa jurisprudência: *“O princípio em causa implica o reconhecimento do direito ao silêncio e do direito do arguido à não autoincriminação enquanto elementos de um processo penal de estrutura acusatória. O primeiro daqueles direitos [i.e. o direito ao silêncio] traduz-se na faculdade reconhecida ao arguido de não se pronunciar sobre os factos que lhe são imputados, diferentemente do que sucedia nos processos regidos pelo princípio do inquisitório em que as declarações obrigatórias do arguido, maxime a confissão forçada, tendem a convertê-lo em instrumento da sua própria condenação. O direito ao silêncio tem vindo a ser reconhecido pela legislação processual penal da maioria dos ordenamentos jurídicos dos Estados de direito modernos, encontrando também consagração expressa em instrumentos jurídicos internacionais (cf. o artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e artigo 14.º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos). Já o segundo [i.e. o direito do arguido à não autoincriminação], entendido como direito a não contribuir para a sua própria incriminação, impede a transformação do arguido em meio de prova por via de uma colaboração involuntária obtida com recurso a meios coercivos ou enganosos. Existe uma ligação íntima entre os dois direitos, desde logo porque, não sendo reconhecido*

---

<sup>20</sup> Acórdão n.º 340/2013 do Tribunal Constitucional de 17.6.2013, *cit.*, ponto 2, pág. 7 e acórdão n.º 298/2019 do Tribunal Constitucional de 15.5.2019, processo n.º 1043/17, 2.ª secção, ponto 11, pág. 11.

<sup>21</sup> Acórdão n.º 340/2013 do Tribunal Constitucional de 17.6.2013, *cit.*, ponto 2, pág. 8.

ao arguido o direito a manter-se em silêncio, este seria obrigado a pronunciar-se e a revelar informações que poderiam contribuir para a sua condenação. Daí a correlação do *nemo tenetur* com a afirmação do arguido enquanto sujeito processual e, em particular, com a sua liberdade de declaração, uma vez que é nesta última que se espelha o estatuto do arguido como autêntico sujeito processual, decidindo, por força da sua liberdade e responsabilidade, sobre se e como quer pronunciar-se sobre os factos que lhe são imputados (cf. o Acórdão n.º 304/2004). De resto, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (“TEDH”) tem reconhecido que o direito à não autoincriminação se relaciona, em primeira linha, com o respeito pela vontade do arguido em “permanecer em silêncio”, em não prestar declarações (cf., por exemplo, os Acórdãos de 17 de dezembro de 1996, *Sauders c. Reino Unido*, *Queixa n.º 19187/91*, § 69; e de 21 de dezembro de 2000, *Heaney and McGuinness c. Irlanda*, *Queixa n.º 34720/97*, § 40).”<sup>22</sup>

Por conseguinte, atendendo ao *supra* aludido, parece acertado afirmar que, *grosso modo*, o direito à não-autoincriminação permite ao visado permanecer em silêncio para evitar agravar a sua posição num procedimento de natureza sancionatória.

Mas como se infere de tudo o que se vem dizendo até ao momento, não só do silêncio é composto o *nemo tenetur*. Trata-se de um princípio de elevada abrangência que comporta qualquer atuação do próprio visado que permita às autoridades provar uma acusação que contra si impenda, incluindo, entre outras prerrogativas, o direito a não facultar meios de prova que em última instância o prejudiquem<sup>23</sup>.

No entanto, parece também indiscutível que o *nemo tenetur* não pode equivaler a um direito absoluto de não cooperar com as autoridades, comportando, em bom rigor, algumas limitações<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Acórdão n.º 298/2019 do Tribunal Constitucional de 15.5.2019, *cit.*, ponto 10, pág. 10.

<sup>23</sup> Acórdão n.º 461/2011 do Tribunal Constitucional de 11.10.2011, *cit.*, parágrafo 10, pág. 12.

<sup>24</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, COSTA ANDRADE, Manuel da e COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da, “Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova”, *cit.*, pág. 38.

Ora, no âmbito penal pode haver limitações ao *nemo tenetur* relacionadas com a necessidade de recolha de impressões digitais, amostras de sopro, sangue e urina, bem como tecidos corporais para realizar testes de ADN que carecem da colaboração do arguido<sup>25</sup>.

Já no âmbito contraordenacional são frequentes as limitações mais amplas ao *nemo tenetur* determinadas pelo dever de colaboração com as autoridades de supervisão, como a obrigação de prestar informações escritas ou orais, ou a cedência de documentos pré-existentes, de modo a permitir a supervisão e a fiscalização na prossecução das missões que lhes foram confiadas<sup>26</sup>.

Como refere Figueiredo Dias e Costa Andrade: “*as restrições ao nemo tenetur situam-se (...) por excelência no âmbito do direito penal secundário e no âmbito do direito sancionatório de carácter administrativo, perante situações em que os arguidos são, na maioria das vezes pessoas coletivas. Daí que, fora deste quadro material (domínio económico) e subjetivo (pessoas coletivas), se deva seguir uma visão mais clássica do princípio nemo tenetur (...).*”<sup>27</sup>

Em qualquer dos casos, penal ou contraordenacional, como refere a nossa jurisprudência: “*para que a restrição seja legítima, a doutrina*

---

<sup>25</sup> Acórdão do TEDH *Saunders c. Reino Unido*, pedido n.º 19187/91, de 17.12.1996, pág. 19, parágrafos 68-69. No mesmo sentido, veja-se também o acórdão do TEDH *Corbet e Outros c. França*, pedidos n.º 7494/11, 7493/11 e 7989/11, de 19.3.2015, pág. 10, parágrafo 32, e, bem assim, acórdão do TEDH *Ibrahim e Outros c. Reino Unido*, processos n.º 50541/08, 50571/08, 50573/08 e 40351/09, de 13.9.2016, pág. 67, parágrafo 266.

<sup>26</sup> Aliás, num regime jurídico paralelo ao do RGPD – como é o caso do Regime Jurídico da Concorrência, mas com natureza exclusivamente contraordenacional –, a extensão do dever de colaboração já foi inclusivamente testado, tendo o Tribunal Constitucional concluído que: “*tal direito não [abarca], assim, a possibilidade de o arguido, em processo contra-ordenacional por práticas anticoncorrenciais, recusar a prestação de informações e a entrega de documentos, que estejam em seu poder e lhe sejam solicitados pela Autoridade da Concorrência, pressuposta a dimensão objectiva desses elementos, desprovidos de conteúdo conclusivo ou juízo valorativo, no sentido auto-incriminatório.*” Parece, por conseguinte, aceitável exigir uma colaboração em que o visado tenha de entregar documentos já previamente elaborados e guardados em arquivo físico ou digital e, bem assim, a prestar informações objetivas que lhe venham a ser solicitadas, no pressuposto, porém, de que esses documentos ou informações não tenham conteúdo conclusivo ou juízos valorativos que se possam revelar autoincriminatórios.

<sup>27</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, COSTA ANDRADE, Manuel da e COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da, “Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova”, *cit.*, págs. 46-47.

*destaca a existência de alguns requisitos, entre eles: (i) a existência de expressa previsão legal do dever de colaboração; (ii) que a restrição vise salvaguardar outro direito ou interesse de igual ou superior peso constitucional; (iii) que seja proporcional – ou seja, necessária, adequada e proporcional em sentido estrito, nos termos do n.º 2 do art. 18.º da CRP; (iv) e que não aniquile o direito em causa atingindo o seu núcleo/conteúdo essencial, conforme preconiza o n.º 3, do art. 18.º da CRP”<sup>28</sup>.*

Ora, é quanto aos pontos associados ao princípio da proporcionalidade acima realçados que, em nosso entender, surgem as maiores dúvidas quando escarpelado o teor do artigo 33.º do RGPD.

É que no caso concreto do artigo 33.º do RGPD, poder-se-ia eventualmente ter concebido soluções menos agressivas para gerir uma violação de dados pessoais que passariam, por exemplo, pela mera necessidade de manter um registo das situações de *data breach*, da sua extensão e das medidas implementadas e a implementar para corrigir a falha, sem que houvesse a necessidade de comunicar pró-ativamente à Autoridade de Controlo a situação de violação de dados pessoais. Se, ainda assim, se equacionasse a absoluta necessidade de reportar o *data breach* à Autoridade de Controlo para, por exemplo, prevenir a utilização ou divulgação não autorizada dos dados pessoais por terceiros, dever-se-ia, ao menos, evitar uma censura contraordenacional e sobretudo penal, dirigida ao Responsável pelo Tratamento. A comunicação obrigatória poderia assumir assim uma natureza próxima da imunidade conferida pelo regime da delação premiada<sup>29</sup>.

De modo que a censura contraordenacional e/ou penal poderia ficar então reservada para as situações em que houvesse *data breach* e este chegasse ao conhecimento da Autoridade de Controlo em virtude de

---

<sup>28</sup> Acórdão n.º 279/2022 do Tribunal Constitucional de 15.5.2019, processo n.º 1093/2021, 1.ª secção, ponto 10, pág. 18.

<sup>29</sup> O regime da delação premiada está atualmente perfeitamente consolidado no nosso ordenamento jurídico por via, por exemplo, dos artigos 75.º e ss do Regime Jurídico da Concorrência, tal como previsto pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, na redação dada pela Lei n.º 17/2022, de 17 de agosto.

fiscalizações ocasionais ou periódicas, como ocorre, aliás, com a Autoridade Tributária no exercício dos seus poderes de supervisão ou de inspeção no âmbito sancionatório, ou chegasse ao conhecimento da Autoridade de Controlo por via do regime geral da proteção de denunciantes de infrações<sup>30</sup> e, bem assim, uma censura especialmente direcionada àqueles que viessem a tratar os dados pessoais associados ao *data breach* sem que para o efeito existisse uma autorização do respetivo titular de dados.

Assim, no âmbito da presente reflexão sobre a compatibilidade do artigo 33.º do RGPD com o *nemo tenetur*, não é tanto a tutela jurídico-constitucional do *nemo tenetur* que está em causa, mas antes a sua exata extensão, conteúdo e alcance, e acima de tudo, se e quando é que tem cabimento invocar o *nemo tenetur* no âmbito de um eventual processo contraordenacional<sup>31</sup> que é iniciado no domínio do RGPD.

Por outras palavras, há que aferir, em primeira instância, o exato conteúdo do direito ao silêncio, do momento da sua aplicação, da subsistência parcial do dever de colaborar com as Autoridades de Controlo e da sua sujeição às diligências de prova<sup>32</sup>.

## **b. O âmbito e a extensão do *nemo tenetur* no contexto do direito penal e contraordenacional**

Parece ser indiscutível haver lugar para a aplicação do princípio do *nemo tenetur* no domínio do direito sancionatório, seja ele de natureza penal ou contraordenacional. O que parece variar é a intensidade com que se impõe e se afirmam as garantias asseguradas pelo *nemo tenetur* na dimensão penal por contraposição à dimensão contraordenacional.

---

<sup>30</sup> Tal como atualmente consagrado na Lei n.º 93/2021, de 20 de dezembro.

<sup>31</sup> Já que no âmbito do processo penal poucas dúvidas subsistem quanto ao cabimento alargado dos direitos associados ao *nemo tenetur*.

<sup>32</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, COSTA ANDRADE, Manuel da e COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da, “Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova”, *cit.*, pág. 99.

Neste sentido, refere a nossa jurisprudência: “*O direito à não auto-incriminação, nomeadamente na vertente de direito ao silêncio, tendo o seu campo de eleição no âmbito do direito criminal, estende-se a qualquer processo sancionatório de direito público. Porém, o seu conteúdo é diferenciado, consoante o domínio do direito punitivo em que se situe a sua aplicação. Ora, no âmbito contra-ordenacional – dada a diferente natureza do ilícito de mera ordenação e a sua menor ressonância ética, comparativamente com o ilícito criminal – o peso do regime garantístico é menor, conforme já defendido por este Tribunal, nomeadamente no Acórdão n.º 659/2006 (disponível no sítio da internet já referido)*”<sup>33</sup>.

Nesta mesma linha, aliás, refere Figueiredo Dias e Costa Andrade que: “*(...) de acordo não só com a Constituição, mas também com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem o direito ao silêncio, enquanto garantia de defesa, deve estender-se a qualquer processo onde possam ser aplicadas sanções de carácter punitivo, ainda que não criminal.*”<sup>34</sup>

Pode, portanto, concluir-se que o *nemo tenetur* tem inequívoca margem de aplicação nas situações censuradas pelo direito penal e contraordenacional, apesar de a sua amplitude e intensidade ser menor no direito sancionatório contraordenacional quando comparada com a sua aplicação no domínio do direito penal. De resto, como acima demos devida nota, o Estado incumbiu determinadas autoridades – entre as quais se destaca a *Comissão Nacional de Proteção de Dados* (“CNPd”) –, da missão de controlar as normas relativas à proteção de dados pessoais.

Para o efeito, o legislador dotou a CNPD de uma missão de supervisão com poderes sancionatórios, com vista a detetar e censurar desvios ao padrão de comportamento coletivo tido como adequado e necessário para a sã convivência social no domínio da proteção de dados pessoais.

---

<sup>33</sup> Acórdão n.º 461/2011 do Tribunal Constitucional de 11.10.2011, *cit.*, parágrafo 11, pág. 12.

<sup>34</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, COSTA ANDRADE, Manuel da e COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da, “Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova”, *cit.*, pág. 46.

Tendo o *supra* exposto em consideração, parece de elementar bom senso que não se dotasse o visado, por exemplo, no âmbito de um procedimento contraordenacional, de um direito absoluto de não colaborar com as autoridades de supervisão, pois tal poderia equivaler à inutilidade do processo de supervisão. Isso retiraria ao supervisor os meios ao seu alcance para investigar e obter a prova que o habilitaria à tutela sancionatória. Um direito absoluto à não colaboração inibiria qualquer acesso à prova, já que tal acesso passaria a estar dependente da boa vontade do suposto infrator.

De modo que, aceitar a aplicação do princípio do *nemo tenetur* de forma absoluta, equivalente a um integral direito ao silêncio e à não cooperação total, seria dotar os visados de poderes para, com relativa facilidade, frustrar os objetivos que o legislador tinha em mente quando instituiu estas autoridades com poderes de controlo e supervisão.

Assim, como acima já aludimos, as limitações ao *nemo tenetur* têm de respeitar, entre outras coisas, o princípio da proporcionalidade. Será pela aplicação deste princípio fundamental que se encontrará, certamente, o equilíbrio entre os interesses em conflito.

### ***c. Conteúdo e amplitude do direito ao silêncio***

Para o efeito de encontrar esse equilíbrio dos interesses em confronto, afigura-se essencial atender ao conteúdo e amplitude do *nemo tenetur* no contexto europeu. E para esse propósito, há que prestar a devida atenção ao facto de o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (“TEDH”) ter tornado claro que, embora o artigo 6.º da CEDH não mencionasse expressamente o direito ao silêncio, este constitui um direito internacionalmente reconhecido e que habita no âmbito do processo equitativo. Ao proibir a coação sobre o indivíduo com o intuito de o forçar a colaborar na recolha de prova, evita-se um uso excessivo da força estatal, conduzindo a erros judiciais e por esta via, assegurando-se os propósitos ínsitos no artigo 6.º da CEDH<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> Acórdão do TJUE *DB c. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*, processo C-481/19, de 2.2.2021, pág. 11, parágrafo 38.

O direito ao silêncio visa evitar, em primeira instância, que a acusação recorra a pressões abusivas para arrancar a prova contra a vontade do acusado, ou inclusive que se puna ou ameace punir o visado ou acusado por este se recusar a prestar declarações de teor autoincriminatório<sup>36</sup>.

De salientar também que o direito ao silêncio abrange não só os factos confessados sob pressão indevida, mas também informações acessórias sobre questões de facto que possam ser posteriormente usadas pela acusação para consolidar a sua posição ou desacreditar o visado<sup>37</sup>. O direito ao silêncio confere, portanto, um respaldo confortável e bastante extenso à defesa a propósito da alegada conduta ilícita. Se quiséssemos transpor isto para uma escala comparativa, seríamos levados a concluir que a partilha de informação quanto aos factos incriminatórios estava mais a coberto do direito ao silêncio do que pelo dever de colaboração com as Autoridades.

Sobre o *supra* exposto importa, bem assim, recordar a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, quando afirma: “*Por outro lado, o órgão jurisdicional de reenvio recorda que, segundo a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, o direito ao silêncio, que decorre do artigo 6.o da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma, em 4 de novembro de 1950 (a seguir designada «CEDH»), é violado quando as pessoas são punidas pelo direito nacional por não terem respondido às perguntas das autoridades administrativas no âmbito de processos de estabelecimento de contraordenações puníveis com sanções penais (TEDH, 3 de maio de 2001, J. B. c. Suíça, CE:ECHR:2001:0503JUD003182796, §§ 63 a 71; 4 de outubro de 2005, Shannon c. Reino Unido, CE:ECHR:2005:1004JUD000656303, §§ 38 a 41, e 5 de abril de 2012, Chambaz c. Suíça, CE:ECHR:2012:0405JUD001166304, §§ 50 a 58).*”<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> Acórdão do TJUE DB, processo C-481/19, *cit.*, pág. 11, parágrafo 39.

<sup>37</sup> Acórdão do TJUE DB, processo C-481/19, *cit.*, pág. 11, parágrafo 40.

<sup>38</sup> Acórdão do TJUE DB, processo C-481/19, *cit.*, pág. 8, parágrafo 22.

Ora, nesta passagem salta à vista a expressão: “*processos (...) de contraordenação puníveis com sanções penais*”. E este tema merece um olhar atento em momento subsequente.

Sem embargo e antes mesmo de aferir o que se entende por “processo contraordenacional com sanções penais”, importa ter presente que “*Depoimentos obtidos sob coação, que no seu valor facial aparentemente não ter natureza incriminatória, como declarações de exclusão da ilicitude ou mera informação relativas a matéria de facto – podem ser posteriormente utilizadas em processos de natureza criminal para suportar uma acusação, como por exemplo, para contrariar ou suscitar dúvidas sobre outras declarações do Arguido ou prova aportada por este durante um julgamento ou de outro modo abalar a sua credibilidade*”<sup>39</sup>.

De modo que, em síntese, de acordo com o TEDH, secundado pelo TJUE, o direito à não autoincriminação encontra-se associado ao direito ao silêncio e ao direito de não contribuir para a sua acusação. Trata-se de um direito abrangente, em cuja margem de compressão é limitada, sob pena de violar o artigo 6.º da CEDH e de beliscar o conceito de processo equitativo.

Parte-se, deste modo, de um princípio geral de que a acusação deve provar a sua posição sem coagir o visado a cooperar para a sua própria incriminação.

Por outro lado, para Joana Costa, o *nemo tenetur*, à luz da jurisprudência do TEDH, é um princípio cujos contornos precisos devem ser aferidos caso a caso, e não podem nem devem ser definidos em abstrato. Como refere esta autora: “*a compreensão do princípio nemo tenetur, em especial a determinação do seu conteúdo, alcance e extensão por subordinar-se aí à ideia segundo a qual a figura do processo equitativo – e conseqüentemente, os vários elementos que expressa ou implicitamente a integram – não pode definir-se em abstrato, antes*

---

<sup>39</sup> Acórdão do TEDH *Saunders c. Reino Unido*, cit., pág. 20, parágrafo 71. Veja-se também o acórdão do TEDH *Ibrahim e Outros c. Reino Unido*, cit., pág. 68, parágrafo 268.

*devendo ser verificada segundo as circunstâncias particulares do caso concreto, tomando em consideração o processo no seu conjunto*<sup>40</sup>.

#### **d. Conceito de “infração criminal” segundo a jurisprudência dos Tribunais Europeus, para efeitos de aplicação do *nemo tenetur***

Ora, nesta sede, com vista a escarpelizar o conceito acima mencionado de “processos de contraordenação puníveis com sanções penais”, importa, antes de mais, atender ao conceito de “infração criminal”, tal qual tem sido tratada pela jurisprudência do Tribunais Europeus (*i.e.* TEDH e TJUE). E a este respeito, há que referir que o conceito de “ofensa criminal” ou “infração criminal”, tal como estabelecido pelo TEDH, para efeitos de aplicação do *nemo tenetur*, tem as suas especificidades.

Como o exposto acima já parecia indiciar, o conceito de “ofensa criminal” ou “infração criminal” não é necessariamente coincidente ao que existe nos ordenamentos jurídicos nacionais dos diferentes Estados-membros da União Europeia.

Com efeito, na linha do que estabelece a jurisprudência europeia: “[o] Tribunal reitera a sua jurisprudência sedimentada quanto à determinação da existência de uma “infração criminal”, onde se afigura necessário aferir três fatores: a qualificação jurídica da medida em questão de acordo com a ordenamento jurídico nacional; a própria natureza da medida; e a natureza e o grau de gravidade da “sanção” aplicada (veja-se *Engel e Outros c. Países Baixos*, 8 junho 1976, § 82, *Series A no. 22*). Para além disso, estes critérios são alternativos e não cumulativos: para efeitos de aplicação do Artigo 6 a respeito do conceito “infração criminal”, basta que a ofensa em questão seja, pela sua própria natureza, “criminal” de um ponto de vista da Convenção, ou tenha feito a pessoa em causa responsável por uma sanção a qual, em

---

<sup>40</sup> COSTA, Joana, “O princípio *nemo tenetur* na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in *Revista do Ministério Público* 128, outubro – dezembro 2011, página 3.

*virtude da sua natureza e o grau de gravidade, pertença em geral a uma esfera “criminal”. Isto, contudo, não exclui uma abordagem cumulativa quando uma análise separada de cada critério não permite alcançar uma conclusão clara quanto à existência de uma “infração criminal” (veja-se Jussila c. Finlândia [GC], no. 73053/01, §§ 30 e 31, TEDH 2006-XIII, e Zaicevs c. Latvia, no. 65022/01, § 31, TEDH 2007-IX (extratos))*<sup>41</sup>.

Parece decorrer desta jurisprudência que, segundo a CEDH o conceito de “ofensa criminal” ou “infração criminal” pode não estar circunscrito às situações em que existe uma sanção que estatui a privação da liberdade. Em bom rigor, para o TEDH e para o TJUE, “ofensa criminal” ou “infração criminal” parece corresponder a um conceito vago e indeterminado que deve ser concretizado com recurso a um teste com três vetores alternativos (e não necessariamente cumulativos).

E segundo a jurisprudência do TEDH, no que se refere ao primeiro critério, um procedimento de cariz administrativo no âmbito nacional também pode prever uma ofensa ou infração criminal para efeitos da CEDH<sup>42</sup>.

Por seu turno, segundo a mesma jurisprudência: “[n]o que se refere ao segundo critério, relativo à própria natureza da infração, este implica verificar se a sanção em causa prossegue, nomeadamente, uma finalidade repressiva (...). Daqui decorre que uma sanção com finalidade repressiva tem natureza penal na aceção do artigo 50.o da Carta e que a simples circunstância de prosseguir também uma finalidade preventiva não é suscetível de lhe retirar a sua qualificação de sanção penal. (...) Em contrapartida, uma medida que se limita a reparar o prejuízo causado pela infração em causa não tem natureza penal.”<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> Acórdão do TEDH *Grande Stevens c. Itália*, pedido n.º 18640/10, de 4.3.2014, pág. 14, parágrafo 94 e acórdão do TJUE *Lukasz Marcin Bonda*, processo C-489/10, de 5.7.2012, pág. 9, parágrafos 37-39, e, bem assim, o acórdão do TJUE *Garlsson Real Estate SA e Outros c. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*, processo C-537/16, de 20.3.2018, pág. 7, parágrafo 28.

<sup>42</sup> Acórdão do TJUE *Consob*, processo C-537/16, *cit.*, pág. 7, parágrafo 31.

<sup>43</sup> Acórdão do TJUE *Consob*, processo C-537/16, *cit.*, pág. 7, parágrafo 33.

E por fim, na linha da referida jurisprudência: “[n]o que diz respeito ao terceiro critério, há que salientar que uma sanção administrativa pecuniária que pode atingir um montante até dez vezes o produto ou a mais valia obtida com a manipulação de mercado apresenta um nível de severidade elevado que é suscetível de reforçar a análise de que esta sanção tem natureza penal na aceção do artigo 50.º da Carta, o que cabe, contudo, ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.<sup>44</sup>”

Com efeito, daqui se depreende que existem três critérios para aferir se estamos efetivamente perante um procedimento que pode ser na sua face de cariz administrativo, mas que comporta, na verdade, uma sanção penal, para efeitos da aplicação do *nemo tenetur* e do correspondente direito ao silêncio.

Esses três critérios, *grosso modo*, são: i) a qualificação atribuída à natureza do procedimento no ordenamento jurídico nacional; ii) se a sanção aplicável tem natureza repressiva (ou se, ao invés, tem um mero carácter preventivo); e iii) o grau de severidade da sanção, sendo que sanções cujo intuito consiste simplesmente em compensar o dano gerado pela ilicitude não preenchem o critério da severidade, ao contrário das sanções que também comportam um certo teor punitivo em virtude da conduta.

Face ao *supra* exposto, apesar de os contornos específicos do *nemo tenetur* carecerem de uma aferição casuística, tudo aponta para que a aplicação concreta do artigo 33.º do RGPD, seja por via contraordenacional, seja por via do procedimento penal, abrirá naturalmente a porta para o preenchimento do conceito de “infração criminal”, nos termos e para os efeitos da jurisprudência do TEDH e do TJUE. É que o ponto i) vê-se claramente preenchido pelos n.ºs 1 e 2 do artigo 8.º da Lei de Execução do RGPD, em articulação com os artigos 46.º a 49.º da referida Lei de Execução.

Mas para além disso, os pontos ii) e iii) *supra* também se encontram preenchidos pela alínea a) do n.º 4 do artigo 83.º do RGPD em articulação com o artigo 33.º do RGPD.

---

<sup>44</sup> Acórdão do TJUE *Consob*, processo C-537/16, *cit.*, pág. 7, parágrafo 35.

### ***e. O direito ao silêncio e a natureza penal das sanções de acordo com o TEDH***

Por esta altura, parece indiscutível que o direito ao silêncio se aplica com ampla abrangência e vigor aos processos de natureza criminal. A dúvida reside somente em saber se os processos de natureza administrativa de âmbito contraordenacional, em que estejam preenchidos só um, dois ou até os três fatores do conceito de “ofensa criminal” ou “infração criminal”, tal como definido pelo TEDH, também podem estar abrangidos pela aplicação plena do *nemo tenetur*, em modos idênticos aos admitidos no processo penal. E quanto a esta matéria, é importante atender à jurisprudência do TJUE quando afirma: “[q]uanto à questão de saber em que condições deve o referido direito ser igualmente respeitado no âmbito de processos de contraordenação, importa sublinhar que este mesmo direito é aplicável no contexto de procedimentos suscetíveis de conduzir à aplicação de sanções administrativas de natureza penal.” E a respeito deste ponto, o TJUE volta a reiterar o teste acima referido no acórdão *Consob*, ao afirmar: “são pertinentes três critérios para apreciar a referida natureza. O primeiro é a qualificação jurídica da infração no direito interno, o segundo diz respeito à própria natureza da infração e o terceiro é relativo ao grau de severidade da sanção suscetível de ser aplicada ao interessado (Acórdão de 20 de março de 2018, *Garlsson Real Estate e o.*, C537/16, EU:C:2018:193, n.o 28).<sup>45</sup>”

E como também estabelece o TJUE no acórdão *DB*: “[e]mbora caiba ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar, à luz destes critérios, se as sanções administrativas em causa no processo principal têm natureza penal, esse órgão jurisdicional recorda, todavia, com razão, que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, algumas das sanções administrativas aplicadas pela *Consob* parecem prosseguir uma finalidade repressiva e apresentar um grau de severidade elevado que é

---

<sup>45</sup> Acórdão do TJUE *DB*, processo C-481/19, *cit.*, pág. 11, parágrafo 42.

*suscetível de reforçar a análise de que esta sanção tem natureza penal (...). O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem chegou, em substância, à mesma conclusão (TEDH, 4 de março de 2014, Grande Stevens e outros c. Itália, CE:ECHR:2014:0304JUD001864010, § 101).<sup>46</sup>”*

Ora, o que acima já antecipávamos parece ter reflexo na jurisprudência do TJUE. Processos contraordenacionais que contemplam sanções financeiras como coimas, mas cuja finalidade é repressiva e em cujas sanções tenham um grau de severidade elevado, são suscetíveis de serem qualificados como tendo “natureza penal” para efeitos da CEDH, ao ponto de os visados se poderem socorrer do *nemo tenetur* em toda a sua amplitude e vigor, como se estivessem em causa processos de natureza penal.

Ora, o paralelo com o RGPD afigura-se evidente. Também neste quadro jurídico as coimas parecem prosseguir finalidades repressivas e um grau de severidade tal que reforça a natureza penal das sanções ali previstas à luz do TEDH<sup>47</sup>.

Refere ainda a jurisprudência do TJUE a este respeito: “(...) mesmo admitindo que, no processo em apreço, as sanções aplicadas a DB pela autoridade de supervisão em causa no processo principal não tinham natureza penal, a necessidade de respeitar o direito ao silêncio no âmbito de um processo de investigação levado a cabo por esta poderia igualmente resultar da circunstância, salientada pelo órgão jurisdicional de reenvio, de, em conformidade com a legislação nacional, os elementos de prova obtidos no âmbito desse processo poderem ser utilizados, no âmbito de um processo penal instaurado contra essa mesma pessoa, para demonstrar a prática de um ilícito penal.<sup>48</sup>”

Uma vez mais, o *supra* exposto parece encaixar como uma luva no regime jurídico de proteção de dados português, já que a prova recolhida pelo *data breach* pode dar origem a sanções de natureza

---

<sup>46</sup> Acórdão do TJUE *DB*, processo C-481/19, *cit.*, págs. 11-12, parágrafo 43.

<sup>47</sup> O mesmo parece suceder com o regime jurídico da concorrência, com coimas que podem ascender aos 10% dos volumes de negócio mundial.

<sup>48</sup> Acórdão do TJUE *DB*, processo C-481/19, *cit.*, pág. 12, parágrafo 44.

contraordenacional e penal. De modo que, nesta sede, o *nemo tenetur* e o correspondente direito ao silêncio adquire pleno vigor.

Precisamente no contexto do acórdão acima citado, o TJUE foi levado a concluir que não podia ser imposta à empresa uma obrigação de dar respostas através das quais fosse levada a admitir a existência de uma infração<sup>49</sup>.

Idêntico paralelo se deve estabelecer quando se olha para o RGPD e a sua respetiva Lei de Execução.

De modo que, perante todo o exposto, o dever de notificar um *data breach* às Autoridades de Controlo afigura-se incompatível com o *nemo tenetur*, precisamente devido ao carácter de natureza penal das sanções previstas tanto no RGPD, como na sua Lei de Execução. As obrigações constantes do artigo 33.º do RGPD aparentam ser ilegais e violadoras dos mais elementares princípios associados ao direito ao silêncio.

#### IV. CONCLUSÃO

Aqui chegados, importa, portanto, salientar, que existem direitos fundamentais típicos dos indivíduos singulares<sup>50</sup> e outros cuja extensão seria perfeitamente aceitável às pessoas coletivas. O *nemo tenetur*, enquanto direito fundamental, estendem-se às pessoas coletivas, nos termos e para os efeitos do n.º 2 do artigo 12.º da CRP.

Parte da doutrina defende, contudo, que o exercício dos direitos fundamentais pode sofrer alterações quando invocado por pessoas coletivas<sup>51</sup>.

No que toca à imposição legal de notificar uma violação de dados pessoais à Autoridade de Controlo, tal como prescreve o artigo 33.º do RGPD, em nossa opinião, a obrigação representa um retrocesso nos direitos e garantias dos visados, fazendo renascer a marca outrora expurgada do nosso ordenamento jurídico e que estava associada ao processo

---

<sup>49</sup> Acórdão do TJUE *DB*, processo C-481/19, *cit.*, pág. 12, parágrafo 47.

<sup>50</sup> Como seria o caso da liberdade sexual.

<sup>51</sup> MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra Editora, 2005, pág. 113.

de natureza inquisitória. Nessa altura, existiam confissões forçadas, convertendo os visados em sujeitos da sua própria condenação. De modo que a presente obrigação configura um desrespeito pela essência do *nemo tenetur*, precisamente por ser excessiva a forma como se exige a colaboração com a entidade supervisora.

Face a tudo o que se expos, parece inquestionável que o dever que impende sobre o Responsável pelo Tratamento de alertar a Autoridade de Controlo para uma violação de dados pessoais padece irremediavelmente de uma violação do *nemo tenetur* no contexto da infração penal.

Nesta matéria, o Responsável pelo Tratamento goza de um direito ao silêncio, que lhe permite eximir-se de auxiliar a supervisão ao alertar para o *data breach* e fornecer dados que favorecem a sua autoincriminação. Tratar-se-ia de aplicar raciocínio analógico ao aplicado à testemunha quando confrontada com questões que geram a sua responsabilidade penal. Neste contexto, Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos elucidam-nos do seguinte modo: “segundo o CPP, a testemunha deve prestar juramento e deve responder com verdade às perguntas que lhe forem feitas, salvo se das respostas resultar a possibilidade da sua responsabilização penal (art. 132.º, n.º 2). Sempre que isto aconteça a testemunha pode remeter-se ao silêncio e, querendo, requerer a sua constituição como arguido. Deste modo se evita que um suspeito seja chamado a depor como testemunha e, por estar vinculado ao dever de verdade, seja obrigado a declarar contra si próprio e a auto-incriminar-se. Resulta daqui que no sistema processual penal português é titular do direito ao silêncio primeiramente o arguido e, além dele, todas as pessoas que, não o sendo, são, contudo, orientadas ou pressionadas por agentes da administração da justiça penal a declararem contra si mesmas.”<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> SILVA DIAS, Augusto e COSTA RAMOS, Vânia, *O Direito À Não Auto-Inculpação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) No Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, cit., pág. 20. Esta parece ser também a conclusão que se permite tirar quando analisadas as posições adotadas por outra doutrina autorizada. *Vide*, por exemplo, COSTA ANDRADE, Manuel da, *Sobre as Proibições de Prova*, cit., pág. 121 e OLIVEIRA E SILVA, Sandra, *O Arguido como Meio de Prova Contra Si Mesmo – considerações em torno do princípio Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare*, cit., pág. 389.

Já no que diz respeito ao processo contraordenacional, ou bem que se conclui pela não aplicabilidade *tout cour* do *nemo tenetur* ao processo contraordenacional – algo que evidentemente acreditamos ser contrário à jurisprudência do TEDH e do TJUE –, ou temos de aceitar que a colaboração com a Autoridade de Controlo tem os seus limites.

Assumir uma necessidade de colaboração plena, significaria circunscrever o *nemo tenetur* a uma fase subsequente da instrução do processo sancionatório<sup>53</sup> e isso equivaleria a desconsiderar que o resultado dessa colaboração (forçada!) constaria para sempre dos autos. Mais tarde, tal prova constante dos autos, serviria em fase instrutória e eventualmente em fase de julgamento para prejudicar o arguido. De modo que guardar a aplicabilidade do *nemo tenetur* para momento posterior, de pouco ou nada valerá.

Assim, a nosso ver, por via do artigo 33.º do RGPD, a Autoridade Supervisora delega *ope legis* no Responsável pelo Tratamento parte do seu trabalho de investigação, coagindo o visado a dar toda a prova que dispõe da violação de dados pessoais e das consequências previsíveis que tal violação acarreta. E isto parece-nos inaceitável.

Outra seria a solução se o artigo 33.º do RGPD estabelecesse que o Responsável pelo Tratamento não sendo obrigado a dar nota da existência de uma violação de dados pessoais, o pudesse fazer, com a advertência de que esses elementos podiam ser usados contra si em processo penal ou contraordenacional, mas que tal cooperação poderia ser valorada positivamente no momento de fixar uma pena ou uma coima,

---

<sup>53</sup> Esta parece ser a posição adotada por COSTA PINTO, Frederico da, em “*Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*”, *cit.*, pág. 102, quando afirmou, a propósito dos dever de colaboração expresso no Código dos Valores Mobiliários que: “*o problema analisado tem uma resposta linear: ou bem que estamos perante actos de supervisão e então não há que invocar o estatuto do arguido e o direito ao silêncio porque não há processo de contra-ordenação; ou, diversamente, estamos perante um processo de contra-ordenação e os actos praticados pela autoridade de supervisão traduzem-se em diligências de obtenção de provas e, em relação a estas, o arguido não tem o direito ao silêncio, mas sim o dever de se sujeitar às diligências em causa, como resulta dos artigos 60.º e 61.º, n.º 3 al. d), do CPP. A conclusão, em qualquer um dos casos, é a mesma: ou não há direito ao silêncio porque não há arguido ou não há direito ao silêncio porque o arguido tem o dever legal de se sujeitar à[s] diligências de obtenção de prova.*”

servindo esta colaboração como circunstância atenuante a seu favor. Também nesta sede, como acima demos nota, poderia funcionar o regime da delação premiada. Neste contexto, a cooperação assumiria mais a veste de um convite do que uma imposição a cooperar.

De modo que, a nosso ver, uma coisa seria exigir do visado, no âmbito da supervisão, um dever de colaboração no sentido de esclarecer factos e facultar documentos e/ou o acesso a locais onde esses documentos ou prova podem estar armazenados e que seriam do conhecimento da Autoridade de Controlo, outra coisa bem diversa é impor ao visado o anúncio da eventual existência de um ilícito passando este a ser alvo da investigação.

É preciso ter presente que uma vez avisada a Autoridade de Controlo da existência de uma violação de dados pessoais – porque o Responsável pelo Tratamento é coagido a fazê-lo, nos termos e para os efeitos do artigo 33.º do RGPD –, compete ao Responsável pelo Tratamento facultar um conjunto alargado de informações, no âmbito dos seus deveres de colaboração com a supervisão, elementos que poderão e muitas da vezes serão usados contra si como prova para instruir um procedimento sancionatório de natureza contraordenacional e/ou penal<sup>54</sup>. Com a solução encontrada no artigo 33.º do RGPD, o legislador instrumentalizou o Responsável pelo Tratamento para denunciar e instruir um processo sancionatório contra si mesmo. Ora, isso, em nossa opinião, atenta contra o âmago do *nemo tenetur*<sup>55</sup>.

Se esta ideia é grave num procedimento de natureza contraordenacional<sup>56</sup>, afigura-se totalmente inaceitável num

---

<sup>54</sup> Não se afigura profícuo nesta sede explorar a questão controversa de saber se pode haver uma censura penal e simultaneamente contraordenacional pelo mesmo facto, ou, se ao invés, a matéria criminal consome a possibilidade de o arguido vir a ser sujeito de um processo contraordenacional. Limitamo-nos, neste contexto, a dar nota desta relevante e interessante questão.

<sup>55</sup> Esta linha parece inclusive ser a posição da mais autorizada doutrina nacional, que conta com OLIVEIRA E SILVA, Sandra, *O Arguido como Meio de Prova Contra Si Mesmo – considerações em torno do princípio Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare*, cit., págs. 827-828.

<sup>56</sup> Onde lidamos com um direito sancionatório de natureza administrativa, axiologicamente neutro, destinado a prevenir e reprimir normas de conduta dirigidos à sã convivência económica e social da coletividade.

procedimento de natureza penal, que pode culminar com a aplicação de uma pena privativa da liberdade.

Aqui, em nosso entender, vai-se muito além do simples dever de colaboração, para uma exigência de autoinculpação.

Aceitar a solução consagrada no artigo 33.º do RGPD como lícita, seria negar por absoluto o *nemo tenetur*, colocando os visados/arguidos a substituir-se ao Estado nas suas funções de fiscalização destinadas a identificar as situações de lesão ao ordenamento jurídico, em violação do princípio da proporcionalidade constitucionalmente tutelado.

### **a. Nulidade da prova obtida mediante a violação do *nemo tenetur***

Uma vez que o artigo 33.º do RGPD se encontra em pleno vigor, o que sucede então nas situações em que existe prova nos autos recolhida ao abrigo desta norma?

Ora, parece ser inquestionável que a doutrina portuguesa pende para a opinião de que a violação do princípio do *nemo tenetur* tem como consequência a proibição da valoração da prova<sup>57</sup>.

Na linha do ensinamento de Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos: “*se o meio de prova, independentemente de qual seja, tiver sido obtido (...) através de coação ou de ameaça com medida legalmente inadmissível, estipulam os n.ºs 1 e 2, als. a) e d), do art. 126.º do CPP que a prova é nula e não pode ser utilizada. (...) Em qualquer dos casos, a prova não pode ser valorada e utilizada no processo, cominação que traduz a existência de uma nulidade particularmente grave e insanável. Segundo o entendimento dominante na doutrina portuguesa, tributário em certa medida da célebre teoria dos «frutos da árvore envenenada», esta consequência jurídica projeta-se à distância, estendendo-se às provas secundárias, isto é, às provas recolhidas a*

---

<sup>57</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Gestlegal, 2022, págs. 126 e ss e OLIVEIRA E SILVA, Sandra, *O Arguido como Meio de Prova Contra Si Mesmo – considerações em torno do princípio Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare*, cit., pág. 364.

*partir das declarações, dos documentos ou dos exames sobre o corpo do suspeito ou do arguido alcançados por métodos proibidos.”*<sup>58</sup>

Como também afirmam Figueiredo Dias e Costa Andrade: “*no processo penal português vigora o regime da legalidade da prova: são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei (artigo 125.º do CPP). A legalidade dos meios de prova, bem como as regras gerais de produção de prova e as chamadas “proibições de prova” são condições de validade processual da prova e, por isso mesmo, critérios da própria verdade material*”<sup>59</sup>. De modo que, para os autores, “*são nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante ofensa da integridade moral das pessoas, designadamente quando obtidas mediante perturbação da liberdade de vontade*”<sup>60</sup>. Naturalmente que a prova nula não poderá ser tomada em consideração para condenar o visado pela putativa prática ilícita. E como afirma Frederico da Costa Pinto: “*o princípio da legalidade, que vigora em todo o Direito sancionatório público, incluindo no domínio das contra-ordenações (artigos 2.º e 43.º do RGCords), visa garantir não só os direitos dos arguidos, mas também a confiança na previsibilidade da aplicação do Direito e, em especial, procura preservar o conteúdo e a eficácia da decisão legislativa.*”<sup>61</sup>

O que aqui se afirma está, inclusive, em sintonia com o estabelecido na nossa jurisprudência, que prescreve: «*[O] arguido não pode ser fraudulentamente induzido ou coagido a contribuir para a sua condenação, a carrear ou oferecer meios de prova contra a sua defesa*»; *pelo contrário, é necessário garantir que «qualquer contributo do arguido, que resulte em desfavor da sua posição, seja uma afirmação esclarecida e livre de autorresponsabilidade»* (v. *idem, ibidem, p. 121*). *O princípio do nemo tenetur visa, pois, assegurar a autodeterminação do arguido na condução da sua defesa no processo e, nessa medida, a*

---

<sup>58</sup> SILVA DIAS, Augusto e COSTA RAMOS, Vânia, *O Direito À Não Auto-Inculpação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) No Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, cit., pág. 37.

<sup>59</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, COSTA ANDRADE, Manuel da e COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da, “Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova”, cit., pág. 29.

<sup>60</sup> *Ibidem*, pág. 28.

<sup>61</sup> *Ibidem*, pág. 100.

*garantia da sua posição enquanto sujeito processual. O respetivo conteúdo material é depois assegurado mediante a imposição de deveres de esclarecimento ou de advertência e pela nulidade das provas proibidas em virtude de terem sido obtidas mediante a colaboração involuntária do arguido em consequência do uso ilegítimo de meios coercivos ou de meios enganosos. É de acordo com esta teleologia que o âmbito de proteção daquele princípio deve ser determinado, seja quanto aos modos de colaboração forçada e seus limites, seja quanto ao momento a partir do qual aquela garantia se torna operante”.*<sup>62</sup>

Face ao contexto acima exposto, tudo parece sugerir que a prova obtida ao abrigo das exigências expostas pelo artigo 33.º do RGPD, são nulas em processo penal por violação do artigo 125.º e 126.º do CPP, mas também, muito provavelmente, no âmbito contraordenacional por via da aplicação conjugada do artigo 41.º do RGCO, do artigo 126.º do CPP e dos n.ºs 8 e 10 do artigo 32.º da CRP.

---

<sup>62</sup> Acórdão n.º 298/2019 do Tribunal Constitucional de 15.5.2019, processo n.º 1043/17, 2.ª secção, ponto 10, pág. 10.