



Proteção de Dados e Comércio Jurídico: *CNPD em Vénus, STA em Marte*

Raquel Brízida Castro ¹

1.1. O problema

O tema dos prazos de conservação de dados pessoais é ainda negligenciado pela doutrina jurídico-constitucional. Porém, o princípio da limitação da conservação, conforme tentaremos demonstrar, assume relevância jusfundamental incontestável, posto que constitui uma garantia imprescindível das posições jurídicas subjetivas em que se decompõe o direito à autodeterminação informativa, cujo enquadramento jurídico-constitucional ensaiaremos em termos muito breves. Na verdade, na definição de prazos de conservação de dados pessoais digladiam-se direitos e interesses cuja harmonização cabe, preferencialmente, ao legislador democrático. É assim no ordenamento jurídico-constitucional português e, como veremos, na jurisprudência do Tribunal de Justiça mais recente. Nos casos insuscetíveis de categorização legislativa, a

* O presente texto baseou-se nos tópicos da intervenção sobre o artigo 40.º do Código Comercial, proferida no Congresso de Direito Comercial, parceria da Revista de Direito Comercial e do CEJ - Centro de Estudos Judiciários, em 28 de novembro de 2019.

¹ Doutora em Direito. Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogada na PV&A – Pais de Vasconcelos & Associados.



nova lei portuguesa² de execução do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD)³ subtraiu a intervenção prévia da Autoridade de Controlo (CNPD)⁴, conferindo, indiretamente, essa ponderação a cada responsável pelo tratamento, *in casu*. Qualquer definição de prazos de conservação não prescinde, porém, do escrutínio implacável do princípio da proporcionalidade, tal como a respetiva fundamentação, atenta a diversidade de direitos e interesses eventualmente implicados.

1.2. O direito à autodeterminação informativa: Brevíssimo enquadramento jurídico-constitucional

A Constituição portuguesa consagra, no artigo 35.º, o direito à autodeterminação informativa⁵. A doutrina reconhece-lhe a feição germânica e recorta-o como “*um direito complexo, um feixe de posições jurídicas subjetivas*”⁶, que protege a pessoa de tornar-se um “*simples objeto de informações*”⁷, em conformidade com os

² Cf. Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto.

³ Regulamento UE de 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.

⁴ Comissão Nacional de Proteção de Dados.

⁵ SOUSA PINHEIRO, Alexandre (2015) *Privacy e Proteção de Dados Pessoais: a Construção Dogmática do Direito à Identidade Informativa*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa: Lisboa.

⁶ CALVÃO, Filipa ((2018) *Direito da Proteção de Dados Pessoais: Relatórios obre o programa, os conteúdos e os métodos da disciplina*, Universidade Católica: Porto; cit., p. 50.

⁷ CANOTILHO, Gomes/MOREIRA, Vital (2007) *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I*; Almedina: Coimbra; cit., p. 551.



ensinamentos da fórmula do objeto no contexto do princípio da dignidade da pessoa humana.

Entre esses direitos⁸, avulta o direito de conhecer a finalidade dos tratamentos de dados, pois é dela que resulta a adequação, pertinência e proporcionalidade dos dados, ou do respetivo período de conservação⁹. O princípio da limitação da conservação que nos ocupa ou da *limitação em termos temporais*, constitui um elo imprescindível de harmonia das várias posições jurídicas subjetivas, alojadas no direito à autodeterminação informativa.

A sua dimensão negativa inclui *“um dever de segredo e de*

⁸ No elenco de SARMENTO E CASTRO: *“são vários os direitos a que o artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa concede expressa dignidade constitucional, compondo um direito do indivíduo à autonomia informacional: o direito de acesso aos tratamentos de dados pessoais para conhecimento dos dados que lhe respeitem; o direito de retificação dos dados pessoais, quando estejam errados ou incompletos, e o direito da sua atualização, de modo a que representem de modo fiel a informação do indivíduo; o direito a conhecer a finalidade dos tratamentos de dados, finalidade que é determinante, por exemplo, para se apurar da adequação, pertinência e proporcionalidade dos dados, ou do respetivo período de conservação ou, ainda, da eventual existência de desvios de finalidade (n.º 1); o direito ao não tratamento de dados cujo processamento se pode revelar especialmente sensível (n.º 3); o direito à não divulgação de dados objeto de tratamento, traduzido na proibição do acesso aos dados por terceiros (n.º 3), que obriga à imposição de um dever de segredo/sigilo profissional, que impede sobre quem trata os dados pessoais, seja como responsável, ou como técnico.”* - SARMENTO E CASTRO, Catarina, “40 anos de “Utilização da Informática - o artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa”, in *e-Pública Vol. 3 No. 3*, dezembro 2016 (042-066); cit.; p. 50.

⁹ SARMENTO E CASTRO, Catarina, “40 anos de “Utilização da Informática - o artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa”, in *e-Pública Vol. 3 N.º 3*, dezembro 2016 (042-066); cit., p. 50.



*segurança*¹⁰, resultante do “direito à abstenção de ingerência”¹¹ que lhe é inerente e que vincula os responsáveis dos tratamentos de informações pessoais. Garante a defesa do titular perante qualquer operação de tratamento ilegítima dos seus dados pessoais, atento o corresponsável dever de abstenção do Estado e privados.

Por sua vez, a vertente positiva do direito à autodeterminação informativa traduz-se na disponibilização de instrumentos jurídicos que permitem ao titular dos dados controlar os seus dados pessoais. Em consequência, revela-se através de um direito à conformação dos tratamentos a que os seus dados pessoais ficam sujeitos, “*podendo cada indivíduo determinar o que podem os outros, em cada momento, saber e usar a seu respeito, controlando a partilha e utilização dos seus dados pessoais*”¹². Neste conspecto, sobressaem os deveres de proteção do direito à autodeterminação informativa que recaem sobre o Estado e todos os poderes públicos, através da previsão expressa de restrições a todas as operações de tratamento de dados pessoais¹³.

Mais concretamente, por um lado, o titular dos dados tem o direito de defesa e reação contra prazos desnecessários de

¹⁰ CANOTILHO, Gomes/MOREIRA, Vital (2007) *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I*; Almedina: Coimbra; cit., p. 552.

¹¹ CALVÃO, Filipa ((2018) *Direito da Proteção de Dados Pessoais: Relatórios obre o programa, os conteúdos e os métodos da disciplina*, Universidade Católica: Porto; cit., p. 50.

¹² SARMENTO E CASTRO, Catarina, “40 anos de “Utilização da Informática” - o artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa”, *in e-Pública Vol. 3 N.º 3*, dezembro 2016 (042-066); cit., p. 50.

¹³ CANOTILHO, Gomes/MOREIRA, Vital (2007) *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I*; Almedina: Coimbra; cit., p. 552.



conservação dos seus dados, atentatórios do princípio da proporcionalidade. Pela sua natureza, esse mesmo titular goza de um direito à proteção, oponível a públicos e privados, cabendo ao Estado a realização de prestações, normativas ou materiais com vista a garantir, *in casu*, que os prazos de conservação dos seus dados pessoais são os estritamente necessários à realização das finalidades legítimas do tratamento a que sejam sujeitos. Note-se que a doutrina não hesita em reconhecer, no contexto da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o dever de prestações normativas a cargo do Estado “*para a realização plena da autodeterminação da pessoa em face do uso da informática*”¹⁴. No plano da vinculação privada, tais deveres de proteção incidem sobre os privados¹⁵.

Tal direito, inserido plenamente nos direitos, liberdades e garantias, está sujeito ao respetivo regime de proteção jurídica. Assinale-se, em termos meramente perfunctórios, a sua sujeição à reserva de Lei (artigo 165.º, n.º 1, alínea b), da CRP); reserva de densificação total; proibição de deslegalização (artigo 112.º, n.º 5, da CRP); princípio da aplicabilidade direta (artigo 18.º, n.º 1, da CRP); princípio da concordância prática (artigo 18.º, n.º 2, 2.ª parte, da CRP); entre outros. Da mesma forma, tal direito vincula, nos termos constitucionais, entidades públicas e privadas¹⁶. Com efeito, sem querer aprofundar a questão, a doutrina mais recente realça que “o

¹⁴ RIBEIRO DE FARIA, Maria Paula (2005), “Anotação ao Artigo 35.º”, in *Constituição Portuguesa Anotada*, Org. Jorge Miranda e Rui Medeiros; Coimbra Editora: Coimbra; cit.; p. 790.

¹⁵ CALVÃO, Filipa ((2018) *Direito da Proteção de Dados Pessoais: Relatórios obre o programa, os conteúdos e os métodos da disciplina*, Universidade Católica: Porto; cit., p. 51.

¹⁶ Cf. Artigo 18.º, n.º 1, última parte, da CRP.



*Estado está, em determinadas circunstâncias, obrigado a um dever de proteção*¹⁷, mesmo na ausência do legislador, posto que a sua intervenção “*não tem um carácter constitutivo, mas meramente declarativo e concretizador*”, pois “*a vinculatividade dos direitos fundamentais inter privados é em si mesma fixada pela Constituição*”¹⁸.

O direito à autodeterminação informativa encontra-se, por sua vez, igualmente sujeito a restrições, podendo, na sua concretização colidir com outros direitos ou bens igualmente dignos de tutela constitucional. Nos casos suscetíveis de categorização legislativa, a solução desses conflitos cabe no âmbito da conformação do legislador democrático. Nos restantes casos, não sendo possível a obtenção de soluções prévias, abstratas, qualquer ponderação, *in casu*, não prescinde do escrutínio implacável do princípio da proporcionalidade, tal como a respetiva fundamentação, ainda que

¹⁷ PEREIRA DA SILVA, Jorge (2015) “*A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre privados. Um problema de geometria variável*”, Este texto corresponde, com outra sistematização e com adaptações de conteúdo, ao que o autor escreveu em *Deveres do Estado de Proteção de Direitos Fundamentais*, Lisboa, 2015, pp. 87 ss. e 388 ss: https://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/noveno/pdfs/05_jorgepereira.pdf

¹⁸ PEREIRA DA SILVA, Jorge (2015) “*A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre privados. Um problema de geometria variável*”, Este texto corresponde, com outra sistematização e com adaptações de conteúdo, ao que o autor escreveu em *Deveres do Estado de Proteção de Direitos Fundamentais*, Lisboa, 2015, pp. 87 ss. e 388 ss: https://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/noveno/pdfs/05_jorgepereira.pdf



a posteriori.

1.3. A relevância jurídico-constitucional dos prazos de conservação de dados pessoais

O artigo 5.º¹⁹ do Regulamento Geral de Proteção de Dados (doravante RGPD) configura a verdadeira “*Constituição do RGPD*”²⁰ ao descrever os princípios do tratamento dos dados pessoais.

Da conjugação dos princípios da *minimização dos dados* e da *limitação da conservação*, cabe extrair a exigência de que os dados pessoais, objeto de tratamento, deverão ser adequados, pertinentes e limitados ao necessário para os efeitos para os quais são tratados. Por conseguinte, o dever de assegurar que o prazo de conservação dos dados seja limitado ao mínimo necessário, na senda da dimensão da adequação do princípio da proporcionalidade em sentido amplo²², não preclude o dever de ser um prazo adequado, necessário e proporcional. Ou seja, tentando simplificar, o prazo apenas pode

¹⁹ Bem como os Considerandos (39), (65), (81), do RGPD.

²⁰ SARMENTO E CASTRO, Catarina, “40 anos de “Utilização da Informática” - o artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa”, *in e-Pública Vol. 3 No. 3*, dezembro 2016 (042-066).

²¹ Secundamos Alexandre Sousa Pinheiro e Carlos Jorge Gonçalves: Anotação ao Artigo 5.º, *in Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*, Sousa Pinheiro (Coord.), Cristina Pimenta Coelho, Tatiana Duarte, Carlos Jorge Gonçalves, Catarina Pina Gonçalves; Almedina: Coimbra; cit., p. 205.

²² Alexandre Sousa Pinheiro e Carlos Jorge Gonçalves: Anotação ao Artigo 5.º, *in Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*, Sousa Pinheiro (Coord.), Cristina Pimenta Coelho, Tatiana Duarte, Carlos Jorge Gonçalves, Catarina Pina Gonçalves; Almedina: Coimbra; cit., p. 209.



ser o necessário, embora tenha, efetivamente, de ser o necessário,

Na perspetiva do direito à autodeterminação informativa, à luz dos testes de proporcionalidade²³, seguindo a subdivisão tradicional dos três subprincípios do princípio da proibição do excesso²⁴, o prazo de conservação de dados pessoais:

- a) Deverá ser apto/adequado/idóneo à realização do fim prosseguido com essa operação de manutenção do tratamento e não indiferente ao prosseguimento da finalidade invocada – *subprincípio da adequação ou da idoneidade*;
- b) Deverá ser o mais suave ou o menos restritivo para atingir a finalidade invocada para a manutenção da operação de tratamento dos dados, justificada como necessária – *subprincípio da necessidade*;
- c) A conservação de dados pessoais e as finalidades realizadas com essa operação devem situar-se numa justa medida, não devendo ir além ou ficar aquém do estritamente necessário – *subprincípio da proporcionalidade stricto sensu*;

Nos casos em que não existe ou não é possível a fixação prévia e abstrata dos prazos de conservação, o responsável pelo tratamento deverá definir prazos para o apagamento ou a respetiva revisão

²³ CANAS, Vitalino (2017) *O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos*, Almedina: Coimbra; BLANCO DE MORAIS, Carlos (2018) *Curso de Direito Constitucional: Teoria da Constituição, Tomo II*, Almedina: Coimbra; pp. 482 e segs.

²⁴ REIS NOVAIS, Jorge (2019) *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Almedina: Coimbra; pp. 103 e segs.



periódica. Quando a conservação desses dados violar os princípios *supra* enunciados, designadamente perante prazos desadequados, desnecessários e desproporcionais atentas as finalidades eventualmente invocadas, os titulares têm o direito ao seu apagamento²⁵, enfim a “*serem esquecidos*”.

Tal obrigação impende igualmente sobre o subcontratante. Concluído o tratamento por conta do responsável pelo tratamento, o subcontratante deverá, consoante a escolha do primeiro, devolver ou apagar os dados pessoais, a menos que seja exigida a conservação dos dados pessoais ao abrigo do direito da União ou do Estado-Membro a que o subcontratante está sujeito²⁶.

Sem prescindir, a alínea e), do mesmo artigo 5.º do RGPD, vem, porém, legitimar a conservação dos dados, *de uma forma que não permita a identificação dos titulares dos dados*, durante períodos que superem o período necessário para as finalidades para as quais são tratados. Poderão ser sujeitos a este período excecional os dados, *insuscetíveis de permitir a identificação dos seus titulares*²⁷, que sejam tratados exclusivamente para fins de arquivo de interesse público, ou para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, em conformidade com o artigo 89.º, n.º 1. Desde que esses dados sejam sujeitos à aplicação das medidas técnicas e organizativas adequadas, com vista à garantia dos direitos e liberdades dos respetivos titulares. Trata-se, de resto, de outro aspeto distinto do regime jurídico do tratamento dos dados pessoais com as finalidades descritas, o qual não deve ser considerado

²⁵ Cf. Considerando (65), do RGPD.

²⁶ Cf. Considerando (81), do RGPD.

²⁷ Itálico nosso.



incompatível com as finalidades iniciais, conforme sugere a segunda parte da alínea b) do preceito em análise.

Dispõe ainda o considerando (65) que o prolongamento da conservação dos dados pessoais deverá ser efetuado de forma lícita *“quando tal se revele necessário para o exercício do direito de liberdade de expressão e informação, para o cumprimento de uma obrigação jurídica, para o exercício de funções de interesse público ou o exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento, por razões de interesse público no domínio da saúde pública, para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, ou para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial”*.

A Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto²⁸, veio esclarecer, no seu artigo 21.º, que o prazo de conservação de dados pessoais é o que estiver fixado por norma legal ou regulamentar ou, na falta desta, o que se revele necessário para a prossecução da finalidade. Atenta a natureza e finalidade do tratamento²⁹, pode não ser possível determinar antecipadamente o momento em que o mesmo deixa de ser necessário. Nesses casos, na senda do RGPD, será lícita a conservação dos dados pessoais, desde que sejam adotadas medidas técnicas e organizativas adequadas a garantir os direitos do titular dos dados, designadamente a informação da sua conservação.

Desde logo, mais concretamente, a lei estabelece prazos de

²⁸ Lei de execução do RGPD.

²⁹ O número 2 do preceito legal *supra* identificado exemplifica os fins de arquivo de interesse público, fins de investigação científica ou histórica ou fins estatísticos.



conservação de dados coerentes com prazos de prescrição de direitos, por forma a garantir a prova do cumprimento de obrigações contratuais ou de outra natureza, nas situações em que os dados pessoais sejam necessários para esse efeito.

A cessação da finalidade que motivou o tratamento, inicial ou posterior, de dados pessoais, obriga a que o responsável pelo tratamento proceda à sua destruição ou anonimização. Nos casos em que existe um prazo de conservação de dados imposto por lei, o direito ao apagamento só pode ser exercido, volvido esse prazo³⁰.

Não aprofundaremos, no presente artigo, juízos sobre a (duvidosa) técnica legislativa de remissão genérica ou tentativa de legitimação *a posteriori* de regulamentos definitórios de prazos de conservação, tendencialmente inconstitucional, atenta a inerente compressão de direitos, liberdades e garantias, por normas administrativas, ao arrepio da reserva de lei. Mesmo assim, cumpre, realçar a infungível relevância da intervenção do legislador na fixação dos prazos de conservação de dados pessoais, atento o dever de qualquer ponderação incluir todos os interesses presentes relevantes no comércio jurídico, garantia adicional de segurança jurídica.

Por exemplo, no caso que analisaremos de seguida, impõe-se sublinhar o interesse legítimo de quem queira estabelecer ou

³⁰ O legislador prevê, *ex professo*, os casos em que não existe prazo de conservação. Os dados relativos a declarações contributivas para efeitos de aposentação ou reforma podem ser conservados sem limite de prazo, a fim de auxiliar o titular na reconstituição das carreiras contributivas, desde que sejam adotadas medidas técnicas e organizativas adequadas a garantir os direitos do titular dos dados. (Cf. Artigo 21.º, n.º 6, da Lei 58/2019.



aprofundar relações comerciais com sociedades de outros Estados Membros: as suas expectativas de conhecimento de dados essenciais atinentes a essas sociedades são, indubitavelmente, dignas de tutela jurídica. Sem prescindir, esse interesse geral não prevalece absoluta e incondicionalmente sobre o direito à proteção de dados pessoais, podendo o legislador prever e configurar exceções.

Contudo, na ausência de uma ponderação legislativa, conforme sublinhou o Tribunal de Justiça, a remissão legislativa para as autoridades administrativas deverá, nos termos constitucionais, ser acompanhada de critérios objetivos de definição dos prazos de conservação dos dados pessoais ou, em última instância, da forma de exercício da limitação do tratamento.

1.4. Registo de Sociedades versus Proteção de Dados: Interesses incompatíveis?

O Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção), de 9 de março de 2017³¹, pronunciou-se, em sede de reenvio prejudicial³², sobre a proteção de dados sujeitos à publicidade do registo das sociedades³³,

³¹ Processo C-398/15, *Corte suprema di cassazione* (Tribunal de Cassação, Itália): <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-398/15&language=PT> (última consulta Março 2020).

³² O pedido de decisão prejudicial foi apresentado pela *Corte suprema di cassazione* (Tribunal de Cassação, Itália), no processo *Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce contra Salvatore Manni*.

³³ Cf. Artigo 3.º Primeira Directiva 68/151/CEE do Conselho, de 9 de Março de 1968, tendente a coordenar as garantias que, para protecção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-Membros às sociedades, na aceção do segundo parágrafo do artigo 58º do Tratado, a fim de tornar equivalentes essas



em caso de dissolução, e conseqüente limitação do acesso de terceiros a esses dados.

Salvatore Manni era o administrador único de uma empresa, à qual foi adjudicado um contrato para a construção de um complexo turístico. *Manni* intentou uma ação contra a *Câmara de Comércio de Lecce*, alegando que os imóveis desse complexo não se vendiam por resultar do registo das sociedades que ele tinha sido o administrador único e o liquidatário de uma outra empresa, cuja falência tinha sido declarada em 1992. Essa sociedade tinha sido cancelada do registo das sociedades, na sequência de um processo de liquidação, em 7 de julho de 2005.

No âmbito dessa ação, *Manni* alegou que os seus dados pessoais, constantes do registo das sociedades, foram objeto de tratamento por uma sociedade especializada na recolha e processamento de informação de mercado e na evolução dos riscos (*rating*) e que, apesar de um seu pedido nesse sentido, a *Câmara de Comércio de Lecce* não procedeu ao respetivo cancelamento.

Em consequência, *Manni* pediu ao Tribunal que obrigasse a *Câmara de Comércio de Lecce* a i) cancelar, tornar anónimos ou bloquear os dados que o associavam à falência da dita empresa e ii) que fosse condenada a reparar o prejuízo por ele sofrido pelo facto de a sua reputação ter sido prejudicada. O Tribunal de *Lecce* considerou ambos os pedidos procedentes, sustentando que “*as inscrições que associam o nome de uma pessoa singular a uma fase crítica da vida da empresa (como a falência) não podem ser perenes,*

garantias em toda a Comunidade: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:31968L0151>



na falta de um interesse geral específico na respetiva conservação e divulgação”.

Na ausência de previsão expressa de um prazo no Código Civil, o juiz entendeu que, após um período adequado, concluída a falência da sociedade em causa e o seu cancelamento do registo das sociedades, *“a necessidade e a utilidade da indicação do nome do antigo administrador único dessa sociedade no momento da falência desta desaparecem, podendo o interesse público de uma ‘memória histórica’ da existência da sociedade e das dificuldades que atravessou ser amplamente realizado igualmente através de dados anónimos”*³⁴.

Em sede de recurso, o *Supremo Tribunal de Cassação* italiano submeteu ao Tribunal de Justiça questões prejudiciais resultantes da necessidade de conjugação de dois princípios, aparentemente, contraditórios:

- i) O princípio da conservação dos dados pessoais pretende garantir que a identificação das pessoas interessadas apenas é possível durante um período não superior ao necessário à prossecução das finalidades para as quais são recolhidos ou posteriormente tratados;
- ii) O princípio de que os dados publicados no registo das sociedades têm duração temporal ilimitada e estão disponíveis a destinatários indeterminados³⁵;

³⁴ <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-398/15&language=PT> (última consulta Março 2020).

³⁵ Amparado no artigo 3.º, da Diretiva 68/151.



A Diretiva 68/151³⁶ determina que *“os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para que a publicidade obrigatória relativa às sociedades abranja, pelo menos, a nomeação, a cessação de funções, assim como a identidade das pessoas que, na qualidade de órgão legalmente previsto ou de membros de tal órgão, têm o poder de vincular a sociedade perante terceiros e de a representar em juízo ou participam na administração, na supervisão ou na fiscalização dessa sociedade”*. Além disso, devem igualmente ser divulgados a nomeação e a identidade dos liquidatários, bem como os seus poderes. Haveria que saber se tais indicações deverão constar de um registo central, podendo ser obtida uma cópia integral ou parcial dessas indicações mediante pedido.

Perante a Diretiva 95/46 (DPD)³⁷, a legitimidade do tratamento de dados pessoais efetuado pela autoridade encarregada da manutenção do registo pode fundar-se no respeito de uma obrigação legal (artigo 7.º, alínea b)), no exercício da autoridade pública ou à execução de uma missão de interesse público (artigo 7.º, alínea e)), ou na realização de um interesse legítimo prosseguido pelo responsável pelo tratamento ou pelos terceiros a quem os dados sejam comunicados (artigo 7.º, alínea f)). Na senda da jurisprudência do Tribunal de Justiça, a atividade de uma autoridade pública que consiste em salvaguardar, numa base de dados, dados que as sociedades são obrigadas a comunicar com base em obrigações legais, em permitir aos interessados a consulta desses dados e em lhes fornecer cópias destes, enquadra-se no exercício de poderes

³⁶ Primeira Diretiva 68/151/CEE do Conselho, de 9 de março de 1968, tendente a coordenar as garantias que, para proteção dos interesses dos sócios e de terceiros.

³⁷ Revogada pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados.



públicos, em conformidade com a alínea e) mencionada. Essa atividade constitui, concomitantemente, uma missão de interesse público, na aceção dessa mesma disposição.

Atento o princípio da limitação da conservação, o Tribunal de Justiça concluiu que os interesses protegidos pelas regras da Diretiva 68/151 poderiam, em tese, ser salvaguardados se, decorrido um prazo após a cessação das atividades de uma sociedade, a pedido da pessoa em causa, a autoridade encarregada da manutenção do registo procedesse à limitação do respetivo tratamento, apagando-os, tornando-os anónimos ou limitando a sua publicidade. Ou seja, garantindo, que a conservação dos dados para além do período necessário seria feita de forma a não permitir a identificação dos seus titulares.

A publicidade, pretendida pela Diretiva, visa proteger os interesses de terceiros relativamente às sociedades por ações e às sociedades por quotas, uma vez que apenas oferecem como garantia em relação a terceiros o seu património social. Neste sentido, os terceiros devem conhecer os atos essenciais da sociedade em questão e certas indicações a ela respeitantes, nomeadamente a identidade das pessoas que têm o poder de a vincular. Trata-se de permitir a informação de todos os interessados, sem que estes tenham de justificar a existência de um direito ou de um interesse que necessite de proteção. Cabe, no entanto, questionar, a adequação desse argumentário após a cessação da atividade e a dissolução da sociedade em causa.

É inquestionável que os direitos e as relações jurídicas relativos a essa sociedade podem subsistir para além da sua dissolução. Em caso de litígio, por exemplo, os dados conservados podem ser um meio



decisivo de prova. Acresce a variedade de prazos de prescrição, atualmente, existentes nas ordens jurídicas dos Estados-Membros.

Considerando a impossibilidade de identificação de um prazo único, a contar da dissolução de uma sociedade, no termo do qual a inscrição dos referidos dados no registo e a respetiva publicidade deixam de ser necessárias, o Tribunal reconheceu que os Estados-Membros não podem garantir às pessoas singulares “o direito de obter, por princípio, após um determinado prazo a contar da dissolução da sociedade em causa, a supressão dos dados pessoais que lhes dizem respeito, que foram inscritos no registo em aplicação dessa última disposição, ou o bloqueio desses dados para o público”.

Desde logo, a Diretiva apenas impõe a publicidade a um número limitado de dados pessoais, como sejam os que se referem à identidade e às funções respetivas das pessoas com poderes para vincular perante terceiros a sociedade em causa e para a representar em juízo, ou que participam na administração, na supervisão ou na fiscalização dessa sociedade, ou que tenham sido nomeadas como seu liquidatário.

Ora, embora afirme que da ponderação feita no âmbito desta disposição prevalece, em princípio, a necessidade de proteger os interesses de terceiros em relação às sociedades comerciais, o Tribunal admite que podem existir situações especiais. Ou seja, *in casu*, podem existir razões preponderantes e legítimas que justifiquem o acesso a dados pessoais inscritos no registo das sociedades seja limitado, findo um prazo suficientemente longo após a dissolução da sociedade em questão, a terceiros que demonstrem um interesse específico na sua consulta. Contudo, o Tribunal remete



a decisão final quanto a saber se as pessoas singulares podem pedir à autoridade encarregada da manutenção do registo uma limitação do acesso aos dados pessoais que lhes dizem respeito, com base numa apreciação casuística, para os legisladores nacionais³⁸.

Em suma, as exigências específicas do comércio jurídico, fundadas na segurança jurídica e na proteção de expectativas dignas de tutela jurídica, são suscetíveis de justificar compressões ao direito à autodeterminação informativa, as quais terão de ser necessárias, adequadas e proporcionais. Contudo, a ponderação de todos os direitos e interesses envolvidos constitui tarefa, por excelência, da competência do legislador, de cuja intervenção legislativa o nosso

³⁸ Assim, o Tribunal concluiu: “O artigo 6.º, n.º1, alínea e), o artigo 12.º, alínea b), e o artigo 14.º, primeiro parágrafo, alínea a), da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, lidos em conjugação com o artigo 3.º da Primeira Diretiva 68/151/CEE do Conselho, de 9 de março de 1968, tendente a coordenar as garantias que, para proteção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-Membros às sociedades, na aceção do segundo parágrafo do artigo 58.º do Tratado, a fim de tornar equivalentes essas garantias em toda a Comunidade, conforme alterada pela Diretiva 2003/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de julho de 2003, devem ser interpretados no sentido de que: No estado atual do direito da União, cabe aos Estados-Membros determinar se as pessoas singulares, visadas no artigo 2.º, n.º 1, alíneas d) e j), desta última diretiva, podem pedir à autoridade encarregada da manutenção, respetivamente, do registo central, do registo do comércio ou do registo das sociedades que verifique, com base numa apreciação casuística, se se justifica excepcionalmente, por razões preponderantes e legítimas relativas à sua situação especial, limitar, findo um prazo suficientemente longo após a dissolução da sociedade em causa, o acesso aos dados pessoais que lhes dizem respeito, inscritos no registo, a terceiros que demonstrem um interesse específico na consulta desses dados.”



ordenamento jurídico-constitucional não prescinde. Mesmo nos casos em que não é possível a definição abstrata, *a priori*, de prazos únicos de conservação de dados, a remissão para entidades administrativas de livre margem de decisão para essa apreciação casuística será desaconselhável, se o legislador democrático renunciar à definição de critérios objetivos de decisão.

1.5. O dever legislativo de definição de prazos de conservação de dados pessoais

Excetuando os casos insuscetíveis de categorização legislativa prévia, insistimos na configuração de um dever de definição de prazos de conservação de dados pessoais, a cargo do legislador:

- i) Por imposição das regras jurídico-constitucionais de proteção dos direitos, liberdades e garantias, designadamente a exigência de densificação total por ato legislativo e a localização destes direitos em pleno domínio de legalidade necessária, em virtude da reserva de lei;
- ii) Tendo em consideração postulados básicos de segurança jurídica, vitais e inegociáveis para o comércio jurídico.

Entre a inaceitável morosidade de certos processos administrativos e a respetiva (in)compatibilidade com as necessidades legítimas do comércio jurídico, os detalhes do processo que descreveremos de seguida refletem, precisamente, a insegurança jurídica do anterior regime jurídico, em matéria de prazos de conservação de dados pessoais.



1.6. CNPD em Vénus, STA em Marte

A história conta-se entre três requerimentos, separados por vários anos de silêncio da Administração. No primeiro, em 2006, o autor notificou³⁹ a CNPD de que iria proceder à gravação dos contactos telefónicos com os seus clientes, que para isso dessem a sua autorização, no contexto da subscrição de produtos financeiros. O tempo de conservação dos dados seria de 10 anos. Cinco anos depois⁴⁰, a CNPD autorizou e fixou como prazo de conservação dos dados os 7 anos⁴¹.

A Diretiva Comunitária relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações eletrónicas não fixava um prazo para a conservação das gravações de chamadas. Nem a lei que a transpôs⁴². Por conseguinte, em conformidade com o enquadramento jurídico vigente, competia à Comissão Nacional de Proteção de Dados, a fixação prévia de tal prazo⁴³, como já vimos.

³⁹ Ao abrigo dos artigos 23.º e 27.º da LPDP - Lei n.º 67/98 de 26 de outubro.

⁴⁰ Não tendo recebido resposta, em 2010, apresentou novo pedido reiterando o prazo de conservação dos dados, o qual correspondia, de resto, ao prazo fixado pela CNPD em autorização anterior [autorização n.º 60/95, de 24.10]. Ao terceiro requerimento, a CNPD manteve-se silente. Apenas proferiu decisão em 03.10.2011, no âmbito do processo n.º 2320/2006 Cf. Autorização n.º 10847/2011.

⁴¹ Após reclamação, mal sucedida, o autor impugnou a deliberação da CNPD junto do Tribunal Central Administrativo Norte, que proferiu a sua decisão em Acórdão de 4 Novembro de 2016.

⁴² Cf. Artigo 4.º, Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto (transpõe a Diretiva n.º 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações).

⁴³ Cf. Artigo 23.º, n.º 1, da LPDP.



O Regulador afastou qualquer equivalência de regimes jurídicos da gravação do dado pessoal "voz" e do arquivo de correspondência comercial, devendo, na sua perspectiva, o prazo máximo para a sua conservação encontrar-se por referência aos princípios e normas de proteção de dados pessoais. A CNPD enquadrou o tratamento em causa no conceito de vida privada, sujeitando-o ao princípio da confidencialidade das comunicações. Em consequência, refutou a aplicabilidade do prazo previsto no Código Comercial (10 anos)⁴⁴ e fixou, *in casu*, o prazo de sete anos, importado do regime jurídico do combate ao branqueamento de capitais e do financiamento ao terrorismo⁴⁵. Um prazo considerado legítimo pela CNPD⁴⁶, nos seguintes termos: se para efeitos do combate ao branqueamento de capitais e do financiamento ao terrorismo, o prazo estabelecido para a conservação de quaisquer suportes duradouros e dos registos das operações, não deverá ultrapassar os 7 anos, "*mostra-se adequado*,

⁴⁴ Código Comercial LIVRO PRIMEIRO - Do comércio em geral
TÍTULO IV - Da escrituração

Artigo 40.º - Obrigação de arquivar a correspondência, a escrituração mercantil e os documentos

1 - Todo o comerciante é obrigado a arquivar a correspondência emitida e recebida, a sua escrituração mercantil e os documentos a ela relativos, devendo conservar tudo pelo período de 10 anos.

2 - Os documentos referidos no número anterior podem ser arquivados com recurso a meios electrónicos.

⁴⁵ Cf. Artigo 14, n.º 2, Lei n.º 25/2008, de 5 de junho (medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento de vantagens de proveniência ilícita e ao financiamento do terrorismo).

⁴⁶ Atento o artigo 5º nº1, alínea e), da Lei no 67/98, de 26.10, que estabelece que os dados em questão serão apenas conservados durante o período necessário para a prossecução das finalidades da recolha e do tratamento posterior.



proporcional e não censurável, estabelecer para o efeito um prazo não superior àquele”.

Pelo contrário, em detrimento da posição exposta, argumentou-se que o prazo definido na Lei de combate ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, pela sua natureza e finalidade, não corresponde ao período máximo, mas sim a um *período mínimo de conservação dos registos*. Por outro lado, haveria que não prescindir do estatuído no artigo 40.º do Código Comercial, o qual estabelece a obrigação de arquivamento pelo período de 10 anos de correspondência emitida e recebida, de escrituração mercantil e de documentos a ela relativos. Em consequência, os autores sustentaram que o prazo de 10 anos *“é pertinente, adequado e não é excessivo, sendo aliás aquele que melhor defende os interesses dos titulares dos próprios dados, sem que tenha impacto minimamente relevante ao nível do interesse público”*.

Neste contexto, não podemos deixar de sublinhar o raciocínio impressivo perpetrado contra a tese de que a extensão do prazo de conservação dos dados prejudica, inelutavelmente, o respetivo titular. Com efeito, ao invés, a fixação em apenas 7 anos do prazo de conservação dos dados poderá causar, aos clientes precisamente, inconvenientes, *“na medida em que ficarão para além daquele prazo, impedidos de fazer prova sobre a transação comercial”*. O presente argumento espelha, decisivamente, as dificuldades implicadas na ponderação, jurídico-constitucionalmente reclamada.

O Tribunal Central Administrativo (TCA) deu razão à CNPD. Prevaleceu o princípio de que a adoção de um prazo menos intrusivo para com os dados pessoais daqueles que se relacionam com o Banco, reclama, incontestavelmente, um prazo curto - *o prazo mais*



curto - de manutenção da gravação dos contactos telefónicos estabelecidos. O tribunal aceitou o argumento aduzido pela CNPD no sentido de considerar o prazo de 7 anos, adotado para efeitos do combate ao branqueamento de capitais e do financiamento ao terrorismo, como o limite máximo temporal admissível da conservação dos dados *sub judicio*. Porém, os autores não se conformaram com esta decisão.

No Recurso para o Supremo Tribunal Administrativo (STA)⁴⁷, para além de reiterar a interpretação do prazo de 7 anos da Lei n.º 25/2008⁴⁸ como um prazo mínimo, a defesa de um prazo superior ao impugnado baseou-se nos seguintes argumentos:

- a) Exigências e obrigações de conservação de dados previstas no artigo 40.º do Código Comercial em conjugação com várias disposições do Código das Sociedades Comerciais⁴⁹;
- b) Artigo n.º 11.º, n.ºs 1 e 2, do DL n.º 158/2009, de 13.07, que aprova o Sistema de Normalização Contabilística e revoga o Plano Oficial de Contabilidade;
- c) Os próprios prazos de prescrição [cfr. artigo 118.º do Código Penal em conjugação com a Lei n.º 52/2003], em articulação com o

Ora, como confirmou o STA, no quadro normativo disciplinador

⁴⁷ A decisão consta do Acórdão prolatado em 21/03/2019.

⁴⁸ Atualmente, vigora a Lei 83/2017, que manteve o prazo de 7 anos.

⁴⁹ Em conjugação com os arts. 214.º, n.º 1, 420.º, n.º 1, al. c), 421.º, n.º 1, al. a), 423.º-F, al. c), 441.º, al. f), todos do Código das Sociedades Comerciais [CSC].



das comunicações eletrónicas⁵⁰ e da proteção de dados, bem como nas normas que regulavam o arquivo, registo e conservação dos documentos pelas instituições bancárias⁵¹, à data dos factos era inexistente uma específica previsão relativa a esta matéria.

Atualmente – desde 2018⁵² -, está previsto um período de cinco anos de registo e arquivo das comunicações que se estabeleçam entre as instituições de crédito e seus clientes para a celebração de contratos e que abrangem as «conversas telefónicas e comunicações eletrónicas», *«podendo o Banco de Portugal estabelecer, através de aviso, que sejam mantidos por um período superior e até sete anos»*.

1.7. O dever de ponderação de todos os direitos e interesses em questão

O STA elencou todos os direitos fundamentais em questão e procedeu à respetiva ponderação. Considerando que o tempo de conservação dos dados pessoais deve ser definido e limitado em função da finalidade que preside ao seu armazenamento e tratamento, o juízo que realiza tal definição deve observar o princípio

⁵⁰ A Lei 41/2004, diploma que transpôs para a ordem jurídica nacional a Diretiva n.º 2002/58/CE [relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas] foi alterada pela Lei n.º 46/2012, de 29.08, continua a não prever prazo.

⁵¹ O Aviso do BdP n.º 5/2013, foi revogado pelo atual Aviso BdP n.º 2/2018 em vigor desde 25.11.2018].

⁵² Cf. Artigo 90.º-A. n.ºs 4 e 5, do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF), aprovado pelo DL n.º 298/92, de 31.12, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 35/2018, de 20.07. (vigente a partir de 01.08.2018).



da proporcionalidade e harmonizar todos os direitos fundamentais em presença:

- a) Os interesses empresariais e/ou comerciais do concreto setor de atividade económica em questão (*in casu* o setor bancário);
- b) Os interesses dos consumidores (no caso dos clientes das instituições bancárias);
- c) As próprias exigências de segurança jurídica nas operações/transações realizadas à distância com recurso a telefone e/ou por via eletrónica;
- d) Todo o demais quadro normativo regulador e disciplinador da atividade bancária.

O juízo de ponderação da CNPD⁵³ fundou-se, exclusivamente, no regime legal que contem medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento de vantagens de proveniência ilícita e ao financiamento do terrorismo. Ou seja, razões ligadas:

- a) Por um lado, e no que diz respeito ao branqueamento de capitais, *“com a tutela, enquanto bem jurídico a proteger, da boa administração ou realização da justiça e, ainda, a estabilidade e sanidade dos circuitos económicos, financeiros*

⁵³ Perante o STA, a CNPD reiterou a sua posição, desde logo sustentando que a gravação do som da voz de uma pessoa, feito para permitir, nomeadamente, o registo do seu acesso a uma conta bancária, ou o ordenar da realização de uma determinada operação, constitui tratamento de dados pessoais, visto estarem em causa dados integrantes do conceito de vida privada.



e políticos e a segurança geral da comunidade”;

- b) Por outro lado, quanto ao terrorismo, *“com a defesa e tutela da «paz pública» (paz, ordem, segurança, etc) lida hoje num contexto não apenas interno ou nacional, mas, também, da UE e do seu espaço de liberdade, segurança e justiça (vulgo ELSJ) («paz pública da União») e mesmo no plano internacional em termos de ofensa à paz e à segurança da Humanidade”.*

Para o STA, o juízo da CNPD foi *“desacertado”*, pois, no seu entendimento, as razões e motivações descritas não se adequam às preocupações, exigências e interesses de instituições bancárias e dos seus clientes *“na e para a conservação/preservação dos registos de chamadas feitas no âmbito das operações e transações bancárias”*. Para o STA, estão em causa meios de prova a utilizar, quer no quadro do normal relacionamento entre clientes e instituições bancárias, como, igualmente, no âmbito de eventuais litígios ou de processos judiciais em que estes se venham a materializar. Em consequência, para o STA, é inequívoco que a CNPD deveria ter considerado outros quadros normativos da atividade bancária, desde logo o artigo 40.º do Código Comercial. Impunha-se, destarte, aferir se o prazo de 10 anos nele fixado seria adequado, proporcional, atentos os princípios, interesses e exigências da atividade bancária.

Em suma, o STA concluiu que as gravações de chamadas realizadas pelas instituições bancárias no âmbito da atividade bancária e no contacto/relação daquelas com os seus clientes e daquilo que são os atuais suportes físicos onde tais registos constam devem entender-se como abrangidas pela previsão do referido artigo 40.º do Código Comercial. No atual contexto e era digital, tais gravações *constituem*



*o registo ou suporte documental, comprovativo de comunicação/correspondência trocada entre instituições bancárias e seus clientes, de transações, operações/ordens bancárias realizadas ou determinadas no quadro da relação bancária personalizada entre os mesmos estabelecida, como relação de negócios, de obrigação duradoura e da qual emerge uma prestação permanente contínua e sucessiva, assente na confiança*⁵⁴.

Para o STA, a conservação da gravação das chamadas pode ser essencial para a tutela dos direitos e interesses das instituições bancárias e seus clientes, titulares dos dados pessoais, não obstante implique uma compressão dos direitos fundamentais dos titulares dos dados pessoais. Logo, o prazo de conservação dos registos deveria ter isso em consideração, sendo um “*meio paritário*” de prova das transações bancárias, das ordens e de outras comunicações. Acresce a natureza própria das relações bancárias - relações marcadamente duradouras, como relações de negócio nas quais emergem prestações permanentes contínuas e sucessivas⁵⁵.

⁵⁴ Acresce que a sujeição do setor bancário ao regime previsto no artigo 40.º do Código Comercial e às obrigações/deveres do mesmo decorrentes derivou do que foi a expressa aplicação do mesmo ao Banco de Portugal [BdP] nos termos que vieram a ser definidos pela Portaria n.º 206/76, de 07.04.

⁵⁵ **DECISÃO**

Nestes termos, acordam em conferência os juízes da Secção de Contencioso Administrativo deste Supremo Tribunal, de harmonia com os poderes conferidos pelo art. 202.º da Constituição da República Portuguesa, em:

A) conceder provimento ao recurso jurisdicional sub specie e revogar o acórdão recorrido;

B) julgar procedente a presente ação administrativa especial e anular a deliberação impugnada, condenando a R. «CNPD» a praticar novo ato em substituição do ora



1.8. Tópicos de Reflexão

A concretização do princípio da limitação da conservação, garantido pela densificação do conceito de prazo necessário, carece de critérios objetivos de interpretação, o que reclama, nos termos jurídico-constitucionais estudados, a intervenção do legislador.

No silêncio do legislador, tais prazos eram, no anterior enquadramento jurídico, definidos pela CNPD, no exercício de um poder que a jurisprudência considerava ser *discricionário*. Atualmente, nos casos insuscetíveis de categorização prévia, a nova lei não aliviou a insegurança estimulada pelo regime anterior. Pelo contrário, tendo tal competência sido subtraída à CNPD, a definição - *ad hoc*, subjetiva e aleatória - de prazos que se revelem necessários para a prossecução da finalidade⁵⁶ é propícia a atizar eventuais litígios.

Ou seja, sem prejuízo do registo de eventuais casos excepcionais, caberá ao responsável pelo tratamento proceder a essa definição, o que fará, previsivelmente, tendo em consideração os seus próprios interesses. Uma alteração incompreensível e que, a nosso ver, só agrava a insegurança jurídica.

O presente artigo demonstra que a tarefa de mera fixação de prazos de conservação, *per se*, não é linear, sendo suscetível de convocar vários bens e interesses implicados, igualmente dignos de proteção jurídica. Os critérios de definição dos prazos podem ser

anulado, deferindo o pedido de autorização n.º 10847/2011 pelo prazo peticionado.

⁵⁶ Cf. Artigo 21.º, n.º 1, última parte, da Lei 58/2019, de 8 de Agosto.



variáveis, porquanto podem servir interesses diversos ou mesmo contraditórios. Tal dissonância interpretativa agrava-se se quem os define não procede à ponderação de todos os interesses em presença, viciando a decisão de parcialidade, com consequências jurídicas nefastas e, em alguns casos, irremediáveis.

Raquel Brízida Castro



REVISTA DE
DIREITO COMERCIAL



www.revistadedireitocomercial.com
2020-03-11