

## PARECER 2019/25

### I. Pedido

A Entidade Reguladora da Saúde (ERS) solicitou à Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD), ao abrigo do artigo 91.º do Código do Procedimento Administrativo, a emissão de parecer no âmbito dos projetos de deliberação da ERS emitidos nos processos de inquérito n.ºs ERS/118/2018, ERS/128/2018, ERS/133/2018 e ERS/143/2018.

Nos referidos processos está em causa a recusa de prestação de cuidados de saúde por parte de unidades de saúde a titulares de dados que não assinaram declaração de autorização de tratamentos dos seus dados pessoais.

Embora a principal questão jurídica controvertida seja a mesma em todos os processos, ela vem configurada de modo diferente em cada um deles, em função dos factos descritos ou da fundamentação apresentada pelos responsáveis pelos tratamentos de dados.

Acresce que em dois dos processos de inquérito coloca-se ainda uma questão autónoma, não confundível com a exigência de consentimento para o tratamento de dados pessoais, que se prende com a possibilidade de obter do titular dos dados pessoais uma declaração escrita que comprove que lhe foi prestado o direito de informação sobre os tratamentos de dados.

Por essa razão, neste parecer as duas questões serão analisadas separadamente, tendo-se em atenção os aspetos específicos de cada processo.

O presente parecer, emitido ao abrigo da competência definida na alínea b) do n.º 3 do artigo 58.º do Regulamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016 (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados – RGPD), em conjugação com o disposto no n.º 1 do artigo 21.º e no n.º 1 do artigo 22.º, ambos da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, alterada pela Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto (Lei de Proteção de Dados Pessoais – LPDP), tem por objeto apreciar a conformidade com o RGPD dos procedimentos adotados pelas unidades de saúde em causa, na estrita medida da sua relevância para o exercício das competências da ERS, não incidindo, nomeadamente, na apreciação da política de privacidade das entidades visadas nos processos.

## II. Apreciação

1. O consentimento dos utentes/clientes de unidades de saúde como condição para o tratamento de dados pessoais de saúde

Em todos os processos acima indicados, foi negado o acesso à prestação de cuidados de saúde pelo facto de o utente/cliente não ter assinado uma declaração de consentimento relativo ao tratamento de dados pessoais.

Na verdade, essas entidades apresentam-se como responsáveis pelo tratamento de dados pessoais e, nessa qualidade, exigiram aos utentes como condição da prestação do serviço agendado (*v.g.*, consulta médica, exame de diagnóstico) a assinatura de um documento.

No caso do Processo ERS/128/2018, relativo ao Centro Hospitalar São Francisco, S.A., no documento apresentado ao titular dos dados afirma-se que os dados são apenas os necessários para a prestação de cuidados de saúde, tendo sido declarado no âmbito do processo que, para efeito de utilização da informação para marketing, era apresentada uma declaração de consentimento autónoma (cf. §7 do projeto de deliberação da ERS). Já não assim no processo relativo à Somardental Serviços Policlínicos, Lda. (processo ERS/133/2018), onde, pelo declarado por esta entidade, conforme §6 do projeto de deliberação da ERS, a declaração de consentimento congrega o tratamento dos dados para finalidade de prestação de cuidados de saúde e o tratamento para a finalidade de marketing.

Em ambos os processos, a CNPD entende que o procedimento adotado pelas duas entidades contraria o RGPD, por assentar num erro quanto ao fundamento de licitude do tratamento. Na verdade, as duas entidades consideram que o consentimento do titular dos dados é imprescindível à recolha dos dados pessoais, invocando para o efeito o RGPD, pelo que, na ausência daquele, entendem não poder prestar cuidados de saúde.

Este erro implica a violação do princípio da licitude do tratamento de dados pessoais, consagrado na alínea a) do n.º 1 do artigo 5.º do RGPD, uma vez que o consentimento não é a condição adequada para legitimar os tratamentos de dados pessoais necessários à prestação de cuidados de saúde. Na realidade, o RGPD prevê uma condição autónoma para esta finalidade do tratamento de dados pessoais na alínea h) do n.º 2 do artigo 9.º. Acresce que, numa tal situação, sendo os dados necessários para

a prestação do serviço, não se vê onde haja liberdade para consentir ou não no tratamento dos dados – e portanto, nunca estaria cumprido um dos atributos do consentimento fixados por lei para que este tivesse relevância jurídica (cf. alínea 11) do artigo 4.º do RGPD).

Já o tratamento de dados pessoais para a finalidade de marketing pode depender de consentimento (porque o interesse legítimo, em determinadas circunstâncias é suficiente para legitimar o tratamento), mas, evidentemente, pela ausência de conexão direta entre esta finalidade e a de prestação de cuidados de saúde, a obtenção desse específico consentimento nunca poderia servir de condição para a prestação de cuidados de saúde.

Acrescente-se que as alegações do Grupo Sanfil Medicina (onde se integra o Centro Hospitalar São Francisco, S.A.) no âmbito do processo ERS/128/2018 (cf. §7 do projeto de deliberação da ERS), de que as empresas desse grupo, enquanto responsáveis pelo tratamento de dados pessoais, não estão legitimadas pela alínea h) do n.º 2 do artigo 9.º do RGPD a recolher e a conservar tais dados para a prestação de cuidados de saúde, laboram num erro, já destacado pela ERS no projeto de deliberação, nos §§ 148-152.

Com efeito, se o Centro Hospitalar São Francisco, S.A., não prestasse cuidados de saúde (ainda que por interposta pessoa, o profissional de saúde) não teria, em caso algum, legitimidade para recolher, conservar e comunicar dados pessoais relativos à saúde dos seus clientes. Nessa hipótese, o consentimento para a prestação de cuidados de saúde não poderia ser dado a esta entidade, mas apenas aos profissionais de saúde que prestassem efetivamente aqueles cuidados.

É, pois, evidente que a empresa que explora o Centro Hospitalar São Francisco detém uma base de dados dos seus clientes com a ficha clínica dos mesmos porque está legitimada para o efeito pela alínea h) do n.º 2 do artigo 9.º do RGPD. E para respeitar o disposto no n.º 3 do artigo 9.º do RGPD tem de garantir que apenas os profissionais de saúde vinculados a dever de sigilo profissional podem recolher e aceder aos dados pessoais de saúde.

Quanto ao processo ERS/118/2018, relativo ao Hospital de Esposende – Valentim Ribeiro, importa sublinhar que a declaração de consentimento que se pretendia ver assinada não dizia respeito ao tratamento de dados pessoais necessários à prestação de cuidados de saúde (cf. §11 do projeto de deliberação emitida nesse processo).

O mesmo sucedeu, em relação ao Processo ERS/143/2018, relativo à CLIRIDAL – Clínica de Diagnóstico e Radiologia, Lda. Também aqui a declaração de consentimento que se pretendia ver assinada era relativa ao tratamento dos dados para o envio de lembretes ou alteração de agendamento de exames e ainda de informação promocional (marketing) (cf. §10 do projeto).

Não se tratou, pois, de exigir o consentimento para a prestação do serviço de diagnóstico ou de cuidados de saúde, mas sim para o tratamento ulterior dos dados pessoais para outras finalidades. Uma tal declaração de consentimento está consentânea com o RGPD (com a ressalva da utilização dos dados de contacto para alteração de agendamento dos exames, que parece caber ainda na gestão dos serviços de saúde, portanto, no âmbito da alínea h) do n.º 2 do artigo 9.º do RGPD).

O que não pode, em qualquer caso, aceitar-se é que a prestação do serviço contratado dependa do consentimento do titular dos dados para uma finalidade de tratamento de dados que não é sequer essencial à concretização de tal prestação.

Aqui, tal como também no processo ERS/118/2018 (cf. §11), o facto de a declaração de que se tomou conhecimento dos termos do tratamento de dados pessoais vir imediatamente antes da declaração relativa à autorização de um certo tipo de tratamento de dados pessoais prejudica a compreensão do exato âmbito da declaração de consentimento, verificando-se que os representantes dos responsáveis que interagem com os titulares dos dados não estão, eles próprios, suficientemente esclarecidos para desfazer eventual confusão quanto ao objeto do consentimento. E em especial no processo ERS/118/2018, os termos em que está redigida a declaração de consentimento não facilita em nada a compreensão do seu âmbito.

## 2. A prova da garantia do direito de informação

Quanto aos processos de inquérito ERS/118/2018 e ERS/143/2018, no documento relativo ao tratamento de dados pessoais que é apresentado aos clientes/utentes para sua assinatura, é prestada informação sobre o tratamento e solicitada assinatura por baixo da declaração «Tomei conhecimento».

Importa aqui considerar as alegações dos responsáveis pelo tratamento dos dados, que alegam que o documento em causa é composto por três partes autónomas.

Na primeira parte, estava em causa a recolha de dados pessoais para efeito da prestação de serviço contratado (*v.g.*, dados de identificação e de contacto), como

sucedeu no processo ERS/143/2018, ou confirmar (“validar”) dados pessoais recolhidos antes da aplicação do RGPD (como sucedeu no processo ERS/118/2018) – ou seja, com a intenção de atualizar ou garantir a atualização da informação pessoal conservada.

Na segunda parte da declaração, pretendia-se dar a conhecer ao titular dos dados a informação que sobre eles foi recolhida, as finalidades dessa recolha, bem como outros elementos elencados no artigo 13.º do RGPD, portanto, para garantia do direito de informação. No final desta parte é apresentado um parágrafo em que o declarante atesta ter tomado conhecimento dessas informações, com espaço destinado à assinatura do titular dos dados.

Logo a seguir, surge um novo parágrafo em que o declarante autoriza o tratamento de dados para a prestação de cuidados de saúde ou, nalguns casos, para outras finalidades, parte sobre a qual a CNPD já se pronunciou no ponto anterior.

Quanto à recolha ou atualização dos dados pessoais, a CNPD nada tem a referir no âmbito destes processos, já que essa operação de tratamento de dados não está aqui em discussão (e nos projetos da ERS não vêm explicitados, quanto a todos os responsáveis, as categorias de dados pessoais objeto do tratamento). Assentando que há um conjunto de dados pessoais que são necessários para assegurar a prestação de cuidados de saúde e que devem estar atualizados (cf. alínea d) do n.º 1 do artigo 5.º do RGPD), a CNPD reserva-se o poder de se pronunciar sobre esses tratamentos de dados pessoais noutra sede.

Específica atenção merece, aqui, a segunda parte dos documentos.

Importa aqui esclarecer que os responsáveis pelos tratamentos de dados pessoais estão obrigados a prestar informação ao titular dos dados pessoais sobre o tratamento, nos termos previstos nos artigos 13.º e 14.º do RGPD, e que nessa medida podem recolher prova de que cumpriram essa obrigação.

Ora, sendo certo que o RGPD impõe que o direito de informação seja prestado por escrito, embora admita a prestação por forma oral a pedido do titular dos dados (cf. n.º 1 do artigo 12.º do RGPD), o procedimento utilizado está conforme o RGPD. É também certo que recai sobre o responsável pelo tratamento dos dados fazer prova de que cumpre o RGPD – cf. n.º 2 do artigo 5.º.

Ainda que este diploma legislativo não defina a forma adequada de prova do cumprimento desta obrigação, não exigindo, portanto, uma declaração escrita do titular

r

dos dados, nada impede os responsáveis de prestarem as informações pela forma em que o fizeram o Hospital de Esposende – Valentim Ribeiro e a CLIRIDAL – Clínica de Diagnóstico e Radiologia, Lda., e de solicitarem ao titular que ateste ter tomado conhecimento das referidas informações. Por outras palavras, este procedimento não é violador do RGPD e, na medida em que seja claramente explicado ao titular dos dados, pode ser eficaz.

Na hipótese de os titulares dos dados recusarem assinar tal declaração, pode o representante do responsável registar que o utente não quis assinar e, porventura, certificar-se de que dispõe de prova testemunhal para o efeito.

Coisa diferente é exigir essa assinatura ao titular dos dados, apresentando-a como condição para a prestação do serviço objeto do contrato com este. Aqui, e na medida em que as entidades tenham efetivamente apresentado essas declarações e a sua assinatura como condição para a prestação dos cuidados de saúde, é que poderá haver um comportamento ilícito. Na verdade, das alegações dos dois responsáveis não é claro que essa assinatura tenha sido apresentada como condição da prestação do serviço, embora se admita que o facto de esta declaração, que atesta a tomada de conhecimento, estar imediatamente antes da declaração relativa à autorização do tratamento pode ter confundido os titulares dos dados, confusão para que pode ainda ter contribuído a ausência de explicações ou o escasso esclarecimento dos representantes dos responsáveis que apresentaram os documentos em causa aos titulares dos dados.

Recorda-se que, de acordo com o n.º 1 do artigo 12.º do RGPD, as informações devem ser prestadas numa linguagem clara e simples, e que uma declaração pré-definida de tomada de conhecimento das informações, para assinatura do titular dos dados, tem de estar autonomizada de eventuais declarações de consentimento de outros tratamentos de dados pessoais (cf. n.º 2 do artigo 7.º do RGPD).

### III. Conclusão

A CNPD entende que a exigência de consentimento do titular dos dados pessoais para o tratamento de dados pessoais necessários à prestação de cuidados de saúde assenta num erro quanto ao fundamento de licitude do tratamento dos dados e, portanto, contradiz o disposto no RGPD, nos termos da alínea a) do n.º1 do artigo 5.º e da alínea h) do n.º 2 do artigo 9.º do RGPD.

É ainda seu parecer que a obrigação de prestar informações sobre os tratamentos de dados pessoais ao respetivo titular, imposta pelos artigos 13.º e 14.º do RGPD, pode ser concretizada por meio de um documento escrito que a este é apresentado, nada obstando a que, para efeito de prova, se solicite a sua assinatura a atestar que tomou conhecimento dessas informações. Todavia, essa assinatura não é condição de prestação do serviço contratado, pelo que em caso de recusa em assinar por parte do titular dos dados, devem ser encontradas outras formas de prova de que se garantiu aquele direito.

De todo o modo, as informações devem ser prestadas numa linguagem clara e simples, e a declaração pré-definida de tomada de conhecimento das informações tem de estar devidamente autonomizada de eventuais declarações de consentimento dos tratamentos de dados pessoais para outras finalidades.

Lisboa, 10 de maio de 2019



Filipa Calvão (Presidente)

---