

PARECER N.º 43 /2012

I. Do Pedido

A Comissão Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República solicita a esta Comissão parecer sobre a Proposta de Lei n.º 78/XII/1º (GOV), que transpõe a Diretiva n.º 2009/136/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro, na parte que altera 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 protecção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas, procedendo à primeira alteração à Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, e à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de fevereiro.

A Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPD) é chamada a pronunciar-se nos termos do disposto no artigo 22º, n.º 2, da Lei de Protecção de Dados Pessoais (LPD) e emite parecer ao abrigo do disposto no artigo 23º, n.º 1, alínea a), da LPD.

II. Dos Antecedentes

A CNPD já foi consultada pelo Governo sobre a matéria que versa a presente Proposta de Lei, tendo, então, manifestado a sua posição sobre a iniciativa legislativa daquele órgão de soberania. Com efeito, foi enviada uma primeira versão para parecer, a qual foi, num primeiro momento, objeto de análise e discussão em reunião realizada entre esta Comissão e uma representante da Secretaria de Estado das Obras Públicas Transportes e Comunicações (SEOPTC).

As questões, na altura, consideradas cruciais foram as relativas às competências desta Comissão em matéria de «violação de dados pessoais» e a distribuição de competências entre esta Comissão e o ICP-ANACOM.



COMISSÃO NACIONAL
DE PROTECÇÃO DE DADOS

A representante da SEOPTC analisou as questões suscitadas, tendo remetido um novo projeto de Proposta de Lei, para emissão do competente parecer.

Nesta sede, a CNPD constatou que, em larga medida, tinham sido acolhidas as recomendações feitas, sendo que relativamente às questões não aceites pela SEOPTC, foi proposto e sugerido que se alterasse o texto proposto.

Importa agora analisar a presente Proposta de Lei e verificar em que medida estão consagradas as propostas e sugestões da CNPD, de modo a concluir-se pela conformação do texto proposto com o quadro legal vigente em matéria de proteção de dados pessoais.

III. Da Apreciação

Analisada a Proposta de Lei submetida a parecer, que constitui a versão final remetida pelo Governo à Assembleia da República, regista-se, com agrado, que foi aceite a maior parte das alterações de texto sugeridas por esta Comissão, pelo que se conclui que o trabalho conjunto desenvolvido resultou, assim, numa mais valia, na perspetiva da proteção dos dados e da privacidade do cidadão.

Subsistem, porém, algumas questões que justificam uma nova reapreciação do diploma em causa, por força das alterações introduzidas em momento posterior ao parecer emitido por esta Comissão. Para além disso, existem alguns aspetos formais do diploma que devem ser objeto de correção.

A) Das alterações introduzidas

No **artigo 6º, n.º 4**, exige-se, para a prestação de serviços de valor acrescentado, que o assinante ou o utilizador tenham dado «*expressamente o seu consentimento prévio e inequívoco*» (sublinhado nosso), enquanto o **artigo 7º, n.º 3**, exige apenas que o «*consentimento seja prévio e expresso*».



COMISSÃO NACIONAL
DE PROTECÇÃO DE DADOS

Destas normas resulta, assim, uma injustificada distinção de regimes, entre a prestação do consentimento nos dados de tráfego e nos dados de localização sem qualquer justificação.

Importa assim, uniformizar, os regimes legais dos dados de tráfego e de localização no que às características do consentimento diz respeito, sugerindo-se a alteração da norma em conformidade.

Ainda quanto aos artigos 6º e 7º, importa reiterar uma recomendação anteriormente feita no sentido da necessidade de salvaguardar a prestação do direito de informação do assinante e do utilizador, no caso de prestação deste tipo de serviço, em conformidade com o disposto no artigo 10º da LPD, recomendação que não foi acolhida.

No **artigo 14º, n.º 1, alínea a)**, tipifica-se como contraordenação «(...) a violação do dever de confidencialidade, a proibição da interceção ou a vigilância das comunicações e dos respetivos dados de tráfego previstos no artigo 4º».

Embora a redação proposta seja exatamente igual à que se encontra atualmente em vigor, importa dizer, desde logo, que a redação inicialmente proposta para esta alínea e número, sobre a qual esta Comissão emitiu parecer, era mais conforme ao quadro constitucional em vigor.

De facto, a atual redação do artigo 4º, n.º 1, acompanhando a terminologia usada no artigo 34º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa (CRP), refere-se à «**inviolabilidade**» das comunicações, e não à «confidencialidade».

Assim, a primeira consideração a tecer diz respeito à utilização da expressão «*dever de confidencialidade*» quando do que se trata é da «*inviolabilidade*» das comunicações. Neste sentido, deve a norma em questão ser alterada em conformidade com a referida disposição constitucional.



COMISSÃO NACIONAL
DE PROTECÇÃO DE DADOS

A segunda consideração tem que ver com a remissão efetuada, que é feita para o artigo 4º, na sua globalidade, quando os seus números 1 a 4 se referem a realidades distintas, justificando-se, por isso, uma tipificação autónoma de cada uma dessas realidades.

Com efeito, do n.º 1 e do n.º 3 resultam deveres. No n.º 1, está em causa o dever de garantir a inviolabilidade das comunicações, enquanto o n.º 3 trata do dever de prestar informação e obter consentimento do titular nas situações de gravações de chamadas com determinada finalidade. Já do n.º 2 decorre uma proibição, enquanto o n.º 4 consagra um requisito legal de obtenção de autorização.

Quanto ao **artigo 15º**, importa fazer duas sugestões.

A primeira respeita ao seu **n.º 1**, na parte que se refere às entidades com competência contraordenacional. Atribui-se à CNPD competência em matéria de violação do artigo 13º-E. Sucede, porém, que na atual redação desta norma não é feita qualquer menção a esta Comissão.

Diga-se, a este propósito, que a menção à «CNPd» constante da proposta inicial caiu, por nossa recomendação.

A segunda reporta-se ao **n.º 2**, que atribui ao ICP-ANACOM competência para intervir quando em causa está a violação do disposto no artigo 4º.

Reconhecendo que a redação agora proposta coincide *ipsis verbis* com a redação da norma atualmente em vigor, alertamos para a necessidade de se corrigir uma situação que nos parece não estar conforme ao quadro constitucional e legal em vigor.

Conforme já dissemos, no artigo 4º estão previstas diferentes realidades, todas reconduzíveis a tratamentos de dados pessoais.

De acordo com o regime contraordenacional em vigor, compete ao ICP-ANACOM intervir nas situações de incumprimento dos n.ºs 1 e 2 do artigo 4º, inexistindo qualquer

fe



COMISSÃO NACIONAL
DE PROTECÇÃO DE DADOS

contraordenação pelo incumprimento do disposto nos n.ºs 3 e 4 do referido preceito legal.

Ora, a CNPD é a entidade que, à luz do artigo 35.º, n.º 2, da CRP, e do artigo 22.º, n.º 1, da LPD, detém competência para intervir em todas as situações que impliquem tratamento de dados pessoais.

Neste sentido, não podemos deixar de manifestar a nossa discordância quanto à opção seguida, em especial, a relativa à atribuição *ex novo* ao ICP-ANACOM de competência para intervir nas situações de incumprimento dos n.ºs 3 e 4, competência que é claramente do foro desta Comissão.

Quanto ao **artigo 13.º-A**, reiteramos a argumentação expendida no nosso anterior parecer a propósito da utilização da expressão «correio eletrónico» no n.º 4, em detrimento de uma expressão mais abrangente e, conseqüentemente, em consonância com os «meios» previstos no n.º 1.

Assim, de acordo com a redação proposta para o **n.º 1**, verifica-se que foi alargado o elenco dos «meios» que podem ser utilizados nas comunicações com fins de *marketing* direto, pois passaram a estar abrangidas, de modo claro e inequívoco, as comunicações feitas por «SMS», bem como os «MMS» e «*outro tipo de aplicações similares*».

Contudo, de acordo com a redação proposta para o **n.º 4**, os «meios» aqui previstos circunscrevem-se apenas ao «correio eletrónico», restringindo-se, assim, o âmbito de aplicação do n.º 1, quanto aos outros «meios».

Ora, esta solução, embora se encontre consagrada no n.º 4 do artigo 13.º da Diretiva 2009/136/CE, não está em linha com o espírito do legislador comunitário, expresso no considerando 67 da referida Diretiva, nem com o artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, que refere «comunicações por via eletrónica» e não «correio eletrónico».

Acresce que a experiência tem demonstrado que o envio de comunicações é feito essencialmente com recurso ao envio de SMS, sem que se conheça a origem do



COMISSÃO NACIONAL
DE PROTECÇÃO DE DADOS

remetente da mensagem. Tal situação acarreta problemas para o titular dos dados, na medida em que este não consegue, desde logo, verificar se quem lhe enviou a mensagem estava por si autorizado a fazê-lo. Por outro lado, dificulta o exercício dos poderes de supervisão por parte desta Comissão.

Nesta conformidade, sugere-se que no n.º 4 se fale em «comunicação» em vez de «correio eletrónico» e, ainda, se remeta para o n.º 1, no que toca aos «meios».

Por fim, gostaríamos de alertar para a circunstância de a remissão ser feita apenas para o artigo 21º do Decreto-Lei n.º 7/2004, deixando assim de fora a proibição de envio de comunicações para fins de *marketing* direto, ocultando e dissimulando a identidade do remetente da comunicação nas situações do atual artigo 22º, n.ºs 5 e 6, norma que o artigo 13º-A do diploma em análise visa substituir.

A CNPD não concorda com essa solução, atentas as razões supra expendidas.

Neste sentido, sugere-se a adoção de uma de duas das seguintes soluções, das quais resulta a aplicação da proibição de ocultação e dissimulação da identidade do remetente da comunicação às situações abrangidas não só pelo artigo 21º mas também pelo atual 22º (futuro artigo 13º-A), a saber:

- a) Retirar a remissão para o artigo 21º; ou
- b) Aditar «e em violação do presente artigo,».

No n.º 1 do **artigo 13º-B**, prevê-se a existência de uma lista (positiva) de pessoas que deram o seu consentimento para receber comunicações efetuadas com recurso aos «meios» além indicados.

Esta norma vem no seguimento do regime das «comunicação não solicitadas», consagrado no artigo 13º-A, preceito que consagra um elenco aberto de «meios», por força do recurso à expressão «designadamente».

Deste modo, consideramos que, no artigo 13º-B, deve ser inserida igual expressão ou outra com idêntico sentido, para que os «meios» a que a norma se refere possam ser não

fr



COMISSÃO NACIONAL
DE PROTECÇÃO DE DADOS

so os indicados, mas também «outros meios», que possam surgir em consequência dos avanços tecnológicos, permitindo assim uma permanente atualização da norma.

O artigo 15º- C permite que a CNPD possa, nas situações elencadas, aplicar sanções pecuniárias compulsórias.

Muito embora a CNPD entenda não ser imprescindível ao exercício das suas atribuições tal competência estando a mesma prevista nos casos enunciados neste artigo, então justificar-se-á estender tal poder a outras situações que merecem o mesmo tipo de proteção.

Falamos dos casos referidos na alínea j) do n.º 1 e nas alíneas b) e c) do n.º 2 do artigo 14º, no artigo 10º e no artigo 13º, quando esteja em causa o incumprimento de ordens e deliberações da CNPD, bem como a obrigação de prestação de informações a que estão sujeitas as empresas abrangidas por esta lei.

Neste sentido, este mecanismo pode ser útil e eficaz em situações de incumprimento da lei, designadamente as decorrentes da falta de prestação de informações, uma vez que produz um efeito imediato no comportamento do incumpridor que outros mecanismos sancionatórios não produzem.

B) Dos aspetos formais

Quanto a aspetos formais do projeto de diploma, avançamos apenas com uma sugestão.

A utilização das siglas CNPD deve ser precedida da designação de Comissão Nacional de Protecção de Dados por extenso.

Com efeito, no texto em análise constata-se que até ao artigo 8º é usada a sigla desta Comissão sem que em algum artigo anterior tenha havido identificação da mesma por extenso.

Sugere-se, assim, por uma questão de rigor que tal situação seja corrigida.

Este é o nosso parecer.

Lisboa, 9 Julho de 2012

Ana Roque, Luís Barroso (Relator), Luís Paiva de Andrade, Helena Delgado António,
Carlos Campos Lobo, Vasco de Almeida.



Filipa Calvão (Presidente)