

**LEGISLADOR PORTUGUÊS.
PRECISA-SE.
ALGUMAS NOTAS SOBRE
O REGIME SANCIONATÓRIO
NO REGULAMENTO GERAL
SOBRE A PROTECÇÃO DE DADOS
(REGULAMENTO (UE) 2016/679)**

José Lobo Moutinho*

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Investigador do *Católica Research Center for the Future of Law*. Sócio da *Sérvulo & Associados*.

1. INTRODUÇÃO

Em 4 de Maio de 2016, foi publicado o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, “*relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados)*”.

Em trabalho publicado no primeiro número desta Revista¹, foi apontada a falta de clareza que afectava a Proposta de Regulamento, relativamente a algumas questões fundamentais do regime sancionatório – domínio onde é naturalmente de esperar e mesmo de exigir juridicamente um maior cuidado em termos de determinação das soluções.

Infelizmente, apesar de, num ou noutro aspecto, se ter verificado uma certa clarificação, não é mais positivo o juízo global que merece o texto final do Regulamento.

Bem pelo contrário.

A uma primeira leitura, várias são as dúvidas que ele suscita em relação a questões absolutamente essenciais do regime sancionatório. Dúvidas que, conjuntamente com algumas primeiras reflexões, aqui se deixam, na viva esperança de que, no largo tempo que nos separa da sua aplicabilidade², uma intervenção legislativa que parece incontornável e um diálogo doutrinário participado, sério e profundo que a preceda e prepare, permitam suprir tais deficiências e fazer face aos perigos que elas trazem consigo.

1) Cfr. JOSÉ LOBO MOUTINHO/DAVID SILVA RAMALHO, «Notas sobre o regime sancionatório da Proposta de Regulamento Geral sobre a Protecção de Dados do Parlamento Europeu e do Conselho», in *Forum de Protecção de Dados*, 1 (Julho de 2015), pp. 18 ss.

2) No último artigo do Regulamento, o 99.º, dispõe-se, sob a epígrafe “*entrada em vigor e aplicação*”, que “*o presente regulamento entra em vigor no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação no Jornal Oficial da União Europeia*”. O n.º 2 acrescenta que “*o presente regulamento é aplicável a partir de 25 de maio de 2018*”. De acordo com o artigo 94.º, n.º 1, a Directiva 95/46/CE é também “*revogada com efeitos a partir de 25 de maio de 2018*”.

2. A NECESSIDADE DE MEDIAÇÃO DE LEI PORTUGUESA EM GERAL

Uma primeira grande questão que o Regulamento suscita – sobretudo se considerado não só em si mesmo, mas se recortado sobre o pano de fundo do ordenamento jurídico português – é a da sua suficiência: poderá a regulamentação que inclui aplicar-se tal como está? Ou será necessária ou conveniente uma intervenção mediadora da legislação portuguesa?

2.1. A QUESTÃO DA APLICABILIDADE DIRECTA DO REGULAMENTO

I. A dúvida diz, antes de mais, respeito à aplicabilidade directa do Regulamento em matéria sancionatória. A Proposta de Regulamento era extraordinariamente equívoca a esse respeito.

Claro que, nos termos do disposto no 2.º parágrafo do artigo 288.º do TFUE, e como, aliás, consta da própria Proposta de Regulamento, este «[...] é obrigatório em todos os seus elementos e directamente aplicável em todos os Estados-Membros». Trata-se, portanto, de um acto legislativo da União Europeia, que, pela sua natureza, é parte integrante do direito interno e produz efeito directo simultaneamente nas relações verticais e horizontais, sem necessidade de qualquer mecanismo de recepção.

O motivo para a escolha deste acto, em detrimento, por hipótese, das habituais Directivas, podia ser encontrado na exposição de motivos da Proposta de Regulamento, na qual se refere que «[a] sua aplicabilidade directa, prevista no artigo 288.º do TFUE, permitirá reduzir a fragmentação jurídica e proporcionar maior segurança jurídica, introduzindo um conjunto harmonizado de regras de base, melhorando a protecção dos direitos fundamentais das pessoas singulares e contribuindo para o bom funcionamento do mercado interno»³.

Contudo, em matéria sancionatória – precisamente aquela em que a segurança jurídica ganha maior importância –, o regime previsto na Proposta não permitia sequer concluir, com clareza, se a sua regulamentação, uma vez convertida em Regulamento, seria directamente aplicável nesta matéria ou se implicaria uma intervenção do legislador nacional, mormente pelos parlamentos nacionais.

Os termos da Proposta colocavam a questão de saber qual era a diferença entre, por um lado, as *sanções (penalties)* referidas no artigo 78.º, cujas aplicação e concretização estavam dependentes de base legal interna e, por outro lado, as *sanções administrativas (administrative sanctions)*, consagradas no artigo 79.º, para as quais, aparentemente, não era necessária semelhante adaptação legislativa...

3) Cf. *Exposição de motivos da Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados*, COM(2012) 11 final, disponível em <https://goo.gl/HdT6HZ>

Perante o problema, tomei posição no sentido de que, embora tal solução não fosse clara, se afigurava que a intenção do legislador da União era a de permitir a aplicação directa e uniforme dos ilícitos punidos com sanções administrativas previstos no artigo 79.º da Proposta de Regulamento, destacando-os das infracções puníveis com as sanções previstas no artigo 78.º, às quais se pretenderia ver atribuída uma natureza ou configuração criminal⁴.

II. Os dados da questão foram alterados na redacção final do Regulamento. Esta manteve a declaração final segundo a qual “*é obrigatório em todos os seus elementos e directamente aplicável em todos os Estados-Membros*”, esclarecendo inclusivamente no considerando n.º 13 que, “*a fim de assegurar um nível coerente de protecção das pessoas singulares no conjunto da União e evitar que as divergências constituam um obstáculo à livre circulação de dados pessoais no mercado interno, é necessário um regulamento que garanta a segurança jurídica e a transparência aos operadores económicos*”.

Mas, em matéria de infracções e sanções, faz uma diferenciação clara – em termos de sentido e alcance de normas estabelecidas – que, na prática, vem a equivaler a uma limitação das normas directamente aplicáveis⁵.

Assim, prevê, no artigo 83.º, casos em que são aplicáveis, por força do próprio Regulamento, sanções qualificadas como “coimas” às infracções previstas nos n.ºs 4 a 6 do mesmo artigo. Até aí, confirma-se a interpretação feita, no sentido da aplicabilidade directa do Regulamento.

No entanto, no artigo 84.º, prevê-se que “*os Estados-Membros estabelecem as regras relativas às outras sanções aplicáveis em caso de violação do disposto no presente regulamento, nomeadamente às violações que não são sujeitas a coimas nos termos do artigo [83.º 6], e tomam todas as medidas necessárias para garantir a sua aplicação. As sanções previstas devem ser efetivas, proporcionadas e dissuasivas*”.

Fica, assim, claro que cabe aos Estados membros, não só (i) a determinação de outras sanções (designadamente penais) para as infracções ao disposto do Regulamento, como ainda (ii) a previsão de sanções aplicáveis às infracções que não são sujeitas a coimas nos termos do artigo 83.º.

4) Cfr. JOSÉ LOBO MOUTINHO/DAVID SILVA RAMALHO, ob. e loc. cit., pp. 21 ss.

5) O que, de resto, em nada influencia a aplicabilidade directa do Regulamento nas demais matérias e em nada altera a natureza do acto legislativo escolhido. Como refere MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União Europeia*, 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2014, p. 297, a presunção de “*autosuficiência normativa*” de que gozam os Regulamentos, “*não implica que todo e cada regulamento seja em si mesmo preciso e suficiente, ao ponto de dispensar qualquer actuação normativa por parte da União ou dos Estados membros. É o que acontece, no primeiro caso, com os Regulamentos adoptados ao abrigo de processo legislativo e que prevêm a adopção de actos delegados ou de execução. É, no segundo caso, com aqueles (muitos) Regulamentos que, expressa ou implicitamente, habilitam os Estados membros a adoptar medidas de aplicação legislativas, regulamentares, administrativas e financeiras necessárias à sua efectiva aplicação, reconhecendo a estes, inclusivamente, poderes discricionários*”.

6) Por lapso, na publicação oficial diz-se “7983.º”, resultado de não se ter apagado o número do artigo em que a matéria vinha tratada na Proposta, que era o 79.º.

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

Por seu turno, de acordo com o considerando n.º 149, *“os Estados-Membros deverão poder definir as normas relativas às sanções penais aplicáveis por violação do presente regulamento, inclusive por violação das normas nacionais adotadas em conformidade com o presente regulamento, e dentro dos seus limites. Essas sanções penais podem igualmente prever a privação dos lucros auferidos em virtude da violação do presente regulamento. Contudo, a imposição de sanções penais por infração às referidas normas nacionais, bem como de sanções administrativas, não deverá implicar a violação do princípio ne bis in idem, conforme é interpretado pelo Tribunal de Justiça”*.

III. Assim sendo, parece indeclinável uma intervenção do legislador nacional, pelo menos para o efeito de prever e determinar os termos do sancionamento das infrações ao Regulamento não previstas nos n.ºs 4 a 6 do artigo 83.º.

Relativamente a uma tal previsão, o Regulamento deixa apenas dois enunciados genéricos, de índole principiológica ou programática – segundo os quais *“as sanções previstas devem ser efetivas, proporcionadas e dissuasivas”* e os Estados-Membros devem tomar *“todas as medidas necessárias para garantir a [...] aplicação”* das sanções previstas (artigo 83.º, n.º 1) –, e a exigência de que os Estados-Membros notifiquem a Comissão *“das disposições do direito interno que adotarem [...] até 25 de maio de 2018 e, sem demora, de qualquer alteração subsequente das mesmas”* (artigo 84.º, n.º 2).

IV. Mas esta intervenção legislativa parece não ser suficiente.

Na verdade, para além de aspectos mais pontuais⁷, os termos do Regulamento tornam essencial uma outra reflexão: a de saber se ou até que ponto não deverão as próprias infrações directamente previstas no Regulamento ser punidas com outras sanções.

Em causa estará, antes de mais – e, perante a aterrorizadora gravidade dos limites das coimas previstas no Regulamento, pode dizer-se mesmo exclusivamente –, a previsão de sanções penais ou criminais.

7) O artigo 83.º, n.º 7, estabelece que *“sem prejuízo dos poderes de correção das autoridades de controlo nos termos do artigo 58.º, n.º 2, os Estados-Membros podem prever normas que permitam determinar se e em que medida as coimas podem ser aplicadas às autoridades e organismos públicos estabelecidos no seu território”*.

Também para essa previsão valem os enunciados principiológicos ou programáticos e a exigência de comunicação constantes dos n.ºs 1 e 2 do artigo 84.º e que atrás ficou referido.

Mas o que é crucial assinalar é que o Regulamento aceita aqui a premissa segundo a qual a ponderação a fazer sobre essa questão é estritamente nacional e depende dos parâmetros gerais de cada ordenamento: *“a natureza das sanções, penal ou administrativa – lê-se no considerando n.º 152 –, deverá ser determinada pelo direito do Estado-Membro”*.

E isto até ao ponto de o Regulamento, apesar de estabelecer *“coimas”*, admitir expressamente, no n.º 9 do artigo 83.º, que *“o sistema jurídico dos Estados-Membros não preveja coimas”*⁸, caso em que *“pode aplicar-se o [artigo 83.º] de modo a que a coima seja proposta pela autoridade de controlo competente e imposta pelos tribunais nacionais competentes, garantindo ao mesmo tempo que estas medidas jurídicas corretivas são eficazes e têm um efeito equivalente às coimas impostas pelas autoridades de controlo”*. Ao que se seguem as exigências gerais de que *“as coimas impostas devem ser efetivas, proporcionadas e dissuasivas”* e de que esses Estados-Membros notifiquem a Comissão *“das disposições de direito interno que adotarem [...] até 25 de maio de 2018 e, sem demora, de qualquer alteração subsequente das mesmas”*.

O que daqui se retira é a que as opções a fazer, sob este particular aspecto, dependem de uma ponderação de Direito interno: do que se trata é de determinar, no contexto de cada ordem jurídica e de acordo com os seus vectores essenciais, se certas infracções devem constituir crimes ou infracções administrativas (entre nós, contra-ordenações).

Independentemente das dificuldades de uma tal questão, uma coisa parece poder ser à partida apontada como um ponto relativamente firme na reflexão a empreender: é que haverá que ter em conta as incriminações actualmente previstas na Lei de Protecção de Dados (artigos 43.º e ss.). Com ressalva de eventuais necessidades de ajustamento que elas, em si mesmas, suscitem, a verdade é que o contexto da reforma actualmente em curso – que é um contexto de reforço (e não de atenuação) da tutela sancionatória – seguramente que não aponta para uma súbita tensão despenalizadora.

Pelo que a grande questão a colocar e a ponderar com toda a possível prudência será a do alargamento da tutela penal a outras infracções directamente previstas no Regulamento. Ponderação em que confluem muitos vectores diversos, desde a especificidade do domínio da protecção de dados (em que está em causa a protecção de um direito fundamental da categoria dos direitos, liberdades e garantias, integrante do

8) O considerando n.º 151 explica que *“os sistemas jurídicos da Dinamarca e da Estónia não conhecem as coimas tal como são previstas no presente regulamento. As regras relativas às coimas podem ser aplicadas de modo que a coima seja imposta, na Dinamarca, pelos tribunais nacionais competentes como sanção penal e, na Estónia, pela autoridade de controlo no âmbito de um processo por infração menor, na condição de tal aplicação das regras nestes Estados-Membros ter um efeito equivalente às coimas impostas pelas autoridades de controlo. Por esse motivo, os tribunais nacionais competentes deverão ter em conta a recomendação da autoridade de controlo que propõe a coima. Em todo o caso, as coimas impostas deverão ser efetivas, proporcionadas e dissuasivas”*.

essencial direito à reserva da intimidade da vida privada) perante o modo corrente na doutrina e da jurisprudência sobre a questão da diferenciação entre crimes e contra-ordenações, e as exigências de congruência material (em último termo, exigências de igualdade e proporcionalidade) relativamente às incriminações vigentes neste domínio, até à conveniência ou imperiosa necessidade de – pressuposto o *ne bis in idem*, que os considerandos do Regulamento expressamente referem – evitar ou limitar as coimas patentemente desproporcionais e indeterminadas previstas no Regulamento.

2.2. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA?

Mas uma segunda questão se suscita, relativamente às infracções directamente previstas no Regulamento que não sejam substituídas por crimes, mediante a previsão de sanções mais graves.

Essas infracções são, como se dirá já de seguida, contra-ordenações.

E o problema que se levanta é o da reserva relativa de competência da Assembleia da República para legislar em matéria de *“regime geral de punição [...] dos actos ilícitos de mera ordenação social e do respectivo processo”* (artigo 165.º, n.º 1, al. d), da Constituição).

Como é jurisprudência uniforme do Tribunal Constitucional, essa reserva abrange não só a alteração do Regime Geral das Contra-Ordenações («RGCO»), em si mesmo, como a legislação especial que introduza, no seu limitado campo de aplicação, desvio ao mesmo RGCO, como sucede a todo o passo com o regime estabelecido no Regulamento, a começar logo com os limites das sanções previstas no Regulamento, que excedem largamente os limites do artigo 17.º do RGCO⁹.

Será esta reserva susceptível de ser afastada nesta matéria, por aplicação directa de um instrumento jurídico da União Europeia?

Em texto anteriormente publicado, defendi que não¹⁰.

O que conduz à conclusão pela necessidade de intervenção legislativa portuguesa, mesmo no domínio das infracções directamente previstas no Regulamento e que se mantenham como tal.

2.3. CONCLUSÃO

A grande conclusão a retirar é a de que, em geral, em matéria sancionatória, apesar de estarmos perante um Regulamento, se torna indeclinável a mediação de lei

9) Cfr., com mais indicações, os acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 447/91, 380/99 e, mais recentemente, 374/2013, in www.tribunalconstitucional.pt.

10) JOSÉ LOBO MOUTINHO/DAVID SILVA RAMALHO, ob. e loc. cit., pp. 25 ss.

portuguesa, que preveja as infracções ao Regulamento não directamente nele tipificadas, que estabeleça normas incriminadoras e que permita respeitar a reserva relativa da Assembleia da República em matéria de regime geral das contra-ordenações.

Como se irá vendo na sequência, mesmo prescindindo de outros aspectos mais pontuais¹¹, essa necessidade de intervenção legislativa resulta também dos termos em que o Regulamento trata – ou, as mais das vezes, *não trata* – de aspectos absolutamente decisivos do regime sancionatório.

Legislador português. Precisa-se.

3. AS INFRAÇÕES DIRECTAMENTE PREVISTAS NO REGULAMENTO

3.1. NATUREZA: CONTRA-ORDENAÇÕES

As sanções aplicáveis às infracções directamente puníveis por força do Regulamento são expressamente qualificadas como “coimas”¹² e, mais exactamente, “coimas impostas pelas autoridades de controlo” (cfr. artigo 83.º, n.º 9).

Também aqui houve uma evolução da Proposta para a versão final do Regulamento. A primeira, ao falar simplesmente em “sanções administrativas”, não permitia um enquadramento das infracções como contra-ordenações. Diferentemente, qualificando o Regulamento expressamente como “coimas” as sanções, tendo em conta o critério formal, *rectius*: nominal¹³ para a definição de crime e de contra-ordenação – no primeiro caso, a prática de um facto declarado passível de “pena” por lei (artigo 1.º, n.º 1, do Código Penal), e, no segundo, a prática de um facto que preencha um tipo legal no qual se comine uma “coima” (artigo 1.º do RGCO) – estaremos perante contra-ordenações.

Esta qualificação tem como consequência directa a aplicabilidade do RGCO, naquilo que não for expressamente regulado no Regulamento – o que supera as dúvidas que a Proposta suscitava a esse respeito¹⁴.

11) É de notar que, de acordo com o artigo 83.º, n.º 7, do Regulamento, “*sem prejuízo dos poderes de correção das autoridades de controlo nos termos do artigo 58.º, n.º 2, os Estados-Membros podem prever normas que permitam determinar se e em que medida as coimas podem ser aplicadas às autoridades e organismos públicos estabelecidos no seu território*”.

12) A versão alemã também qualifica as sanções como “*Gelbußen*”, que são exactamente as sanções correspondentes à definição legal das contra-ordenações (“*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*”) “§ 1 (*Begriffsbestimmung*): *Eine Ordnungswidrigkeit ist eine rechtswidrige und vorwerfbare Handlung, die den Tatbestand eines Gesetzes verwirklicht, das die Abhandlung mit einer Geldbuße zulässt*”. Já a versão inglesa fala em “administrative fines” e a francesa em “*amendes administratives*”.

13) «*É que para, por seu turno, se apurar quando estamos perante uma coima não parece bastar uma mera equivalência de natureza (sanção pecuniária não convertível em prisão), como demonstram os casos, não só das multas disciplinares, como das multas processuais e das multas aplicáveis às pessoas colectivas em caso de crime. Tudo vem, pois, a depender do facto de o texto da lei conter a palavra “coima” para designar a sanção correspondente ao facto ilícito. A opção por um critério nominal é, sem dúvida, de entre todas, a mais pragmática, na medida em que poupa o intérprete à questão da qualificação*» (JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Direito das contra-ordenações – Ensinar e investigar*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008, pp. 29-30).

14) JOSÉ LOBO MOUTINHO/DAVID SILVA RAMALHO, ob. e loc. cit., pp. 25 ss.

3.2. PODERES SANCIONATÓRIOS DA AUTORIDADE DE CONTROLO

Implicação ou aspecto absolutamente essencial da qualificação das infracções como contra-ordenações é a “*regra da competência das autoridades administrativas*” para o respectivo processamento e aplicação das coimas (cfr. art. 33.º do RGCO).

Ora, de uma forma geral, de acordo com o artigo 34.º, n.º 1, do RGCO, “*a competência em razão da matéria pertencerá às autoridades determinadas pela lei que prevê e sanciona as contra-ordenações*”.

Como o próprio Regulamento estabelece, as coimas são “*impostas pelas autoridades de controlo*” (cfr. art. 83.º, n.º 9).

As autoridades de controlo - que o Regulamento dota daquilo a que chama um “*estatuto independente*” (cfr. arts. 51.º ss.) – “*são competentes para prosseguir as atribuições e exercer os poderes que lhes são conferidos pelo [...] regulamento no território do seu próprio Estado-Membro*” (artigo 55.º, n.º 1).

Entre as “*atribuições*” das autoridades de controlo (art. 57.º, n.º 1) contam-se as de:

- a) Controlar e executar a aplicação do Regulamento (al. a));
- b) Conduzir investigações sobre a aplicação do presente regulamento, incluindo com base em informações recebidas de outra autoridade de controlo ou outra autoridade pública (al. h)).

Por outro lado, as autoridades de controlo dispõem de poderes de investigação, poderes de correção e de sanção, e poderes consultivos e de autorização.

Em suma, materialmente estamos, portanto, perante o figurino essencial de uma autoridade administrativa (ou pública) independente (cfr. artigo 51.º, n.º 1) – com tudo o que isso implica –, muito embora a nossa COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS («CNPD»), não esteja abrangida pela Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, que, para usar os termos do seu próprio sumário, estabeleceu apenas a lei-quadro das entidades administrativas independentes “*com funções de regulação da atividade económica*”.

No que agora importa: “*a fim de reforçar e harmonizar as sanções administrativas para violações do presente regulamento, as autoridades de controlo deverão ter competência para impor coimas*” (considerando n.º 150). No entanto, como se dirá adiante, o Regulamento optou por uma enorme flexibilização do quadro sancionatório, pelo que prevê a aplicação de outras medidas – as medidas correctivas – “*para além ou em vez*”

da coima (cfr. artigo 58.º, n.º 2, al. i)). Por essa razão, chega a incluir a imposição de sanções entre as medidas correctivas (art. 58.º, n.º 2, al. i)). Noutros passos, porém, distingue “*poderes de correção e de sanção*” (cfr. considerando n.º 129).

É, além disso, digno de nota que o Regulamento estabelece que “*os Estados-Membros estabelecem por lei que as suas autoridades de controlo estão habilitadas a levar as violações do presente regulamento ao conhecimento das autoridades judiciais e, se necessário, a intentar ou de outro modo intervir em processos judiciais, a fim de fazer aplicar as disposições do presente regulamento*” (artigo 58.º, n.º 5).

3.3. OS RESPONSÁVEIS PELAS CONTRA-ORDENAÇÕES

No que respeita às infracções, é de destacar a manutenção da dúvida acerca dos responsáveis, que a Proposta já suscitava¹⁵.

O artigo 4.º do Regulamento preocupa-se em definir empresa (*enterprise*) e grupo de empresas (*group of undertakings*) “*para os efeitos do presente regulamento*”. Segundo essa disposição, «*empresa*», é “*uma pessoa singular ou coletiva que, independentemente da sua forma jurídica, exerce uma atividade económica, incluindo as sociedades ou associações que exercem regularmente uma atividade económica*” (al. 18)) e «*grupo empresarial*» é “*um grupo composto pela empresa que exerce o controlo e pelas empresas controladas*” (al. 19)).

No entanto, no contexto sancionatório, o Regulamento não usa da expressão “*empresa*” nesse sentido.

Na verdade, as coimas são diferenciadas consoante sejam ou não aplicáveis a uma “*empresa*” (cfr. artigo 83.º, n.ºs 3, 4 e 5). Ora, se a expressão “*empresa*”, estivesse a ser usada no sentido do artigo 4.º faltaria a previsão do caso dos grupos empresariais.

O considerando n.º 150 parece pretender esclarecer este mistério ao afirmar que “*sempre que forem impostas coimas a empresas, estas deverão ser entendidas como empresas nos termos dos artigos 101.º e 102.º do TFUE para esse efeito*”. Portanto, podem ser sancionadas empresas ou “*coimas a pessoas que não sejam empresas nesse sentido*”.

Já é surpreendente que se pretenda que a definição de um elemento de uma norma sancionatória – o sujeito (agente e responsável)¹⁶ –, enquanto tal coberto pelo princípio da legalidade, seja dada num simples considerando, sem força vinculativa.

15) Cfr. JOSÉ LOBO MOUTINHO/DAVID SILVA RAMALHO, ob. e loc. cit., pp. 27 ss.

16) Sobre o sujeito agente e responsável pela infracção como elemento da norma incriminadora, conquanto não do tipo de crime, cfr. JOSÉ LOBO MOUTINHO, *Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2005, pp. 253 ss.

Sucedee, ainda por cima, que as regras do Tratado para que se apela versam sobre práticas anti-concorrenciais e, embora usem a expressão “*empresa*”, não incluem expressamente qualquer definição da mesma, a qual é dada, ainda que na sequência da jurisprudência do Tribunal de Justiça¹⁷, pelos Direitos nacionais (entre nós, artigo 3.º do Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio - «RJC»¹⁸).

Fica-se, assim, na dúvida sobre a noção de “*empresa*” utilizada nas normas sancionadoras. Dúvida que, em termos práticos, traz consigo a indeterminação sobre a sanção a aplicar a empresas integradas em grupos, uma vez que a coima a aplicar às “*empresas*” tem como máximo uma percentagem do seu “*volume de negócios anual a nível mundial correspondente ao exercício financeiro anterior*” (cfr. artigo 83.º, n.ºs 4, 5 e 6) e este é naturalmente diferente consoante se considere a empresa em si e por si ou o grupo de empresas em que ela se insira.

Mais uma tarefa, portanto, para o legislador nacional.

3.4. SOBRE AS SANÇÕES APLICÁVEIS

3.4.1. UM SISTEMA PUNITIVO FLEXÍVEL?

I. Como já houve ocasião de anotar, o Regulamento faz uma opção pela flexibilidade do sistema punitivo, ou, se se quiser, de reacção às violações das suas normas que estão directamente nele previstas.

Muito embora preveja coimas, a verdade é que, a propósito dos poderes de correcção, prevê medidas que podem ser acumuladas com ou substituídas às coimas.

O artigo 58.º, n.º 2, na verdade, estabelece que “*cada autoridade de controlo dispõe dos seguintes poderes de correcção:*”

a) Fazer advertências ao responsável pelo tratamento ou ao subcontratante no sentido de que as operações de tratamento previstas são suscetíveis de violar as disposições do presente regulamento;

b) Fazer repreensões ao responsável pelo tratamento ou ao subcontratante sempre que as operações de tratamento tiverem violado as disposições do presente regulamento;

17) Cfr. JORGE COUTINHO DE ABREU, in AA.VV., *Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense*, Almedina, 2013, p. 34, e n. 3.

18) De acordo com o qual se considera “*qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento*” (n.º 1) e uma única empresa “*o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou mantêm entre si laços de interdependência decorrentes, nomeadamente:*

a) De uma participação maioritária no capital;

b) Da detenção de mais de metade dos votos atribuídos pela detenção de participações sociais;

c) Da possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou de fiscalização;

d) Do poder de gerir os respetivos negócios” (n.º 2).

- c) Ordenar ao responsável pelo tratamento ou ao subcontratante que satisfaça os pedidos de exercício de direitos apresentados pelo titular dos dados nos termos do presente regulamento;
- d) Ordenar ao responsável pelo tratamento ou ao subcontratante que tome medidas para que as operações de tratamento cumpram as disposições do presente regulamento e, se necessário, de uma forma específica e dentro de um prazo determinado;
- e) Ordenar ao responsável pelo tratamento que comunique ao titular dos dados uma violação de dados pessoais;
- f) Impor uma limitação temporária ou definitiva ao tratamento de dados, ou mesmo a sua proibição;
- g) Ordenar a retificação ou o apagamento de dados pessoais ou a limitação do tratamento nos termos dos artigos 16.º, 17.º e 18.º, bem como a notificação dessas medidas aos destinatários a quem tenham sido divulgados os dados pessoais nos termos do artigo 17.º, n.º 2, e do artigo 19.º;
- h) Retirar a certificação ou ordenar ao organismo de certificação que retire uma certificação emitida nos termos dos artigos 42.º e 43.º, ou ordenar ao organismo de certificação que não emita uma certificação se os requisitos de certificação não estiverem ou deixarem de estar cumpridos;
- i) Impor uma coima nos termos do artigo 83.º, para além ou em vez das medidas referidas no presente número, consoante as circunstâncias de cada caso;
- j) Ordenar a suspensão do envio de dados para destinatários em países terceiros ou para organizações internacionais”.

Por seu turno, o artigo 83.º, n.º 2, estabelece que “consoante as circunstâncias de cada caso, as coimas são aplicadas para além ou em vez das medidas referidas no artigo 58.º, n.º 2, alíneas a) a h) e j)”. Acrescenta-se que, “ao decidir sobre a aplicação de uma coima e sobre o montante da coima em cada caso individual”, são tidas “em devida consideração” uma série de circunstâncias.

II. A questão que aqui se suscita é antes de mais, uma questão de entendimento global do sistema.

Uma primeira leitura destas disposições deixa no ar a ideia de que, perante uma infracção, haveria uma primazia da aplicação de medidas correctivas, sendo a aplicação de uma coima uma mera eventualidade, objecto de uma decisão no caso concreto,

em função de um juízo global de adequação perante as circunstâncias do caso. Em suma, as autoridades de controlo deveriam, antes de mais, aplicar as medidas correctivas que coubessem, decidindo apenas em função das circunstâncias do caso concreto aplicar ou não uma coima.

Trata-se de uma interpretação, sem dúvida, tentadora, a exprimir uma abordagem positiva, de preferir a pedagogia à punição, e apostada, antes de mais, em conseguir que a consciência e o respeito pelo direito à protecção de dados se vá efectivamente impondo na vida social e económica.

Note-se que não se estaria (ou não se estaria necessariamente) perante um sistema de oportunidade. Por um lado, não decorre de lado nenhum do Regulamento a imposição ou admissão de um qualquer juízo sobre o procedimento; por outro, trata-se de um juízo *“consoante as circunstâncias de cada caso”* – e não em função de um juízo de oportunidade e conveniência.

No entanto, esta leitura não é a única possível.

Pode ler-se, na verdade, no considerando n.º 148: *“a fim de reforçar a execução das regras do presente regulamento, deverão ser impostas sanções, incluindo coimas, por violação do presente regulamento, para além, ou em substituição, das medidas adequadas que venham a ser impostas pela autoridade de controlo nos termos do presente regulamento. Em caso de infração menor, ou se o montante da coima suscetível de ser imposta constituir um encargo desproporcionado para uma pessoa singular, pode ser feita uma repreensão em vez de ser aplicada uma coima. Importa, porém, ter em devida conta a natureza, gravidade e duração da infração, o seu carácter doloso, as medidas tomadas para atenuar os danos sofridos, o grau de responsabilidade ou eventuais infrações anteriores, a via pela qual a infração chegou ao conhecimento da autoridade de controlo, o cumprimento das medidas ordenadas contra o responsável pelo tratamento ou subcontratante, o cumprimento de um código de conduta ou quaisquer outros fatores agravantes ou atenuantes”*.

Ora, nesta leitura, a base do sistema continua a ser a aplicação das coimas, a qual só pode ser dispensada em circunstâncias excepcionais – e grosso modo correspondentes aos pressupostos de aplicação da admoestação, que o artigo 50.º do RGCO exprime assim: *“quando a reduzida gravidade da infração e da culpa do agente o justifique”*.

Só nesses casos será lícito substituir a coima por uma *“repreensão”* (artigo 58.º, n.º 2, al. a))¹⁹.

A verdade é, porém, que estamos, de novo, perante um mero considerando.

Quid juris? Qual é o sistema adoptado pelo Regulamento?

19) O problema já não se coloca relativamente ao poder de *“fazer advertências”* uma vez que estas são *“no sentido de que as operações de tratamento previstas são suscetíveis de violar as disposições do presente regulamento”* (artigo 58.º, n.º 2, al. b)).

III. A esta fundamental indefinição acresce uma outra, existente em qualquer das duas interpretações, embora naturalmente mais ampla e patente na primeira: a indefinição dos casos em que (i) a coima deve ser aplicada isoladamente, (ii) daqueles em que deve ser cumulada com medidas correctivas e (iii) daqueles em que deve ser substituída por medidas correctivas.

IV. Estas indefinições são indirectamente confirmadas pelo Regulamento, que atribui ao *Comité europeu para a proteção de dados*, a missão de elaborar “*diretrizes dirigidas às autoridades de controlo em matéria de aplicação das medidas a que se refere o artigo 58.º, n.ºs 1, 2 e 3, e de fixação de coimas nos termos do artigo 83.º*” (artigo 70.º, n.º 1, al. k)).

Trata-se de solução que, em certa medida, conta com o precedente das orientações para o cálculo das coimas existentes no domínio da concorrência, tanto a nível europeu como entre nós²⁰.

No entanto, é bom de ver os problemas que, já deixando de lado a questão geral da necessidade de autorização legislativa, suscita a relegação destas questões – que incluem o travejamento essencial do sistema sancionatório e a definição última dos casos em que se aplica ou não uma coima nas diferentes situações – para meras directrizes, emanadas de uma entidade composta pelos directores das autoridades de controlo dos vários Estados-membros²¹, e eventualmente não vinculativas sequer para as próprias autoridades (como sucede com as orientações em matéria de aplicação de coimas em matéria de concorrência)²².

Também aqui se abre, pois, o espaço para uma intervenção do legislador português.

3.4.2. O MODELO DE DETERMINAÇÃO DAS COIMAS

I. Grandes dúvidas suscita o regime estabelecido também relativamente às coimas.

A primeira é *hoc-sensu* fundamental e respeita ao modelo de base adoptado quanto à determinação das coimas.

20) A nível europeu, cfr. artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002, e *Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 (2006/C-210/02)*, in *Jornal Oficial da União Europeia* C-210, de 01-09-2006. *Entre nós*, cfr. artigo 69.º do RJC, e *Linhas de orientação sobre a metodologia a utilizar na aplicação de coimas no âmbito do artigo 69.º, n.º 8, da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio*, in <https://goo.gl/iP4Zyw>

21) De acordo com o artigo 68.º do Regulamento, “o Comité é composto pelo diretor de uma autoridade de controlo de cada Estado-Membro e da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados, ou pelos respetivos representantes” (n.º 3). “Quando, num determinado Estado-Membro, haja mais do que uma autoridade de controlo com responsabilidade pelo controlo da aplicação do presente regulamento, é nomeado um representante comum nos termos do direito desse Estado-Membro” (n.º 4).

22) Sobre a questão, cfr. JOSÉ LOBO MOUTINHO, in MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES (colab. JOSÉ LOBO MOUTINHO), *Leis das Práticas Restritivas do Comércio: Comentário*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 261 ss.

O RGCO assume, à semelhança do que sucede com o Código Penal, um modelo de determinação da coima num duplo passo: à determinação legal (em sentido material – uma vez que as contra-ordenações podem ser previstas em regulamento) de uma medida abstracta da coima, variável entre um máximo e um mínimo (cfr. artigo 17.º) segue-se a determinação concreta da coima, que é monofásica porque corresponde à ponderação simultânea de determinados factores (cfr. artigo 18.º).

No entanto, mal ou bem – e, anticipo já, constitucional ou inconstitucionalmente – não é esse o único modelo estabelecido na lei portuguesa. Na verdade, nas contra-ordenações da concorrência, tanto a nível europeu, como entre nós, é diferente o modelo estabelecido (em parte na lei e em parte em orientações estabelecidas pela autoridade administrativa²³), estamos perante um sistema de determinação directa e bifásica da coima, que, em rigor, prescinde de uma medida legal da coima. A determinação da coima tem, como primeiro passo, a determinação de um (determinado) “*montante de base*” determinado à partida (que, entre nós, corresponde a uma percentagem entre 0 e 10% do volume de negócios relacionado com a infracção). Num segundo momento, procede-se a um ajustamento desse montante, em função das circunstâncias relevantes, atenuantes e agravantes. Finalmente, o montante que resulte desse ajustamento pode ser aumentado ou reduzido em função dos factos no seu conjunto²⁴. E a lei marca um limite que a coima não pode exceder (que é, consoante os casos, de 10% ou 1% do volume de negócios da empresa no ano anterior), mas que não é, na verdade, um limite máximo de uma medida legal da sanção, mas apenas um limiar inultrapassável numa operação de determinação da sanção que não se orienta por ele.

Olhando agora para o Regulamento, vemos que vários sinais vão neste segundo sentido.

Antes de mais, tal como sucede na legislação da concorrência, o Regulamento antepõe a questão dos factores relevantes, na situação concreta, para a determinação da coima – nos n.ºs 1 e 2 do artigo 83.º – à determinação dos respectivos limites – nos n.ºs 4 e 6 do mesmo artigo –, determinação esta que se dá sempre com a ressalva expressa de que é feita “*em conformidade com o n.º 2*”.

Por outro lado, na passagem da Proposta para o Regulamento, as coimas foram brutalmente agravadas: de € 250.000, € 500.000 ou € 1.000.000 – consoante os casos – para € 10.000.000€ ou € 20.000.000; de 0,5%, 1% ou 2% do volume de negócios para 2% ou 4%, estando em causa empresas.

Em terceiro lugar, o Regulamento não determina qualquer mínimo, mas apenas o máximo das coimas aplicáveis a cada uma das espécies de infracção.

23) Cfr. artigo 69.º do RJC-e as já referidas *Linhas de orientação* emanadas da Autoridade da Concorrência. A nível europeu, cfr. artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 e as já citadas *Orientações para o cálculo das coimas* emanadas da Comissão.

24) Cfr. *Linhas de orientação* emanadas da Autoridade da Concorrência, III, pp. 4 ss.

E finalmente, como já se referiu a outro propósito, entre as atribuições do Comité europeu para a protecção de dados conta-se a de elaborar “*diretrizes dirigidas às autoridades de controlo em matéria de [...] e de fixação de coimas nos termos do artigo 83.º*” (artigo 70.º, n.º 1, al. k)).

É, pois, perfeitamente possível que nos encaminhemos para uma solução deste tipo também no domínio da protecção de dados.

II. Estando perante mais uma indefinição num momento absolutamente central do regime sancionatório, tem aqui pleno cabimento quanto se deixou atrás dito relativamente ao sistema sancionatório.

No entanto, neste ponto importa ir mais longe.

É que a segunda solução afigura-se patentemente inadmissível perante o princípio constitucional da legalidade das sanções contra-ordenacionais.

Foi exactamente isso que o Supremo Tribunal Federal alemão já declarou em relação à regulamentação da concorrência, tendo procedido à interpretação conforme à Constituição da mesma legislação, considerando que o máximo estabelecido na lei não seria um simples limiar máximo, um mero topo («*Kappungsgrenze*»), mas um verdadeiro máximo legal de uma medida legal da sanção, com uma função orientadora (de ponto de partida) na operação de determinação concreta da coima²⁵.

Resta saber, porém, até que ponto essa interpretação, não só é admissível, como sobretudo se resolve o problema de legalidade em presença.

Para tanto, não basta uma troca de nomes, como se isso alterasse a realidade. É necessário que o limite possa cumprir e cumpra efectivamente a função de limite máximo da coima que lhe está assinalada.

Nesse sentido, a metodologia para que apontam as linhas orientadoras no âmbito da concorrência torna-se inadmissível. Para que o limite possa funcionar como limite máximo haverá sempre que seguir a metodologia tradicional de determinar um ponto entre o máximo e o mínimo, a partir desse máximo e desse mínimo. Sem isso falar em interpretação dos limites como limites máximos da coima é uma pura ilusão.

No entanto, ainda assim, parece não se conseguir superar as dificuldades que a regulamentação suscita. Sobretudo em função da sua enorme elevação perante o limite mínimo (que, nessa leitura, só poderá ser o do RGCO: € 3,74), a qual não lhe permite

25) BGH, 26.02.2013 - KRB 20/12, in <https://goo.gl/rQwxwr>

Sobre essa decisão, cfr. por todos e com mais indicações, HANS ACHENBACH, «*Grauzement, Bewertungseinheit und Bubgeldobergrenze*», in *WuW - Wirtschaft und Wettbewerb*, 07-08/2013, pp. 688 ss., e in AA. VV., *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, Köln, Otto Schmidt, 2016, § 81, H, d), n.ºs 531 ss.

exercer a função orientadora da determinação da coima em função da gravidade do ilícito e da culpa que é suposto exercer.

3.4.3. OS LIMITES MÁXIMOS DAS COIMAS ESTABELECIDAS

As infracções ao Regulamento nele directamente previstas dividem-se em três grupos a que correspondem duas medidas legais de coimas de diferente gravidade.

Uma parte dessas violações “*está sujeita [...] a coimas até 10 000 000 EUR ou, no caso de uma empresa, até 2 % do seu volume de negócios anual a nível mundial correspondente ao exercício financeiro anterior, consoante o montante que for mais elevado*” (art. 83.º, n.º 4).

Um outro grupo de violações está sujeito a coimas “*até 20 000 000 EUR ou, no caso de uma empresa, até 4 % do seu volume de negócios anual a nível mundial correspondente ao exercício financeiro anterior, consoante o montante que for mais elevado*” (art. 83.º, n.ºs 5 e 6).

Como se escreveu em estudo anterior, para além de problemas de proporcionalidade, na medida em que a infracções de ínfima gravidade possam fazer-se seguir sanções de gravidade inversamente severa – o que depende de uma análise das contra-ordenações na especialidade que ainda está por fazer –, este regime suscita um patente problema de legalidade.

Na verdade, a experiência constitucional portuguesa em matéria de contra-ordenações ensina que o princípio da determinação das sanções, como momento do princípio da legalidade estabelecido no artigo 29.º da Constituição, não é aplicável apenas no Direito Penal ou Criminal, mas ainda noutros Direitos sancionatórios, como momento fundamental de tutela da pessoa perante o Estado (mormente, o Estado-Administração) no exercício do seu temível poder de punir e que, nessa vertente se enquadra logo a proscricção de sanções com limites tão distantes entre si que traduziriam a transferência da função legislativa (ou normativa) para o aplicador da sanção e, portanto, a ausência de qualquer garantia contra o arbítrio.

No entanto, a jurisprudência do Tribunal Constitucional apesar das divergências a respeito da concretização dessa exigência²⁶, tem-se caracterizado, de uma forma geral, por uma generosa tolerância relativamente a coimas de enorme amplitude e com máximos extremamente elevados.

Assim sucedeu com o Acórdão n.º 85/2012, em que estava em causa a coima de € 25.000 a € 2.500.000 cominada pelo artigo 389.º, n.º 1, al. a) do Código dos Valores Mobiliários, e com os Acórdãos n.ºs 78/2013 e 612/2014, em que estava em causa a coima de € 5.000 e € 5.000.000 prevista no artigo 113.º da Lei das Comunicações Electrónicas, até 2011.

26) Cfr. Acs. TC-n.º 574/95, 547/01 e 41/2004.

Apesar de tudo – e porque tudo tem limites – não parece ser de prever que essa postura se possa manter quando em causa estão coimas até € 10.000.000 ou € 20.000.000.

Esse será um incentivo para que, na legislação nacional, se preveja um regime que, respeitando embora o topo estabelecido no Regulamento, possa, na medida do possível, respeitar antes dele os princípios constitucionais da proporcionalidade e da legalidade.

Não pode esquecer-se a fundamental advertência que EDUARDO CORREIA, enquanto Ministro da Justiça, deixou exarada no relatório do diploma que introduziu as contra-ordenações entre nós: *“para obviar [...] a perigos e abusos, submete-se a aplicação da coima a um estrito princípio de legalidade”*²⁷.

Texto escrito segundo a antiga ortografia

27) Relatório do Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho, nº 5.

