



PRINCÍPIOS GERAIS APLICÁVEIS AO MARKETING POLÍTICO NO ÂMBITO DAS COMUNICAÇÕES ELECTRÓNICAS

I – Introdução

A Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPd) tem conhecido, ultimamente, diversos processos decorrentes do tratamento de dados pessoais por parte dos partidos políticos no âmbito da sua actividade política.

Trata-se, ora de processos de autorização para tratamento de dados pessoais de cidadãos com a finalidade de divulgação das iniciativas, ideias, programas, projectos, actividades e propostas, com o objectivo de mera informação e de persuasão ou com o objectivo de mobilização dos destinatários, ora de processos de apreciação e ulterior emissão de deliberação sobre queixas e participações apresentadas à CNPD por cidadãos em virtude de verem os seus dados pessoais tratados pelos partidos políticos para as mesmas finalidades.

A presente deliberação não tem em vista apresentar a análise e conclusões da CNPD sobre os casos de tratamento de dados pessoais dos cidadãos por parte dos partidos políticos para aquelas finalidades.

Esta deliberação visa apenas apresentar o estudo, a fundamentação e as conclusões da CNPD no estrito caso do tratamento de dados pessoais dos cidadãos, por parte dos partidos políticos e outras entidades de natureza análoga (como sejam movimentos

cívicos e/ou políticos que se apresentem a eleições), para as referidas finalidades, no âmbito das comunicações electrónicas.

Sem qualquer intuito académico nem qualquer pretensão doutrinária, apenas com o propósito de tornar cabal a compreensão dos fundamentos desta deliberação, antes de entrar na análise técnico-jurídica da questão do tratamento dos dados pessoais dos cidadãos por parte dos partidos políticos no âmbito das comunicações electrónicas, tece a CNPD algumas considerações sobre a malha conceptual que envolve aquela questão.

As noções abordadas pela CNPD não são trazidas de forma fechada, peremptória e dogmática, são antes oferecidas nesta deliberação de um modo aberto, sugestivo e aproximativo. De qualquer maneira, essas noções, tal como surgem configuradas, sustentam e determinam a fundamentação e a decisão da CNPD nesta matéria. Ou seja, são conceitos que encerram um certo número de definições que valem para os efeitos e dentro dos limites desta deliberação.

II – Sumários dos conteúdos e distinções dos conceitos utilizados pela CNPD

De acordo com o supra exposto, a CNPD adopta e apresenta uma série de conceitos cujos conteúdos servem apenas para explicitar e tornar mais compreensível e acessível a fundamentação técnico-jurídica da presente deliberação.

Assim,

a) Comunicação electrónica: respeitando a definição da alínea a) do nº 1 do artigo 2º da Lei 41/2004 de 18 de Agosto (diploma que transpõe para a ordem jurídica interna portuguesa a Directiva 2002/58/CE de 12 de Julho), comunicação electrónica é *“qualquer informação trocada ou enviada entre um número finito de partes mediante a utilização de um serviço de comunicações electrónicas acessível ao público”*. Tendo em conta a especificação feita pela alínea d) do artigo 2º daquela Directiva, não se incluem neste conceito *“as informações enviadas no âmbito de um serviço de difusão ao público em geral, através de uma rede de comunicações electrónicas, excepto na medida em*

que a informação possa ser relacionada com o assinante ou utilizador identificável que recebe a informação”. Por outro lado, **correio electrónico** é, em observância à alínea h) do artigo 2º da Directiva 2002/58/CE de 12 de Julho, “qualquer mensagem textual, vocal, sonora ou gráfica enviada através de uma rede pública de comunicações que pode ser armazenada na rede ou no equipamento terminal do destinatário até o destinatário a recolher”.

b) Marketing: significa o conjunto de técnicas e comportamentos adoptados com o objectivo de adaptar um bem ou um serviço ao universo a que se destina, tornando-o conhecido e distinguindo-o dos demais existentes e concorrentes, para que esse bem ou serviço mereça a preferência das opções tomadas pelos seus destinatários.¹

c) Marketing Político: é o conjunto de técnicas e comportamentos que visam adaptar uma ideia, uma entidade e/ou um indivíduo ao universo em que se inserem, tornando-o conhecido e salientando as diferenças dos demais existentes e concorrentes, com a finalidade de obter o maior número de preferências dos destinatários. Visam aquelas técnicas e comportamentos, assim, influenciar as atitudes, as acções e condutas e as opiniões dos cidadãos para as entidades e/ou indivíduos beneficiarem do seu apoio.²

d) Marketing Directo: atendendo à definição dada pela FEDMA (Federação Europeia das Associações de Marketing Directo), é a comunicação por qualquer meio (incluindo, entre outros, o *mail*, fax, telefone, serviços em linha, etc) de todo o tipo de avisos e material promocional (“*advertising or marketing material*”) levada a efeito pelo próprio agente (*Direct Marketer*) ou por sua conta e dirigido a pessoas singulares, indivíduos. Para esta Federação, ainda, *Direct Marketer* (agente emissor do *marketing* directo ou no interesse de quem este é efectuado) é a pessoa singular ou jurídica (incluindo instituições sociais e políticas) que comunica por qualquer meio (incluindo, entre outros, o *mail*, fax, telefone, serviços em linha, etc) qualquer tipo de avisos e material promocional (“*advertising or marketing material*”) dirigido a pessoas singulares, indivíduos.

¹ Este conceito acompanha as noções dadas por Michel Bongrand em “O Marketing Político”, Publicações Europa-América, pag. 21 a 23, por Airton Santos Vargas e por Margarida Ruas dos Santos, “Marketing Político”, Edições CETOP, pag. 13 e segs. e pag 179 a 181, respectivamente.

² *Idem.*

e) Propaganda eleitoral: é o conjunto de iniciativas que as pessoas e entidades, candidatas ou participantes num acto eleitoral, desenvolvem, num determinado período de tempo que antecede esse mesmo acto eleitoral, com o objectivo de persuadir o universo de participantes activos – os eleitores – a aderir, preferir e a votar nessas pessoas e entidades. Propaganda eleitoral abrange todas as actividades, do mais diverso conteúdo que, directa ou indirectamente, têm como finalidade a promoção de candidaturas.³

f) Comunicação electrónica não solicitada ou *spam*: é a mensagem de correio electrónico, independentemente do conteúdo e da tecnologia utilizada que, geralmente em grandes quantidades e/ou de forma repetida, é enviada para aparelhos cuja recepção não depende de qualquer acto do destinatário e cujo proprietário ou utilizador não teve qualquer contacto prévio com o emissor.⁴

g) Consentimento prévio: autorização da pessoa a quem os dados pessoais respeitam, nos termos da alínea h) do artigo 2º da Directiva 95/46/CE de 24 de Outubro e da alínea h) do artigo 3º da Lei 67/98 de 26 de Outubro (LPD), dada antes da realização do tratamento, através de qualquer “*manifestação de vontade, livre, específica e informada*” e pela qual aceita que os seus dados sejam objecto de tratamento.

h) Sistema de *opt-in*: procedimento de conhecimento da vontade do titular dos dados pelo qual se exige que este titular expresse a sua aceitação e intenção de ver os seus dados pessoais serem objecto de tratamento (receber as comunicações electrónicas) para que o responsável pelo tratamento (emissor da comunicação) possa, legítima e licitamente, proceder a esse tratamento (envio de comunicação electrónica).⁵

i) Sistema de *opt-out*: procedimento de conhecimento da vontade do titular dos dados pelo qual a este é oferecida a possibilidade de se inscrever num registo de opositores ao tratamento dos seus dados pessoais, ficando vedado ao responsável (emissor de comunicações electrónicas) o tratamento dos dados pessoais (envio de comunicações electrónicas) desse titular.⁶

³ Além das obras supra indicadas, ver J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, 2º Volume, 2ª Edição, pag. 72, Serge Albouny, “Marketing et Communication Politique”, L’Harmattan, pag. 71 e segs e pag. 147 e segs.

⁴ Alexandre Sousa Pinheiro, “Lei do Comércio Electrónico Anotada”, Coimbra Editora, pag. 239 e 244.

⁵ Luís Menezes Leitão, “Direito da Sociedade da Informação”, Vol. IV, Coimbra Editora, pag. 199.

⁶ *Idem*.

III – O regime da Directiva 2002/58/CE de 12 de Julho no que toca às comunicações electrónicas não solicitadas

Os fundamentos e objectivos da Directiva 2002/58/CE de 12 de Julho, que versa sobre a protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas, estão claramente patentes nos seus Considerandos:

- Proteger a privacidade e os dados pessoais dos indivíduos, enquanto direitos fundamentais dos cidadãos (Considerandos 2) e 12));

- Assegurar a protecção da privacidade e dos dados pessoais dos cidadãos, mantendo o mesmo nível de protecção de dados pessoais apesar da utilização generalizada das novas tecnologias e da ameaça que a Internet representa (Considerandos, 3), 5) e 6));

- Harmonizar a privacidade e a protecção de dados pessoais com os interesses legítimos das pessoas colectivas que operam no sector das comunicações electrónicas, reduzindo, tanto quanto possível, a utilização de dados pessoais e classificando os terminais de comunicações electrónicas como partes integrantes da esfera privada dos cidadãos (Considerandos 8), 9) e 24));

- Proteger os cidadãos assinantes e utilizadores da invasão da privacidade que a recepção de comunicações não solicitadas pode significar, bem como proteger os mesmos assinantes e utilizadores dos custos e encargos decorrentes dessa recepção não desejada, além de proteger as empresas que operam no sector e nas redes das comunicações electrónicas das dificuldades, dos custos e encargos que esse envio de comunicações electrónicas não solicitadas acarreta (Considerandos 40), 41) e 42)).

- Evitar obstáculos ao mercado interno das comunicações electrónicas, estabelecendo os requisitos necessários para que a promoção e desenvolvimento de novos serviços e redes de comunicações electrónicas entre Estados-Membros não sejam prejudicados, não tratando questões não relacionadas com actividades não reguladas pelo direito comunitário (Considerandos 7), 8) e 11)).

Houve, claramente, um alargamento e aprofundamento da protecção dos dados pessoais e da privacidade dos cidadãos, trazido pela Directiva 2002/58/CE (Directiva sobre a Protecção da Privacidade no Sector das Comunicações Electrónicas), em relação à Directiva 2000/31/CE de 8 de Junho (Directiva sobre o Comércio Electrónico).

Para confirmar a validade desta asserção, confrontamos aqui dois aspectos contidos nestas duas Directivas: enquanto que a alínea f) do artigo 2º da Directiva 2000/31/CE do Comércio Electrónico fala em “*Comunicação comercial*” como “*todas as formas de comunicação destinadas a promover, directa ou indirectamente, mercadorias, serviços ou a imagem de uma empresa, organização ou pessoa que exerça uma profissão regulamentada ou uma actividade de comércio, indústria ou artesanato*”, a alínea d) do artigo 2º da Directiva 2002/58/CE da Privacidade nas Comunicações Electrónicas refere-se à “*Comunicação*” como “*qualquer informação trocada ou enviada entre um número finito de partes, através de um serviço de comunicações electrónicas publicamente disponível*”, especificando, depois, que as informações enviadas por serviços de difusão ao público em geral não se consideram “*comunicações*”, mas definido como “*Correio electrónico*” qualquer comunicação estabelecida, independentemente da tecnologia utilizada (alínea h) do mesmo artigo 2º).

Esta maior amplitude de conceitos – conceito de comunicação mais amplo, independente do conteúdo e conceito amplo de correio electrónico independente da tecnologia empregue – da Directiva 2002/58/CE que protege a Privacidade no sector das Comunicações Electrónicas face à Directiva 2000/31/CE que regula o Comércio Electrónico tem reflexo na admissibilidade da utilização de dados pessoais nas comunicações electrónicas e, consequentemente, na admissibilidade de envio de correio electrónico não solicitado. Essa correspondência reside, precisamente, no caso do nº 2 do artigo 7º da Directiva 2000/31/CE, na suficiência da exigência de respeito dos registos de opções negativas (*opt-out*) tomadas pelos destinatários, ao passo que, no caso do nº 1 do artigo 13º da Directiva 2002/58/CE, a exigência é maior, requerendo o consentimento prévio (*opt-in*).

Efectivamente, comparando o regime desta norma com aquele que foi consagrado no artigo 7º da Directiva 2000/31/CE de 8 de Junho, norma que fixa o regime das comunicações comerciais não solicitadas no contexto do Comércio Electrónico, verifica-se uma diferença central: no nº 1 do artigo 7º da Directiva 2000/31/CE, ao dizer-se “...os Estados-Membros que permitam a comunicação comercial não solicitada por correio electrónico por parte de um prestador de serviços estabelecido no seu território...”, admite-se, desde logo, que existem Estados-Membros que permitem essas comunicações a par de outros que não as admitem. A Directiva consente, pois, que os Estados-membros optem pela admissibilidade ou pela proibição. Por esta razão, os Estados-Membros (aqueles que permitam, claro) “deverão tomar medidas que garantam que os prestadores de serviços que enviem comunicações comerciais não solicitadas por correio electrónico consultem regularmente e respeitem os registos de opção negativa (*opt-out*) onde se podem inscrever as pessoas singulares que não desejem receber esse tipo de comunicações.”

Diferentemente, o nº 1 do artigo 13º da Directiva 2002/58/CE é categórico e fechado, impondo que “a utilização de sistemas de chamada automatizados sem intervenção humana (...) apenas poderá ser autorizada em relação a assinantes que tenham dado o seu consentimento prévio”. Neste caso, a Directiva 2002/58/CE não permite que haja Estados-Membros que adoptem regime diferente do de *opt-in* para o envio de comunicações electrónicas não solicitadas para fins de Marketing Directo.

Esta foi uma opção deliberada e inequívoca do legislador comunitário.

Na verdade, no processo legislativo de co-decisão entre o Conselho (de Ministros) da União Europeia e o Parlamento Europeu, houve em dois momentos diferentes, primeiro por parte do parlamento Europeu e depois por parte do Conselho, a rejeição clara de um relatório do Parlamento Europeu, cujo relator foi o deputado Cappato e no qual se propunha que se deixasse aos Estados-Membros a possibilidade de escolher entre um regime de *opt-in* e um regime de *opt-out*.⁷

A determinação do regime de *opt-in* é compreensível, face à motivação e finalidade da Directiva 2002/58/CE, atrás descrita de forma sucinta, mas também perante os efectivos

⁷ *Ibidem*, pag. 207 e seg.

desvirtuamentos do mercado e os reais perigos para a privacidade: em primeiro lugar, porque de outro modo, os cidadãos receptores ver-se-iam obrigados a destinar grande parte do tempo e avultados recursos a manifestar a sua intenção de não receber as mensagens não solicitadas; em segundo lugar, não sendo, tantas vezes, conhecida a identidade do emissor, existe a prática dos emissores de não respeitarem a oposição dos cidadãos ao envio de mensagens para os seus terminais; em terceiro lugar, a oposição do receptor revela aos emissores que aquele cidadão é um utilizador atento e cuidadoso do seu terminal, o que estimula ainda mais o envio de mensagens de Marketing Directo; em quarto lugar, as frequentes e vastas transmissões de vírus informáticos e obstruções de linhas, através das mensagens não solicitadas enviadas massivamente; por fim e acrescentando a todos estes factores, o envio de mensagens é um modo de promoção tão barato e com tão profícuos resultados que a tendência (ou tentação) para inobservar o registo negativo é grande, sobretudo tendo em conta, repete-se, o anonimato do emissor para o receptor comum.

Pelo exposto, à CNPD surge claro e definitivo que, de acordo com o nº 1 do artigo 13º da Directiva 2002/58/CE, o tratamento de dados pessoais (endereços electrónicos e números de telefones fixos, portáteis e de faxes) para envio de comunicações electrónicas com a finalidade de Marketing Directo apenas pode ser efectuado se o responsável pelo tratamento obtiver o consentimento prévio dos titulares desses dados para esse concreto efeito.

IV – A transposição do artigo 13º da Directiva 2002/58/CE pelo artigo 22º do Decreto-Lei 7/2004 de 7 de Janeiro

O nº 1 do artigo 13º da Directiva 2002 /58/CE, versando sobre “*direct marketing purposes*”, no texto original, foi traduzido para a versão portuguesa da mesma Directiva por “*para fins de comercialização directa*”.

Por outro lado, a Proposta de Lei 44/IX, no seu nº 1 do artigo 20º, norma que visava transpor aquele artigo 13º da Directiva 2002/58/CE, apresentava a expressão “*O envio de comunicações publicitárias*” para referir-se ao sentido do nº 1 daquele preceito comunitário.

Ou seja, na versão original do nº 1 do artigo 13º da Directiva 2002/58/CE, o texto fala em “*direct marketing purposes*”; a tradução portuguesa desta norma fala em “*fins de comercialização directa*”; a proposta de transposição falava em “*comunicações publicitárias*”.

Estas discrepâncias foram denunciadas pelo Parecer nº 6/2003 que a CNPD ofereceu à Proposta de Lei nº 44/IX que visava transpor a Directiva 2000/31/CE e o artigo 13º da Directiva 2002/58/CE.

Por outro lado, nesse mesmo Parecer nº 6/2003, a CNPD pronunciou-se especificamente sobre o regime da actividade publicitária no que ao diploma sob apreciação respeitava (Ponto 6-, página 20), pronunciando-se, de seguida, no Ponto 6.1- da página 22 sobre o Código de Conduta dos Profissionais de Marketing Directo.

Resultou, no Decreto-Lei 7/2004, de 7 de Janeiro, o nº 1 do artigo 22º que versa sobre o “*envio de mensagens para fins de marketing directo*”. Este resultado final, inelutavelmente, conduz a CNPD para a interpretação desta norma no quadro conceptual que atrás desenhou, concebendo o Marketing Directo como um conceito distinto do conceito da comercialização directa e do conceito da publicidade ou da publicitação.

Por outro lado ainda, a versão desse preceito na Proposta de Lei 44/IX previa a excepção das mensagens enviadas por entidades não lucrativas ao regime restritivo do envio de mensagens não solicitadas para fins de marketing directo (alínea a) do nº 2 do artigo 20º da dita Proposta).

A norma do artigo 22º do Decreto-Lei 7/2004, de 7 de Janeiro eliminou essa excepção.

Tendo o legislador substituído a designação “comunicação publicitária” pela designação “*marketing directo*” e tendo eliminado a excepção das mensagens enviadas pelas entidades sem fins lucrativos ao regime do artigo 22º do Decreto-Lei 7/2004 de 7 de

Janeiro, tudo isto somado ao que atrás foi dito (nomeadamente sobre o *marketing* político e sobre a fundamentação da opção do legislador comunitário pelo regime de *opt-in*), conclui iniludivelmente a CNPD que o legislador nacional pretendeu submeter o marketing político ao regime de protecção de dados pessoais vigente para o *marketing* directo no âmbito das comunicações electrónicas.

V – Conclusão

Para a CNPD, à luz da Directiva 2002/58/CE de 12 de Julho e do nº 1 do artigo 22º do Decreto-Lei 7/2004 de 7 de Janeiro, o envio (por parte de toda e qualquer entidade, empresarial ou sem fins lucrativos) de mensagens (de qualquer natureza, mesmo de cariz cívico ou político) por correio electrónico (independentemente da tecnologia adoptada) carece de consentimento (livre, específico e informado) prévio por parte do destinatário.

Em todos os casos de utilização dos endereços e contactos electrónicos dos titulares para envio de mensagens por qualquer via electrónica, os tratamentos de dados pessoais devem, nos termos do artigo 27º da LPD, ser notificados junto da CNPD.

Lisboa, 20 de Setembro de 2005

Eduardo Campos (Relator), Amadeu Guerra, Luís Barroso, Alexandre Sousa Pinheiro, Ana Luísa Geraldès, Luís Lingnau da Silveira (Presidente)