

## PARECER N.º 46 /2012

### I. O pedido

O Gabinete do Secretário de Estado da Energia solicitou a emissão de parecer sobre dois projetos de decreto-lei que visam proceder à alteração dos Decretos-Lei n.º 140/2006, de 26 de junho e 172/2006, de 23 de agosto.

O pedido formulado decorre das atribuições conferidas à CNPD por via do disposto no n.º 2 do artigo 22.º da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro (Lei de Proteção de Dados Pessoais - LPD), e é emitido no uso da competência prevista na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 23.º do mesmo diploma legal.

O presente parecer restringe-se à apreciação da matéria relativa à proteção de dados pessoais.

Por razões de economia, e uma vez que as questões a apreciar se reconduzem à criação de uma lista de devedores nos dois projetos, o presente parecer abordará em conjunto as duas realidades.

### II. A apreciação

#### a) Questão prévia – formalismos essenciais

Uma nota prévia é devida à desconsideração dos requisitos mínimos de legística formal que resulta da leitura dos projetos objeto de parecer.

Nos dois projetos em apreciação verifica-se a inexistência de preâmbulo. É certo que o preâmbulo não tem carácter normativo, mas não deixa de constituir o referencial teleológico de determinado diploma.

Acresce que, no caso do projeto de decreto-lei que visa alterar o Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de agosto, os artigos 2.º e 3.º<sup>1</sup> são absolutamente ininteligíveis.

Apenas por leitura integral da republicação anexa ao projeto é possível vislumbrar quais as alterações e os aditamentos efetuados ao Decreto-Lei que se pretende alterar.

O formalismo a que nos reportamos não se trata de minudência jurídica, mas antes da estrutura formal do diploma objeto de parecer, pelo que nos permitimos destacar que muito agilizaria o processo de consulta um maior cuidado na redação e finalização dos diplomas antes de serem enviados para as consultas que o legislador entendeu serem obrigatórias.

Não obstante quanto acaba de se referir, atenta a pertinência e o alcance no que diz respeito à criação de novos tratamentos de dados pessoais, a CNPD entende ser seu dever, ainda assim, emitir o presente parecer<sup>2</sup>.

## b) A (in)constitucionalidade dos projetos

### i. A forma dos projetos

Passando à análise material dos projetos, suscitam-se, desde logo, reservas ao nível da constitucionalidade formal dos projetos em causa.

---

<sup>1</sup> Para a elaboração de alterações e aditamentos legislativos, veja-se, p.ex., David Duarte et al., *in* “Legística – Perspectivas sobre a concepção e redação de actos normativos”, Almedina, 2002, pp. 249 a 257.

<sup>2</sup> Permitimo-nos, ainda, ressaltar que a CNPD não formula “comentários” nem “sugestões”, a CNPD emite parecer no âmbito do processo legislativo, nos termos da competência que lhe foi fixada na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 23.º da LPD.



Reportamo-nos à criação das listas de devedores resultantes, por um lado, do aditamento operado pelo artigo 7.º do artigo 36.º-C, no âmbito do projeto de decreto-lei que visa alterar o Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de junho (gás natural) e, por outro, do aditamento operado pelo artigo 3.º do artigo 50.º-D, no contexto do projeto de decreto-lei que visa alterar o Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de agosto (eletricidade).

Sob a epígrafe “mecanismo de sinalização dos riscos de dívida” nos dois projetos, verifica-se a criação de duas listas “negras”, as quais serão partilhadas pelos comercializadores, aparentemente, com o objetivo de sinalizar riscos de dívida.

Atenta a formulação dos artigos em causa, afigura-se evidente estarmos perante um tratamento de dados sensíveis, por se subsumirem à categoria de dados relativos à vida privada.

Uma coisa seria a empresa com quem determinado consumidor contratou ter disponível o seu histórico de pagamentos. Coisa distinta é a criação de uma base de dados partilhada com empresas relativamente às quais o titular dos dados/consumidor não tem qualquer relação, o que configura um acesso a dados pessoais de terceiro, sem que a racionalidade de tal medida se encontre justificada.

Pese embora não ser referido expressamente, o objetivo último desta lista é o estabelecimento de perfis negativos de consumidores.

Assim, não se vislumbra como pretende o proponente fazer valer esta medida por mero decreto-lei.

Estando em causa direitos fundamentais, designadamente, o direito ao bom nome e o direito à proteção legal contra qualquer forma de discriminação (o que, como à frente demonstraremos, é potenciado pela presente medida), estabelecidos e protegidos por força do comando constitucional constante no n.º 1 do artigo 26.º da Lei Fundamental, e, bem assim, por força da proibição de acesso a dados de terceiro (cfr. n.º 4 do artigo 35.º da CRP), como resulta claramente do acesso às dívidas, que determinado titular dos dados tem, por empresas que não têm qualquer legitimidade para aceder a tais



dados, não se vislumbra como pretende o proponente fazer passar tal medida legislativa sem o crivo da Assembleia da República.

Organicamente, é a quem está cometido o poder legislativo em matérias que versam sobre direitos, liberdades e garantias e, em particular, sobre direitos fundamentais.

Assim, desde logo se verifica um vício formal em ambos os projetos.

## ii. O alcance material da criação das listas de devedores em causa

Desconhece-se a racionalidade da presente medida legislativa até porque, como já referido, nenhum dos projetos vem acompanhado de preâmbulo, local adequado para tal justificação.

Na verdade, esta medida não decorre de qualquer necessidade de transposição das Diretivas que os projetos têm em vista, pelo que a própria lógica de harmonização nos diferentes estados membros fica comprometida.

Tal como refere Jorge Miranda e Rui Medeiros<sup>3</sup>, “a legitimidade da recolha de dados pessoais depende sempre da existência de um interesse determinado e explícito e, constitucionalmente legítimo, não podendo ser posteriormente tratados de forma incompatível.”

É esta justificação relacionada com a existência de interesse determinado e explícito, bem como constitucionalmente atendível, que nos escapa na apreciação que ora se faz.

Para a cabal apreciação dos presentes projetos, cumpre relembrar um diploma legislativo que regula outro tipo de prestação de serviços públicos essenciais. Referimo-nos à Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro.

---

<sup>3</sup> Cfr. Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I, Coimbra Editora, 2005, pp. 382

Constata-se que as normas relativas à criação das listas de devedores, ou, na formulação dos projetos, aos mecanismos de “sinalização dos riscos de dívida”, são fortemente inspirados pela norma constante na Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro.

Atente-se na redação dada ao artigo 46.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, na redação que lhe deu a Lei n.º 51/2011, de 13 de setembro:

#### Artigo 46.º

##### Mecanismos de prevenção de contratação

1 - As empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas ficam habilitadas por esta lei, directamente ou por intermédio das suas associações representativas, a criar e a gerir mecanismos que permitam identificar os assinantes que não tenham satisfeito as suas obrigações de pagamento relativamente aos contratos celebrados, nomeadamente através da criação de uma base de dados partilhada.

2 - A entidade gestora da base de dados deve elaborar as respectivas condições de funcionamento, solicitando o parecer prévio da ARN, e submetê-las a aprovação da Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPD).

3 - Os mecanismos instituídos devem respeitar as seguintes condições, sem prejuízo do regime aplicável à protecção de dados pessoais e da privacidade:

- a) Os dados a incluir devem circunscrever-se aos elementos absolutamente essenciais à identificação dos assinantes incumpridores;
- b) Garantia do direito de acesso, rectificação e actualização dos dados pelo respectivo titular;
- c) Obrigação de informação nos contratos ou de advertência expressa aos assinantes que já tenham contrato celebrado da possibilidade da inscrição dos seus dados na base de dados em caso de incumprimento das obrigações contratuais, explicitando o montante da dívida a partir do qual se processa a inscrição dos dados dos assinantes naquela base e os mecanismos que podem ser usados para impedir aquela inclusão;
- d) Garantia de que previamente à inclusão de dados dos assinantes na base estes são notificados para, em prazo não inferior a cinco dias, sanar o incumprimento contratual, regularizar o seu saldo devedor ou demonstrar a sua inexistência ou inexigibilidade;
- e) Obrigação de informar os assinantes, no prazo de cinco dias, de que os seus dados foram incluídos na base de dados;

f) As empresas que pretendam aceder aos elementos disponibilizados devem igualmente fornecer os elementos necessários relativos aos contratos por si celebrados em que existam quantias em dívida;

g) Todos os elementos recebidos devem ser exclusivamente utilizados pelas empresas participantes nos mecanismos instituídos, sendo vedada a sua transmissão, total ou parcial, a terceiros, bem como a sua utilização para fins diversos dos previstos no número anterior;

h) Eliminação imediata de todos os elementos relativos ao assinante após o pagamento das dívidas em causa ou quando o seu valor seja inferior ao previsto na alínea a) do n.º 4;

i) Não inclusão de dados relativos a assinantes que tenham apresentado comprovativo da inexistência ou inexigibilidade da dívida ou enquanto decorrer a análise, pelo operador ou prestador do serviço, dos argumentos apresentados para contestação da existência do saldo devedor ou durante o cumprimento de acordo destinado ao seu pagamento ou ainda de dados relativos a assinantes que tenham invocado excepção de não cumprimento do contrato ou que tenham reclamado ou impugnado a facturação apresentada;

j) Garantia do direito a indemnização do assinante, nos termos da lei geral, em caso de inclusão indevida dos seus elementos nos mecanismos instituídos.

4 - As condições de funcionamento da base de dados devem garantir o disposto no número anterior e delas devem constar nomeadamente o seguinte:

a) Montante mínimo de crédito em dívida para que o assinante seja incluído na base de dados, o qual não pode ser inferior a 20 % da remuneração mínima mensal garantida;

b) Identificação das situações de incumprimento susceptíveis de registo na base de dados, com eventual distinção de categorias de assinantes atento o montante em dívida;

c) Fixação de um período de mora a partir do qual se permite a integração na base de dados;

d) Identificação dos dados susceptíveis de inclusão;

e) Período de permanência máximo de dados na base.

5 - As empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas podem recusar a celebração de um contrato relativamente a um assinante que tenha quantias em dívida respeitantes a contratos anteriores celebrados com a mesma ou outra empresa, salvo se o assinante tiver invocado excepção de não cumprimento do contrato ou tiver reclamado ou impugnado a facturação apresentada.

6 - O regime previsto no número anterior não é aplicável aos prestadores de serviço

universal, os quais não podem recusar-se a contratar no âmbito do serviço universal, sem prejuízo do direito de exigir a prestação de garantias<sup>4</sup>.

Além da medida incluída na Lei das comunicações eletrónicas ter sido aprovada por Lei da Assembleia da República, resultam da mesma garantias específicas de não inclusão de dados relativos a clientes/consumidores que se encontrem nas situações previstas na alínea i) do n.º 3 do artigo 46.º e que não foram salvaguardadas nos projetos objeto de apreciação.

Para além disso, a experiência da CNPD reclama que se alerte para a circunstância de o mecanismo ali previsto estar a ser utilizado indevidamente, designadamente quando a faturação se encontra reclamada, permitindo a afirmação de que este mecanismo tem servido para finalidades distintas daquela para a qual foi criada, servindo de elemento de pressão para o cliente proceder a pagamentos que se encontram, na verdade, controvertidos.

Acresce que, nos termos do disposto no n.º 6 daquele artigo, encontra-se salvaguardada a contratação no âmbito do serviço universal (no caso das telecomunicações é a PT a entidade prestadora do serviço universal), o que não se verifica nos mecanismos que ora se pretendem criar.

O que quer dizer que, no âmbito da lista de devedores da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, está vedada a possibilidade de *“recusar a celebração de um contrato relativamente a um assinante que tenha quantias em dívida respeitantes a contratos anteriores celebrados com a mesma ou outra empresa”* quando se trate de prestadores de serviço universal.

Recorde-se a este propósito que, nos termos da Lei n.º 23/96, de 26 de julho, com as alterações da Lei n.º 12/2008, de 26 de fevereiro, que cria no ordenamento jurídico alguns mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais, os

---

<sup>4</sup> Destacado e sublinhado nossos.

serviços públicos abrangidos por esta Lei englobam os serviços de fornecimento de energia elétrica (cfr. alínea *b*) do n.º 2 do artigo 1.º) e de fornecimento de gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados, considerando-se, para os efeitos da Lei, prestador dos serviços abrangidos “toda a entidade pública ou privada que preste ao utente qualquer dos serviços referidos no n.º 2, independentemente da sua natureza jurídica, do título a que o faça ou da existência ou não de contrato de concessão” (cfr. o disposto no n.º 4 do artigo 1.º da referida Lei n.º 23/96, de 26 de julho).

Os casos de suspensão do fornecimento do serviço público são os identificados no artigo 5.º da mencionada Lei, sendo determinado o carácter injuntivo dos direitos conferidos nesta Lei, nos termos do disposto no artigo 13.º da Lei n.º 23/96, de 26 de julho.

Ora, nos termos dos projetos em análise, são prestadores de serviço universal os comercializadores de último recurso nos termos da alteração operada pelo artigo 2.º da alínea *m*) do artigo 2.º e do artigo 51.º-A, no contexto do projeto de decreto-lei que visa alterar o Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de agosto (eletricidade).

No caso do serviço de fornecimento de gás, o mesmo resulta da alteração operada pelo artigo 2.º do artigo 40.º, no âmbito do projeto de decreto-lei que visa alterar o Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de junho.

Uma nota é devida relativamente às diversas definições de comercializador que constam nos projetos, sendo certo que, no que diz respeito à legitimidade para a criação e gestão destas bases de dados, os projetos referem a categoria genérica de comercializadores.

Ora, nos termos das normas de definições previstas nos projetos, comercializador é a entidade registada para a comercialização (de gás ou de eletricidade) cuja atividade consiste na compra a grosso e na venda a retalho (de gás ou de eletricidade).



Já o comercializador de último recurso é definido como a entidade titular de licença de comercialização (de gás ou eletricidade) sujeita a obrigações de serviço público, nos termos da lei.

Não se compreende como, existindo estas duas definições, o proponente opta por considerar que qualquer comercializador tem legitimidade para criar e gerir este tipo de informações.

Ora, se bem compreendemos o alcance da norma, só pode estar em causa a relação comercial entre o consumidor e o comercializador de último recurso.

A manter-se a opção tal como se encontra redigida, afigura-se que o âmbito subjetivo é claramente excessivo e não encontra qualquer racionalidade que suporte a medida legislativa, comprometendo a própria finalidade (“sinalização dos riscos de dívida”) subjacente ao tratamento de dados em apreço.

No âmbito das listas de devedores que se pretende criar não se encontra prevista qualquer limitação à recusa de celebração de contratos à semelhança do que ocorre com o mecanismo previsto na Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro.

Ora, sem que estas salvaguardas mínimas se encontrem asseguradas, quer no que diz respeito à garantia de não inclusão de titulares de dados de faturação controvertida, quer no que diz respeito à garantia de contratação, o juízo que recai sobre as medidas em análise não poderá ser outro que não o de desproporcionalidade e de excesso, comprometendo a constitucionalidade material da opção legislativa.

Em rigor, esta medida permite recusar a contratação de bens essenciais por via da inclusão em lista de devedores.

O potencial discriminatório de tal medida é elevadíssimo, o que não pode deixar de ser apreciado à luz da obrigação de não discriminação que decorre dos deveres impostos por lei, por exemplo, para os comercializadores de gás natural registados, nos termos



da alteração ao artigo 35.º do Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de junho, *maxime* o disposto na alínea *h)* do n.º 2 do referido artigo.

Também por esta via é suscetível de um juízo negativo por violação do princípio geral da não discriminação, por violação do comando constitucional previsto no n.º 1 do artigo 26.º *in fine* da CRP e, genericamente, por afetar a proteção devida ao postulado básico da dignidade humana, de que o artigo 26.º da CRP constitui expressão direta.

iii. **A necessidade de instrumento de legalização dos tratamentos de dados em análise**

Sem prejuízo de quanto se deixa expresso, cumpre ainda esclarecer que os tratamentos de dados decorrentes da criação e gestão das bases de dados partilhadas em apreço não podem iniciar-se sem que os responsáveis pelo tratamento obtenham autorização da CNPD para o efeito, a qual determinará os termos e as condições do seu processamento.

Conforme já foi referido, estamos perante um tratamento de dados sensíveis e, por isso, legalmente sujeitos a uma proteção especial que impõe a existência de controlo prévio da CNPD, nos termos do disposto na alínea *a)* do artigo 28.º da LPD.

III. **Conclusões**

Face a quanto se deixa escrito, cumpre formular as seguintes conclusões:

1. Sob a epígrafe “mecanismo de sinalização dos riscos de dívida” nos dois projetos, verifica-se a criação de duas listas “negras”, as quais serão partilhadas pelos comercializadores, aparentemente, com o objetivo de sinalizar riscos de dívida;

2. Atenta a formulação dos artigos em causa, afigura-se evidente estarmos perante um tratamento de dados sensíveis, por se subsumirem à categoria de dados relativos à vida privada;
3. Estando em causa direitos fundamentais estabelecidos e protegidos por força do comando constitucional constante no n.º 1 do artigo 26.º da Lei Fundamental, e, bem assim, por força da proibição de acesso a dados de terceiro (cfr. n.º 4 do artigo 35.º da CRP) não se vislumbra como pretende o proponente fazer passar tal medida legislativa sem o crivo da Assembleia da República;
4. Assim, desde logo se suscita a inconstitucionalidade dos projetos em análise por vício de forma;
5. No que diz respeito à conformidade constitucional em termos materiais também se suscitam diversas dúvidas, as quais se encontram densificadas no ponto II. b) ii. do presente parecer, para cuja leitura se remete;
6. Desconhece-se a racionalidade da presente medida legislativa uma vez que nenhum dos projetos vem acompanhado de preâmbulo, local adequado para tal justificação;
7. Na verdade, esta medida não decorre de qualquer necessidade de transposição das Diretivas que os projetos têm em vista, pelo que a própria lógica de harmonização nos diferentes estados membros fica comprometida;
8. Sem que salvaguardas mínimas se encontrem asseguradas, quer no que diz respeito à garantia de não inclusão de titulares de dados de faturação controvertida, quer no que diz respeito à garantia de contratação, o juízo que recai sobre as medidas em análise não poderá ser outro que não o de desproporcionalidade e de excesso, comprometendo a constitucionalidade material da opção legislativa;
9. Esta medida permite recusar a contratação de bens essenciais por via da inclusão em lista de devedores;
10. O potencial discriminatório de tal medida é elevadíssimo, o que não pode deixar de ser apreciado à luz da obrigação de não discriminação que decorre dos deveres impostos por lei, por exemplo, para os comercializadores de gás natural registados, nos termos da alteração ao artigo 35.º do Decreto-Lei n.º

140/2006, de 26 de junho, *maxime* o disposto na alínea *h*) do n.º 2 do referido artigo.

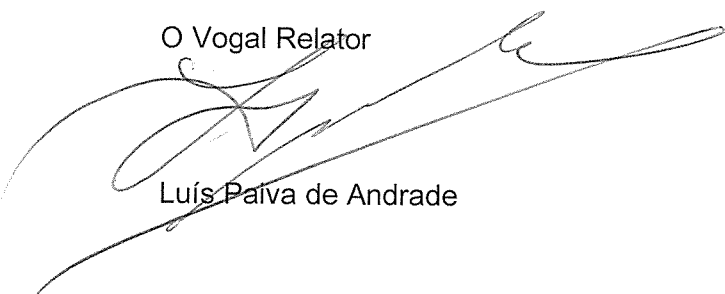
11. Também por esta via é suscetível de um juízo negativo por violação do princípio geral da não discriminação, por violação do comando constitucional previsto no n.º 1 do artigo 26.º *in fine* da CRP e, genericamente, por afetar a proteção devida ao postulado básico da dignidade humana, de que o artigo 26.º da CRP constitui expressão direta.

Por último,

12. Os tratamentos de dados decorrentes da criação e gestão das bases de dados partilhadas em apreço não podem iniciar-se sem que os responsáveis pelo tratamento obtenham autorização da CNPD para o efeito, a qual determinará os termos e as condições do seu processamento, nos termos do disposto na alínea *a*) do artigo 28.º da LPD.

Lisboa, 1 de agosto de 2012

O Vogal Relator



Luís Paiva de Andrade