
0 - X Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais, do Instituto Politécnico de Leiria: 6 de Dezembro de 2018

“O RGPD e o impacto nas organizações: 6 meses depois”

Impacto nas Autarquias Locais, medido pelo acolhimento global

Autores: José António Rajani Oliveira Dias

Orador: José António Rajani Oliveira Dias

Introdução

Legislar, acto de soberania de um **País**¹, cuja organização interna se estrutura juridicamente num **Estado de direito**, visa sempre um determinado objectivo, em regra a prossecução do bem comum, sendo este, a protecção dos interesses da **Nação**², corporizada pelo **Povo**³, seu substrato pessoal e humano, repousando no estatuto de **Cidadania**, os seus direitos e obrigações, em regra residentes na sua **Mátria**⁴, ou seja, a sua terra de nascimento, ligados pelo cimento da língua – vulgo a **Pátria**⁵ – esta já não só adentro de fronteiras, as mais antigas do mundo ocidental desde pelo menos o século XI, mas extramuros, porque na diáspora dos falantes por esse planeta fora.

O Poder Local tem, neste sistema vivencial, secular, em Portugal, uma particular importância, e uma não menor responsabilidade, pois foi sob a sua égide que os nossos primeiros governantes e legisladores, assentaram a sua acção administrativa, já então, para combater o desmesurado poder de alguns, nobreza e clero, o que lhes valeu a integração nas cortes, em representação do chamado “*terceiro estado*” o Povo, através de representantes das comunidades com as suas “súplicas”.

¹ **Dias**, José António Rajani Oliveira, “O Poder Local nas Constituições Portuguesas”, Editora Artelogy, 2016

² *Idem*

³ *Idem*

⁴ *Idem*

⁵ *Idem*

O advento da adesão à então CEE, hoje metamorfoseada em União Europeia, ao longo das últimas décadas, trouxe novas realidades legislativas ... se pensarmos que em todo o seu Reinado Dom Afonso Henriques produziu pouco mais que 600 diplomas, e foi dos reinados mais longos em Portugal, comparado com a profusão legislativa nacional, numa base mensal, à qual se juntam as directivas comunitárias e os regulamentos comunitários, estamos perante uma mudança de paradigma abismal.

Este enquadramento tem o propósito de chamar à atenção da enorme importância do Poder Local, no acolhimento, e cumprimento escrupuloso das regras que afetam directamente o **substrato pessoal das autarquias**, compostos pelos seus Municípios e Freguesias, colocando no ombro dos representantes destes, os respectivos eleitos locais, a enorme responsabilidade de não se furtarem ao cumprimento de um Regulamento Comunitário – leia-se o RGPD -, a cuja aplicação estão directamente vinculados, ao contrário das directivas comunitárias que carecem de transposição nacional.

Num programa da RTP3, sobre Cybersegurança e RGPD, transmitido em directo, o autor teve a oportunidade de colocar uma questão à senhora Presidente da Comissão Nacional de Protecção de Dados, a saber: “ Quantas autarquias comunicaram já, para efeitos de registo na CNPD, os respectivos Delegados de Protecção de Dados?”, sendo certo que sobre as autarquias impendem a obrigação de nomear esse responsável e comunica-lo à CNPD.

Pese embora esse dado não estivesse na posse da senhora Presidente da CNPD, naquela oportunidade, posteriormente foi-me gentilmente fornecida essa informação: **11** Municípios e **3** Freguesias, à data de **21 de Agosto de 2018**, cumpriram com essa obrigação legal.

O Regulamento Geral de Protecção de Dados, foi aprovado em 2016, e teve um “*vacatio legis*” de 2 anos, entrando em vigor efectivo a 25 de Maio de 2018, a fim de permitir uma adequada preparação dos seus destinatários, e já se sabia que a administração pública estaria obrigada à nomeação de um responsável de protecção de dados (EPD). Ainda assim, o Poder Local português ignorou esses 2 anos, e desde a entrada em vigor até agora, decorreram 6 meses, mesmo admitindo que entretanto aquele número fornecido pela CNPD possa ter registado algum incremento, fica muito longe do universo de 308 Municípios, e mais de 3.000 Freguesias.

Assim o impacto, em termos de acolhimento, nas autarquias locais do RGPD, cifra-se numa percentagem de 0,03%, no que respeita aos municípios, e de 0,001 no que respeita às freguesias.

Talvez se faça alguma luz atentando o complexo e obsoleto modelo administrativo e gestional, com que as autarquias e seus responsáveis se confrontam, na defesa de quem é a sua razão de ser – o Cidadão.

A aplicação do RGPD, nas autarquias locais, tem de se compaginar com conceitos e institutos jurídicos específicos deste patamar da administração pública do Estado Português, sejam eles – a Descentralização, Desconcentração e a Deslocalização (cada um deles com as suas peculiaridades) conjugados com as Atribuições das autarquias e dos Poderes e Competências dos seus órgãos (executivos individuais e colegiais, e os deliberativos colegiais), através dos institutos jurídicos da Devolução de Poderes, e da Delegação de Poderes e competências (não se confundindo com a delegação de tarefas).

Para além disso, importa ter presente que as Autarquias Locais, têm de conjugar as obrigações decorrentes do RGPD, com as posições da CADA (Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos) e a CNPD (Comissão Nacional de Protecção de Dados), sem perder de vista o CPA (Código do Procedimento Administrativo) .

É, enfim esta a “malha” com que as autarquias locais têm de se debater, e estar em conformidade ... uma realidade bem diversa daquela outra de uma qualquer empresa do sector privado, em virtude da qual se pretende, sucinta, mas objectivamente explicar, no nosso trabalho.

1. A evolução da Protecção de Dados – sinopse.

1.1 Na Europa

As preocupações com a protecção de dados pessoais, tornaram-se efectivas, com a Convenção dos Direitos do Homem (1950)⁶, genericamente preocupada com a defesa da dignidade humana, e afins, reforçada e reiterada com o tratado do Conselho Europeu, conhecido como : A Convenção 108 do Conselho da Europa (1981)⁷, que se realizou em 28 de Janeiro de 1981⁸, tendo sido, em termos internacionais, o primeiro instrumento a regular a protecção dos dados pessoais, de forma específica, visando «*garantir [...] a todas as pessoas singulares [...] o respeito pelos seus direitos e liberdades fundamentais, e especialmente pelo seu direito à vida privada, face ao tratamento automatizado dos dados de carácter pessoal*», na esteira do que já, em termos muito genéricos, se assegurava na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) , concretamente no seu artigo 8º, de 4 de Novembro de 1950, onde se consagra o direito ao respeito pela vida privada e familiar “*Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo domicílio e pela sua correspondência*” .

Em 1995, a directiva da UE relativa à protecção de dados pessoais⁹ visava proteger os direitos e liberdades fundamentais das pessoas singulares, tendo sido complementada com outros diplomas legislativos, mormente a Directiva relativa à privacidade eletrónica, para o sector das comunicações.

O direito à protecção dos dados pessoais é expressamente reconhecido no artigo 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE¹⁰ e no Tratado de Lisboa¹¹, no qual a Carta está integrada. O artigo 16.º (do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia - TFUE) fornece a base jurídica para as normas de protecção de dados aplicáveis a todas as actividades abrangidas pelo direito da UE.

1.2 Em Portugal

⁶ https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf

⁷ <file:///C:/Users/asses/Desktop/RGPD/Convenção%20108%20Conselho.pdf>

⁸ Esta data passou a ser celebrada como o dia internacional da protecção de dados, assinalada todos os anos, sendo a próxima celebração, em 2019, a 38ª.

⁹ <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:en:HTML>

¹⁰ Em especial os Artigos 7º e 8º reconhecem o respeito pela vida privada e a proteção dos dados pessoais como direitos fundamentais estreitamente relacionados, mas distintos.

¹¹ O tratado de Lisboa acabou com o sistema assente em pilares, e a protecção de dados ganhou uma base mais consistente, para a sua legislação, tendo este tratado criado novos poderes para o Parlamento Europeu que se converteu em colegislador juntamente com o Conselho e a Comissão.

O regime democrático¹², acolhe preocupações com o cidadão, e neste particular com os direitos de personalidade, atinentes à protecção da sua privacidade, inscrevendo no texto constitucional de 1976, designadamente no seu artigo 35º¹³, o qual viria a ser objecto de aperfeiçoamento na 1ª revisão constitucional, em 1982¹⁴, depois de uma iniciativa na Assembleia da República não ter tido sucesso, para verter em lei ordinária¹⁵, a mesma matéria

Como consequência desta revisão constitucional, em especial por força do disposto no seu número 4, do artigo 35º, onde se prescreve que o conceito de dados pessoais deveria ser concretizado em lei ordinária, que haveria de conduzir a um conjunto de iniciativas legislativas, vertidas em 3¹⁶ Projectos de Lei¹⁷, e 4¹⁸ Propostas de Lei¹⁹, mas sem que nenhum deles tivesse logrado converter-se em Lei, por motivos diversos que não cabe, nesta sede escrutinar, antes registando-se uma efectiva vontade do legislador, quer ordinário, quer constitucional, em tratar uma matéria considerada de grande importância, ao ponto de ser acolhida na sede constitucional.

Apesar disso, as iniciativas legislativas conducentes à concretização do comando constitucional do nº 4, do artigo 35º, terminam em 1987, sem que se tivesse obtido ganho de causa par a definição de dados pessoais.

O impasse, ao nível dos órgãos de soberania legislativos²⁰, conheceria desenvolvimentos importantes, através do Provedor de Justiça²¹, que requereu²² ao

¹² Consagrado em Portugal, em 25 de Abril de 1974, no que ficou conhecido como “Revolução dos Cravos”

¹³ Constituído apenas por 3 números: “ARTIGO 35.º (Utilização da informática) 1. Todos os cidadãos tem o direito de tomar conhecimento do que constar de registos mecanográficos a seu respeito e do fim a que se destinam as informações, podendo exigir a rectificação dos dados e a sua actualização. 2. A informática não pode ser usada para tratamento de dados referentes a convicções políticas, fé religiosa ou vida privada, salvo quando se trate do processamento de dados não identificáveis para fins estatísticos. 3. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos.

¹⁴ O termo “mecanográfico” foi substituído por “informático”, e aditaram-se 2 novos números, a saber, um novo nº 2, (passando o texto do original a nº 3) com a seguinte redação “são proibidos os acessos de terceiros a ficheiros com dados pessoais e a respetiva interconexão, bem como os fluxos de dados transfronteiriços previstos na lei”; o remunerado nº 3 passa a ter a seguinte redação “a informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa ou vida privada, salvo quando se trate de dados estatísticos não individualmente identificáveis”, e é aditado o nº 4 com a seguinte redação “a lei define o conceito de dados pessoais para efeito de registo informático”; o antigo nº 3 é renumerado para nº 5.

¹⁵ Projecto de Lei nº 214/I (criação do conselho de defesa da privacidade), de 22 de fevereiro de 1979.

¹⁶ 1981, 1983, e 1987.

¹⁷ Os Projetos de Lei são de iniciativa da Assembleia da República.

¹⁸ 1982, 1984, 1984, e 1984.

¹⁹ As Propostas de Lei são de iniciativa do Governo, sob autorização da Assembleia da República.

²⁰ Assembleia da República e Governo

Tribunal Constitucional²³ se pronunciasse pela existência de uma inconstitucionalidade por omissão, o que se veio a concretizar pelo acórdão do Tribunal Constitucional n.º 182, de 1989²⁴.

Com isto os órgãos de soberania legislativos, tiveram mesmo de se empenhar a fundo e dois anos depois surge então a primeira lei ordinária, sobre esta matéria, pela mão da Assembleia da República, com a Lei 10/91.

A Lei 10/91, de 29 de Abril, para além de se instituir o quadro normativo sobre a protecção de dados pessoais face à informática, cria a Comissão Nacional de Protecção de Dados Pessoais informatizados (CNPDPPI).

Mais tarde, sentiu-se a necessidade de proceder a um reforço legislativo, o que se concretizou, através da lei 28/94, de 29 de Agosto.

Posteriormente, o regime seria burilado com a Lei 67/98, de 26 de Outubro (LPDP), que concretizou a transposição para o nosso ordenamento jurídico da Directiva 95/46/CE, mais abrangente, e não apenas confinada aos dados informatizados, revogando a Lei 10/91 e a Lei 28/94. A CNPDPI, passa a CNPD (Comissão nacional de Protecção de Dados).

Também se assiste à publicação da lei 69/98 de 20 de Outubro, que regula o tratamento dos dados pessoais e a protecção da privacidade no sector das telecomunicações (transpondo a Directiva n.º [97/66/CE](#), do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997).

A Lei 41/2004, de 18 de Agosto (Protecção de dados Pessoais e privacidade nas telecomunicações)²⁵, viria a revogar a Lei 69/98.

Esta, por sua vez, haveria de ser revogada pela Lei n.º 46/2012, de 29 de Agosto de 2012, procedendo à transposição da Directiva n.º 2009/136/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho, naquilo que foi a primeira alteração à Lei n.º 41/2004 de 18 de Agosto, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da

²¹ Órgão de Estado, cujos pareceres não são vinculativos.

²² Em 13 de Agosto de 1987.

²³ Órgão de Soberania.

²⁴ <https://dre.pt/web/guest/pesquisa-avancada/-/asearch/612862/details/maximized?emissor=Tribunal+Constitucional&types=JURISPRUDENCIA&search=Pesquisa>

²⁵ Transpôs para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas

privacidade no sector das comunicações electrónicas, reforçando significativamente os direitos dos particulares quanto à protecção de dados pessoais.

Em 2018, a partir do dia 25 de maio, o Regulamento Geral da Protecção de Dados²⁶, do Parlamento Europeu e do Conselho (UE 2016/6979)²⁷, derrogam aquela legislação, até que, se promulgue um diploma nacional regulando o quadro de sanções a aplicar, altura em que se efectivará, então, a revogação da Lei 41/2004, pois até lá continuará em vigor em tudo quanto não contrarie o RGPD, designadamente quanto a matéria de sanções a aplicar, quer por força dos diplomas em vias de serem revogados, quer por força do diploma geral das contra-ordenações²⁸, não havendo assim, para infelicidade de alguns, nenhum vazio legal, quanto a matéria sancionatória.

1.3 O Diploma - Regulamento Geral de Protecção de Dados (RGPD).

Os actos legislativos da União Europeia podem caracterizar-se, de uma forma simples, em número de cinco²⁹, sendo os mais importantes, porque vinculativos³⁰, os regulamentos comunitários, directivas comunitárias, e decisões³¹, os primeiros com origem no Parlamento Europeu e no Conselho, cuja aplicação em todos os estados-membros é directa, não carecendo de qualquer intervenção dos parlamentos nacionais, e os segundos com a mesma origem, estes já com necessidade de transposição para os ordenamentos jurídicos de cada estado-membro, através de acto legislativo dos respectivos parlamentos.

O Regulamento Geral da Protecção de Dados³², do Parlamento Europeu e do Conselho (UE 2016/6979)³³, relativo à protecção dos dados pessoais das pessoas

²⁶ Os Regulamentos são de aplicação, geral, universal, automática em todos os estados-membros, e de forma completa, isto é, não pode ser aplicado de forma parcial.

²⁷ Publicado em 2016, mas efectivando-se em 2018.

²⁸ Decreto-Lei nº 433/82, de 27 de Outubro.

²⁹ Os actos legislativos da União Europeia fixados pelo Tratado de Funcionamento da União Europeia, através do seu artigo 288º, visando a aplicação do Tratado de Lisboa, distribuindo por: Regulamentos, Directivas, Decisões, Recomendações e Pareceres.

³⁰ Os actos legislativos juridicamente vinculativos são 3: Regulamentos, Directivas e Decisões.

³¹ As Decisões podem ser dirigidas especificamente a um destinatário, um estado-membro, empresas ou particulares.

³² Os Regulamentos são de aplicação, geral, universal, automática em todos os estados-membros, e de forma completa, isto é, não pode ser aplicado de forma parcial.

³³ Que revoga a directiva 95/46/CE

singulares, objecto de tratamento por terceiros, bem assim como à livre circulação desses dados mais conhecido como RGPD, é, pois, de aplicação directa³⁴, pese embora, o legislador da União Europeia, tivesse delegado, em sede do próprio regulamento, a necessidade de cada estado-membro proceder, através dos respectivos parlamentos, à adaptação, mitigada, é certo, da parte sancionatória³⁵, decorrente da violação deste normativo, por parte dos destinatários prevaricadores, por via da aplicação de coimas³⁶, e não de multas³⁷, para além da adaptação orgânica que se impõe, e visa sobretudo a protecção de dados de pessoas singulares³⁸, vivas³⁹.

Para além deste Regulamento, foi igualmente aprovado, na mesma data, a Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, não as do perímetro normativo do RGPD, mas as respeitantes ao tratamento de dados pessoais efectuado pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados⁴⁰.

Sucede ainda, que este regulamento (RGPD) foi aprovado em 2016, mas com uma “*vacatio legis*”⁴¹ de 2 anos, isto é, a eficácia do regulamento apenas se concretizou em 25 de maio de 2018, tendo-se considerado ser suficiente este período para a preparação e adaptação, ao novo normativo, por parte do universo de destinatários.

A circunstância, de cada estado-membro, ter a sua própria dinâmica, nesta transposição, ou seja, na fixação do sistema de coimas⁴² e adaptação orgânica, em linha com os respectivos ordenamentos jurídicos internos, pode levar diferentes velocidades,

³⁴ Significa que qualquer cidadão de um estado-membro pode invocá-lo directamente sem necessidade de recorrer a tribunais.

³⁵ Até à concretização dessa parte, continua em vigor a Lei 67/98, no que se refere às coimas a aplicar.

³⁶ Valor pecuniário a pagar em caso de ilícito contra-ordenacional.

³⁷ Valor pecuniário a pagar em caso de ilícito criminal.

³⁸ Por maioria de razão exclui às pessoas colectivas (públicas ou privadas), incluso as sociedades comerciais unipessoais.

³⁹ Veremos mais á frente que o RGPD constitui-se como direito de personalidade, sendo que este, ao contrário do RGPD, também se aplica a falecidos.

⁴⁰ Revoga a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho.

⁴¹ Período durante o qual a Lei tem validade, mas não tem eficácia, não produz os seus efeitos.

⁴² Em Portugal está plasmado no quadro do regime das contra-ordenações – DL. 433/82, de 27 de Outubro, e que se aplica subsidiariamente quando lei específica o não preveja, ou, seja omissa, ou ainda não o contemple, como é o caso do regime do RGPD, preenchendo a lacuna que se verifica, até á concretização do diploma de execução do RGPD.

de estado-membro para estado-membro, implicando, necessariamente, que nuns as coisas aconteçam com mais celeridade do que noutros.

Em Portugal esse é um processo que ainda decorre⁴³, o que poderá, porventura, levar a pensar que o RGPD esteja, assim como que numa espécie de *limbo* até à efectiva concretização da transposição nacional, acima aludida⁴⁴.

Assim não é, de facto. O RGPD está em vigor na sua plenitude, somente a sua componente coerciva está suspensa, a aguardar legislação nacional, no entanto mantendo-se em vigor a Lei⁴⁵ nacional que impõe coercivamente, o tratamento de dados pessoais, as penalizações ali previstas, impedem um “vazio” nesta matéria, e aplicam-se às violações que vierem a ser identificadas⁴⁶, participadas e registadas, na autoridade nacional, desde o dia 25 de Maio de 2018.

Quanto ao organismo nacional, é pacífico ser a Comissão Nacional para a Protecção de Dados (CNPd), a exercer a fiscalização que se impõe, uma vez que será convertida em autoridade nacional para a protecção de dados.

1.3.1 Algumas questões peculiares “Os privilégios do Estado”

Seja em sede do próprio RGPD, seja em sede da Proposta de Lei do Governo, a questão da isenção de coimas⁴⁷ ao Estado tem suscitado legítima celeuma, porquanto subsistir a percepção de que afinal só se exige ao sector privado, o cumprimento do

⁴³ O Governo português apresentou à Assembleia da República a proposta de Lei n.º 120/XIII/3.ª, tendo a Comissão dos Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias (Processo n.º 6275/2018), remetido à Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPd), para parecer, o que esta fez através do seu Parecer 20/2018, (<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d46446232317063334e686279396a5a57593359544d794f4330325a44526c4c54526c4e546b74596a41304e4331694e54426d4f5449314d6a64684d7a45756347526d&fich=cef7a328-6d4e-4e59-b044-b50f92527a31.pdf&Inline=true>), demolidor para a proposta de Lei, queixando-se inclusivamente de não ter sido dada a oportunidade de se pronunciar aquando da elaboração do anteprojecto da Proposta de Lei, o que, segundo afirma, seria de molde a evitar os erros, que adjetivou de “grosseiros”, que se deram na proposta do governo.

⁴⁴ <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=42368>

⁴⁵ Lei 67/98, de 6 de Outubro

⁴⁶ Foi já aplicada, pela CNPD, uma sanção de 400.000,00 euros a um hospital por quebra de protecção de dados.

⁴⁷ E não “multas” como se vê em alguns escritos sobre a matéria

RGPD, ao passo que ao sector público, inexistindo uma sanção sob a forma de coima, este não se sentirá obrigado a fazê-lo.

É certo que a “coima”, no quadro das contra-ordenações, tem uma dupla função, por um lado, penalizar um comportamento ilícito, recorrendo a um meio pecuniário, logo intrusivo na esfera patrimonial do cidadão, por meio do qual se opera uma transferência material, pecuniária do particular para o Estado, mas por outro também pedagógico, porque dissuasor, levando o prevaricador a pensar duas vezes, da próxima vez que pensar em repetir a proeza.

No que concerne ao sector privado, é assim. Mas selo-a também no setcor público ? Quando um ente público paga uma coima, na realidade que tipo de operação temos ?

Se um ente público fosse coagido a pagar uma coima, teríamos o Estado a pagar a si próprio, havendo apenas uma espécie de comutação pecuniária entre entes da mesma esfera jurídica – o Estado, razão porque não é difícil aceitar a isenção de coimas aplicadas ao Estado.

Porém, a infração contra-ordenacional está lá Mas as penalizações não têm necessariamente de se revestir de natureza pecuniária, e como se explicará mais à frente, o RGPD assenta num aspecto fulcral que é a RESPONSABILIZAÇÃO. Ora esta não se entende sem um corolário consequente, isto é, mais do que ser coerente, em matéria de responsabilização, é o ser-se consequente, e arcar com as consequências dos actos ilícitos, contra-ordenacionais, praticados.

Nessa senda, não nos escandaliza que a sanção para o privado sejam as coimas, mas para o público ela terá de forçosamente assentar no estribo da responsabilização pessoal, não pondo de parte nenhuma das várias formas de o fazer, seja com impacto na esfera pessoal do dirigente em causa (responsabilidade financeira)⁴⁸, seja com impacto na carreira profissional do mesmo.

Veremos, mas adiante, qual o quadro que impende sobre os eleitos das autarquias, neste particular.

⁴⁸ *Obrigatoriedade de retorno, em sede de ressarcimento ao Estado.*

2. Os Direitos de Personalidade e Cidadania, e o RGPD

É nas Constituições que encontramos o suporte de todo o edifício jurídico de um estado, embora não seja condição *sine qua non*, mas é o nosso caso, logo é aí que se encontra, primacialmente, os chamados Direitos de Personalidade, os que directamente dizem respeito à pessoa jurídica singular.

A Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP), contém uma imagética antropomórfica interessante⁴⁹, refletindo, no fundo, que tudo gira à volta do ser humano, da pessoa singular, assim, a CRP contém no seu texto, uma cabeça (título I, correspondendo aos direitos e deveres fundamentais), um tronco (título II, correspondendo à organização económica), membros (título III, órgãos de soberania) e apêndice (título IV, correspondendo às garantias de revisão constitucional) e o apêndice (corresponde às disposições finais e transitórias).

Por último identifica o cérebro, que tudo comanda, nos artigos iniciais (artº 1º ao 11º, os Princípios Fundamentais), aos quais adjectiva como prólogo.

Veja-se como a tutela constitucional dos direitos de personalidade, começa logo no Artº 1 (antropomórficamente o *cérebro*), o respeitante à dignidade humana, espraiando-se pelos restantes articulados, dos quais se destaca o Artº 13º, o da igualdade, e os Artigos 24º e seguintes respeitantes à vida, integridade física e moral, identidade pessoal, cidadania, etc.

Assim, escorados, os direitos de personalidade, na dogmática constitucional, naquilo que se caracteriza por tutela constitucional, ela é como que complementada, ou desenvolvida pela tutela penal⁴⁹, a tutela civil⁵⁰, e o direito Internacional⁵¹.

A pessoa humana é assim o destinatário primeiro e último do ordenamento jurídico, interno e internacional, razão por que não se compreendia como a devassa da pessoa era, até recentemente, aceite como uma assustadora “normalidade”, algo que agora o RGPD, vem colocar um ponto final.

Na verdade, o RGPD insere-se no cerne dos Direitos de Personalidade, pese embora de forma parcelar, uma vez que apenas das pessoas vivas, sendo certo que

⁴⁹ onde se tipificam as ofensas mais graves contra a personalidade, como os crimes contra a vida, a integridade física, a liberdade pessoal a honra, a reserva da vida privada, a imagem etc.

⁵⁰ Em especial os artº 70 e seguintes.

⁵¹ Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

alguns aspetos das “pessoas”⁵² falecidas assistem alguns direitos, como o direito à memória, ao bom nome etc.

Seja como for, a verdade é que o RGPD, vem conferir uma protecção às pessoas singulares, muito acima daquilo que vinha sendo habitual, constituindo-se como um meio, uma ferramenta, para travar a devassa que as novas tecnologias vêm permitindo⁵³, face à extrema e inusitada facilidade com que terceiros, sem permissão dos visados, escrutinavam as suas vidas, de forma mais ou menos impune.

Esta devassa, e a falta de consequências jurídicas para a mesma, encontram, agora, um regime de protecção vigoroso, e põem em crise práticas ilegais adoptadas por uma grande quantidade de empresas e instituições, que se veem compelidas, agora, a cumprir.

Temos pois que a estrita observância do Regulamento Geral de Protecção de Dados, não é uma coisa de somenos, não é apenas mais uma moda legislativa, é isso sim, um regime de salvaguarda para a pessoa singular, é se quisermos, a couraça protetora em que a cidadania plena assenta, qual pilar estruturante da dignidade das pessoas singulares.

Como a cidadania, elemento vital das sociedades, se constrói pela base, é nas comunidades locais, onde se concretizam os princípios da subsidiaridade, política, administrativa, etc, avultando, daí o papel da maior importância que assumem as autarquias locais, nessa construção da cidadania.

⁵² *Em rigor e determinando o artigo 66º, nº 1, do código civil português que a personalidade se adquire no momento do nascimento completo e com vida, por maioria de razão extingue-se com a morte, logo o falecido deixa de ser pessoa.*

⁵³ *O criador, em 1989, do “monstro” World Wide Web, **Tim Berners-Lee**, cientista Britânico, da física, numa rara aparição em público, foi a estrela de cartaz na Web Summit de Lisboa, este ano, a qual segundo a revista *Forbes*, “é a maior conferência de tecnologias do mundo”, e surgiu a alertar para a necessidade de privacidade na protecção de dados e da privacidade, e que as coisas na WWW correram muito mal para o cidadão. Propôs inclusive um contrato social, para a web, tripartido – governos, empresas e cidadãos, onde o tópico do respeito da privacidade individual fosse um pilar essencial.*

3. A Autarquia Local⁵⁴, em Portugal, e Cidadania municipal.

A Constituição da República Portuguesa, de 1976, instituiu uma matriz de Poder Local escorado em 3 níveis de autarquias, a saber: A Região Administrativa, o Município e a Freguesia, rompendo com a estrutura anterior, da CRP de 1933, assente apenas em Concelhos⁵⁵ e Freguesias⁵⁶.

Outra novidade introduzida pelo legislador constituinte (1976), foi a criação de novos órgãos: os deliberativos⁵⁷, até então inexistentes.

E mesmo ao nível dos órgãos executivos, houve alterações importantes: ao nível do município o Presidente da Câmara, deixa de ser simultaneamente administrador do concelho⁵⁸, e passa a ser um órgão executivo unipessoal⁵⁹, para além de integrar outro órgão, o colegial formado pelo Presidente da câmara⁶⁰ e os vereadores⁶¹.

⁵⁴ Dias, José António Rajani oliveira, “*Cartilha do Eleito Local*”, edições novaodivelas, 2002, Odivelas

⁵⁵ Embora não se possa considerar os concelhos verdadeiras autarquias, porque não o eram de facto, não passavam de mera administração desconcentrada do Estado.

⁵⁶ idem

⁵⁷ Assembleia Municipal e a Assembleia de Freguesia

⁵⁸ Antes de 1976 o Presidente da Câmara acumulava as funções de administrador do concelho e nessa qualidade era o representante do Ministro do Interior, na circunscrição concelhia, e supervisionava as polícias nesse território.

⁵⁹ À luz do princípio da legalidade, não tendo este órgão unipessoal, competente previsão constitucional, afigura-se de duvidosa constitucionalidade.

⁶⁰ Com competências próprias e delegadas pela câmara.

⁶¹ Sem competências próprias mas apenas com competências delegadas e sub-delegadas pelo Presidente da câmara.

Ao nível da freguesia⁶² o formato cingiu-se ao órgão colegial executivo, e à assembleia de freguesia.

A extinção dos cargos de administrador do concelho e do regedor, deveu-se à mudança de paradigma do Poder Local, fundado em autarquias⁶³, que deixou de ser administração desconcentrada⁶⁴ do governo central, para passar a ser administração descentralizada⁶⁵ do Estado.

A Região Administrativa⁶⁶, sendo um imperativo constitucional (1976), ainda não foi concretizada, pelo que essa não concretização, por parte do legislador ordinário, fá-lo incorrer numa inconstitucionalidade por omissão, desde 1976 até ao presente momento.

Curiosamente, neste particular, temos assistido ao surgimento de movimentos da sociedade civil reivindicando a criação de novos municípios⁶⁷ e freguesias, mas nenhum, ainda, reivindicando a instituição das regiões administrativas.

Esta matriz constitucional, acha-se consolidada com novas realidades, desde logo as autarquias, cujo substrato pessoal são os autarcas⁶⁸, ou seja todos os cidadãos recenseados na respectiva circunscrição territorial⁶⁹, compostas pelos municípios e freguesias, cujos substratos pessoal são, respectivamente, os munícipes e os fregueses, ou seja – os cidadãos.

A cidadania municipal é pois o exercício livre dos direitos e obrigações, através da participação cívica e cidadã na vida das respectivas autarquias, e neles se concretiza o objecto principal do RGPD, ou seja a defesa dos seus direitos de personalidade.

Assim a responsabilidade, ao nível do poder local, por garantir o cabal cumprimento dos direitos decorrentes do RGPD, para as pessoas singulares, assenta nos ombros dos eleitos locais de forma inexorável, seja ao nível da freguesia, cujos serviços

⁶² Antes de 1976 o Presidente de Junta era cumulativamente o Regedor e nessa qualidade representava na circunscrição territorial da freguesia do Ministro do interior.

⁶³ Termo que provém da ciência económica de autarcia, isto é, autonomia ou independência administrativa própria.

⁶⁴ Cujo instrumento operacional é a **delegação de poderes** no âmbito de uma relação hierárquica subordinada.

⁶⁵ Cujo instrumento operacional é a **devolução de poderes**, no âmbito de uma desafetação de atribuições da esfera da administração central para outros entes, independentes e autónomos, sem relação hierárquica.

⁶⁶ Dias, José António Rajani oliveira, “O municipalismo em Portugal, Brasil e Cabo Verde”, edições OD&F, Funchal, 2006

⁶⁷ Dias, José António Rajani, “O Foral de Odivelas”, edições novaodivelas, Odivelas, 2002

⁶⁸ Nabais, José Casalta, “A Autonomia Local”, edições Almedina, Coimbra, 1990.

⁶⁹ Contrariamente àquilo que se vulgarizou chamar aos eleitos.

de recenseamento da população, a colocam inevitavelmente a realizar tratamento de dados de toda a população, e do município, cujos serviços à população o colocam a fazer tratamento de dados pessoais em grandes quantidades, basta pensar nas comunidades escolares espalhadas em todo o país e das responsabilidades municipais relativamente a esse universo, para perceber a dimensão de dados pessoais que lhes passa pelas mãos. Estão, pois as autarquias e os seus eleitos, na primeira linha da observância do RGPD.

3.1 O Responsável pelo Tratamento de Dados na autarquia.

Nas empresas é fácil perceber quem é o “*responsável pelo tratamento de dados*”, é a própria empresa, organização ou instituição, conforme a preferência designativa, e nestas, em regra, a estrutura organizativa tem no seu topo o CEO (gerente, administrador ou director geral), que emana as suas ordens através do sistema hierárquico (dirigentes e chefias).

Nas autarquias, já não é assim tão simples. Internamente, um sistema administrativo, de desconcentração, assente numa matriz de delegações de poderes (ou competências)⁷⁰, sub-delegações de poderes e ou tarefas, e externamente um sistema assente em descentralização de atribuições⁷¹, sujeito a *Tutela Administrativa*⁷², *Poder de Tutela*⁷³ ou *Regime de Tutela*⁷⁴, impõe diferenças e peculiaridades que têm de se levar em linha de conta.

À pouco tempo, num evento promovido em Lisboa⁷⁵, foi afirmado que em Portugal vigora a regra da responsabilidade incumbir inteiramente a quem assina um documento, querendo com isto dizer que caberia, por regra, ao decisor máximo da organização, ao CEO, a responsabilidade de tudo, mormente pelo tratamento de dados, seja no público seja no privado.

⁷⁰ Competências são os poderes funcionais que operacionalizam as decisões ou deliberações dos órgãos.

⁷¹ Atribuições são os fins da pessoa colectiva de direito público.

⁷² Mera verificação da legalidade dos actos e contratos das autarquias, a que não assiste a apreciação do mérito ou demérito dos mesmos, por violação da autonomia das autarquias.

⁷³ Consiste no desencadear de auditorias, inspecções ou inquéritos.

⁷⁴ Afastamento excepcional da autonomia das autarquias consumada na dissolução de órgãos por determinação dos tribunais como consequência de sentença transitada em julgado.

⁷⁵ Privacy Talks 1ª edição.

Não acompanhamos.

No caso das autarquias⁷⁶, e tendo presente, por exemplo ao nível do município, que o sistema de administração passa pela existência de um Presidente de Câmara Municipal, com um conjunto muito alargado de competências próprias, umas de carácter interno e administrativas, outras que constituem direitos e obrigações com eficácia externa, fazendo dele um órgão executivo unipessoal, e que a sua acção tanto pode ser directa, como se pode socorrer do instrumento de delegação de poderes, passando responsabilidades e tarefas aos vereadores, bem como aos quadros dirigentes da autarquia, dispersando consideravelmente a sua própria responsabilidade, que fica mitigada.

Os vereadores podem fazer o mesmo com as competências que receberam do presidente, e sub-delegá-la ao quadro de dirigentes e colaboradores directos, incrementando assim a dispersão das responsabilidades.

Mas a Câmara Municipal (o órgão executivo colegial) também tem poderes e competências próprias, que pode delegar no Presidente e este sub-delegá-las nos próprios vereadores ou dirigentes.

Já para não falar que muitas deliberações do órgão executivo têm de passar necessariamente pelo órgão deliberativo – a assembleia municipal – que assim se torna num actor importantíssimo neste jogo de responsabilidades partilhadas.

Por tudo isto assume especial importância a responsabilidade solidária, da qual se podem libertar apenas os eleitos que votem vencidos com competente registo do voto vencido e respectiva fundamentação em acta.

Neste quadro não salta à primeira vista quem efectivamente é o responsável pelo tratamento de dados, exceptuando uma Lei habilitante⁷⁷, em termos concretos, porque em termos abstratos é a pessoa colectiva.

Quanto á responsabilidade recair naquele que apõe a sua assinatura, também é preciso algumas cautelas, pois uma primeira apreciação em diagonal pode induzir em erro, senão vejamos, se um qualquer Presidente de Câmara Municipal assinar, por

⁷⁶ A Associação Nacional de Municípios Portugueses, instada pela comissão de assuntos constitucionais da assembleia da república sobre o projecto de proposta de lei nº 120/XIII/3(GOV) pronunciou-se através do parecer de 14 de Maio de 2018, genericamente, aceitando que nos municípios o responsável pelo tratamento dos dados seja a Câmara Municipal, como se prescreve na proposta do governo.

⁷⁷ *Idem.*

exemplo, uma licença, no âmbito de um dossier que chegou a si para despacho, devidamente instruído pelos serviços, com a assunção por parte das respectivas chefias da conformidade de todas as regras aplicáveis, e posteriormente se vier a constatar que afinal havia a violação de um Plano Director Municipal, é evidente que a responsabilidade não repousa na caneta do presidente, mas sim nas chefias que atestaram erradamente a conformidade do processo.

Outro caso, é o Presidente da Câmara assinar um documento contra o qual até votou contra, registou o seu voto vencido em acta, fundamentado, mas tendo prevalecido uma maioria contra si, deve obrigatoriamente assinar o documento, pois nisso se traduz a consecução da deliberação, e posteriormente vem-se a verificar que a deliberação está ferida de ilegalidade, é também por demais evidente que a responsabilidade não repousa na sua caneta, mas sim no órgão colegial que maioritariamente impôs tal deliberação.

No que concerne ao RGPD e ao responsável pelo tratamento de dados, em alguns municípios, assiste-se à elaboração de Regulamentos Municipais do RGPD, no que se parece conformar-se redundantemente com o Regulamento Europeu, estabelecendo, aqueles, por exemplo, que o Presidente da Câmara é o Responsável do Tratamento dos Dados⁷⁸, com base na circunstância daquele representar o município em juízo. Oferece-nos algumas dúvidas da pertinência de semelhantes regulamentos municipais, excepto se na base estiver a implementação de um Sistema de Gestão Municipal de Protecção de Dados, o que se afigura aceitável, mesmo considerando que a prazo o IPAC irá acreditar instituições emitentes de certificação ao abrigo de uma norma nacional para esse efeito.

Em conclusão, é preciso muita atenção na análise das responsabilidades, antes de se apontar o dedo a quem assina. É preciso estar muito familiarizado com o setor público em geral e o autárquico, em particular, para se darem passos seguros na identificação das responsabilidades, no âmbito do tratamento de dados, numa autarquia.

3.2 O Oficial da Protecção de Dados – Data Protection Officer (DPO) na autarquia.

⁷⁸ A ANMP no seu parecer esclarece preferir a redacção da proposta do governo que impõe essa condição à Câmara Municipal ao invés do seu presidente.

O RGPD cria uma figura que configura uma nova profissão no domínio da protecção de dados – o Responsável da Protecção de Dados, tradução portuguesa do “*Data Protection Officer*”.

A obrigatoriedade, para o sector público é uma das regras, pelo que nas autarquias, sejam elas os municípios sejam elas as freguesias, forçosamente, na maioria delas, terá de existir um profissional para exercer esta função⁷⁹, pese embora a senhora presidente da CNPD, tenha afirmado na RTP3, coisa diferente⁸⁰. O problema coloca-se ao nível das freguesias⁸¹ com diminuto tratamento de dados, algo que já no parecer da ANMP, sobre esta matéria, é referido como sendo necessário esclarecer o alcance de “*em função do volume de dados tratados*” da Proposta de Lei de execução do RGPD ... no entanto, por analogia, será de seguir a regra, já estabelecida no RGPD para as empresas que tenham mais de 250 colaboradores serem obrigadas a terem um DPO, caso disposição diversa não seja definida.

O sistema de capacitações de um profissional destes inclui, necessariamente: Perfil⁸², Caracterização⁸³, Missão⁸⁴, Estatuto⁸⁵, Incompatibilidades⁸⁶.

O primeiro passo para demonstrar que a actuação da autarquia está em linha com o espírito do regulamento são coisas tão básicas como:

- a) a nomeação de um DPO, publicá-lo em competente edital⁸⁷, e, cumulativamente, na revista municipal ou boletim informativo, consoante o caso, e no site da autarquia, bem assim como publicitação dos seus contactos (diferenciados dos restantes da autarquia);
- b) envolver todos os colaboradores da autarquia em acções de carácter formativo⁸⁸ e de sensibilização⁸⁹.

⁷⁹ <http://www.radiocruzeiro.pt/opiniao-cruzeiro-a-protecao-de-dados-nas-autarquias-locais/>

⁸⁰ <https://www.rtp.pt/play/p4259/e358376/fronteiras-xxi> (ao minuto 52 do programa.)

⁸¹ Todos os municípios têm tratamento de dados acima desse montante.

⁸² <https://lisboatv.pt/2018/10/03/rqpd-dpo-perfil/>

⁸³ <https://lisboatv.pt/2018/10/01/rqpd-dpo-caracterizacao/>

⁸⁴ <https://lisboatv.pt/2018/10/05/rqpd-dpo-missao-funcoes/>

⁸⁵ <https://lisboatv.pt/2018/10/06/rqpd-dpo-estatuto/>

⁸⁶ <https://lisboatv.pt/2018/10/02/rqpd-dpo-incompatibilidades/>

⁸⁷ A nomeação deve fazer referência, caso se trate de um recurso humano interno, que outras funções ele exerce.

⁸⁸ Decisivo, em especial para quem trate dados pessoais na autarquia.

⁸⁹ Muito importante para os restantes colaboradores que não se incluam na nota anterior.

Sem isto, o cidadão (municípe ou freguês) fica objectivamente impedido de se dirigir ao único profissional em quem o RGPD atribui poderes, exclusivos, no âmbito da protecção de dados, constituindo, naquilo que se caracteriza como uma denegação de justiça por parte dos eleitos, e se reiterada evolui para uma caracterização de abuso de poder, substancialmente mais grave.

É certo que haverá quem repouse a sua consciência na previsível isenção de coimas por incumprimento do RGPD, porém, será de atentar com cautela, que as sanções específicas do RGPD não são as únicas a serem assacadas aos eleitos locais, porquanto estes têm outros normativos que sancionam condutas ilícitas ou ilegítimas⁹⁰, como será o caso.

É, pois, preocupante que à data de 21 de Agosto de 2018, “apenas” 11 municípios e 3 freguesias tenham comunicado a nomeação dos respectivos DPO à Comissão Nacional de Protecção de Dados. Mesmo que entretanto tenha havido algum incremento naqueles números, ficarão certamente bem longe do que seria desejável num universo de milhares de autarquias portuguesas, sobretudo porque a maior parte delas⁹¹ é responsável pelo recenseamento da população, tendo por isso a responsabilidade do tratamento de milhões de dados pessoais.

Aqui chegados, impõe-se a questão: quem, nas autarquias tem a competência para nomear o DPO, sendo certo que a proposta de Lei aponta para os respectivos presidentes ?

É simples, de acordo com o RGPD compete ao responsável pelo tratamento dos dados a nomeação do DPO, ora nas autarquias em abstrato isso é atribuído à pessoa colectiva, mas em concreto compete, no município ao seu Presidente de Câmara, não porque seja ele que representa em juízo o município mas porque lhe são conferidas essas competências⁹², já na freguesia compete⁹³ ao órgãos colegial (Junta de Freguesia), pelas mesmas razões aduzidas para o município, restará depois, casuisticamente, perceber se há ou não delegações e/ou sub-delegações de competências, nessa matéria.

⁹⁰ *Lei da Tutela Administrativa nº 27/96 de 1 de Agosto de 1996, determina a perda de mandato ou dissolução de órgãos, no caso de se “incorrer por acção ou omissão dolosas, em ilegalidade grave traduzida na consecução de fins alheios ao interesse público (alínea d) do nº 1 do Artigo 8º, conjugado com alínea i) do artigo 9º).*

⁹¹ *As freguesias.*

⁹² *Alínea a), c) e d) do nº 2, do artigo 35º, da Lei 75/2013, de 12 de Setembro*

⁹³ *Alínea b), e e) do artigo 19º do mesmo diploma legal.*

4. Conclusões

São Bernardo de Claraval, Doutor da igreja católica, mentor de 2 Papas, Santo da igreja, e ideólogo do nascimento de Portugal⁹⁴, tinha por lema “***Enganei-me ? pois não importa, estou sempre disponível para me corrigir***”, isto para significar que o erro, seja por negligência, seja por intenção, desde que corrigido pode até ser uma oportunidade de melhoria.

O RGPD entrou em vigor em 25 de Maio de 2018, foi um erro o Poder Local não se ter preparado para o seu impacto, como o demonstra a exiguidade de autarquias que o acolheram, mas parafraseando a sabedoria popular, “*mais vale tarde que nunca*”, desde que se demonstre uma real vontade para ir ao encontro do Regulamento, seja promovendo a necessária nomeação de um Responsável de Proteção de Dados (DPO), seja envolvendo os respectivos recursos humanos nas tão necessárias acções de sensibilização e formação, para que os cidadãos estejam minimamente descansados quanto ao tratamento dos seus dados pessoais, e terá valido a pena.

Este é um processo lento, moroso, mas necessário porque implica uma mudança de paradigma – de um total laxismo no que concerne à privacidade, à protecção dos direitos dos cidadãos vai um longo caminho – escorado numa mudança de mentalidades, algo socialmente complexo e pejado de resistências que é preciso ir vencendo.

⁹⁴ Dias, José António Rajani Oliveira, “*Portugraal O Reino Templário*”, ensaio histórico, edições Verbos e letras, 2011

As autarquias e os seus eleitos locais têm aqui um papel crucial, e central, indelegável, porque lhe compete a prossecução dos interesses dos seus cidadãos, numa quase metamorfose das suas novas responsabilidades, sempre em crescendo desde o longínquo ano de 1977⁹⁵, data em que o poder local se concretizou de facto.

FIM

Bibliografia

Dias, José António Rajani Oliveira, “*A Cartilha do Eleito Local*”, edições NovaOdivelas, Odivelas, 2002.

Dias, José António Rajani Oliveira, “*O Foral de Odivelas*”, edições NovaOdivelas, Odivelas, 2002.

Dias, José António Rajani Oliveira, “*O Municipalismo em Portugal, Brasil Cabo Verde*”, edições OD&F, Funchal, 2006.

Dias, José António Rajani Oliveira, “*Portugraal o reino templário*”, Ensaio, edições Verbos e Letras, Lisboa, 2011.

Dias, José António Rajani Oliveira, “*O Poder Local nas Constituições Portuguesas*”, Ensaio, edições Artelogy, Vila Nova de Gaia, 2016.

Nabais, José Casalta, “*A Autonomia Local*”, edições Almedina, Coimbra, 1990.

⁹⁵ Ano em que saiu a primeira legislação sobre autarquias locais, depois de aprovada a Constituição da república Portuguesa de 1976.
