De: Associação Portuguesa de Bancos [mailto:apbancos@apb.pt]
Enviada: terça-feira, 29 de Maio de 2012 9:42
Para: (DGC) Manuela Guedes
Assunto: RE: Consulta - Projecto de proposta de Lei de alteração à Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, para transposição da Directiva n.º 2009/136/CE, de 25/11

Refª.:398/2012
Proc.: 04.05

Exma. Senhora Dra Manuela Guedes,

Em resposta à consulta que nos foi feita e que agradecemos, relativa ao Projecto de Diploma em assunto, vimos apresentar o seguinte parecer:

Com o presente Projecto pretende-se alterar a Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas, no contexto da prestação de serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público em redes de comunicação públicas, nomeadamente, redes públicas de comunicações que servem de suporte a dispositivos de recolha de dados e de identificação.

A Lei n.º 41/2004, tanto na redacção actual, como na do Projecto, não define o que se entende por "empresas que oferecem serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público", que são as destinatárias do conjunto de regras e obrigações constantes deste diploma, juntamente com os "fornecedores de redes públicas de comunicações", mas o Projecto inclui uma remissão de âmbito genérico para as definições constante da Lei de Protecção de Dados Pessoais e para a Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro (regime jurídico aplicável às redes e serviços de comunicações electrónicas e aos recursos e serviços conexos).

Ora, na referida Lei n.º 5/2004 o "serviço de comunicações electrónicas" é definido como sendo "o serviço oferecido em geral mediante remuneração, que consiste total ou principalmente no envio de sinais através de redes de comunicações electrónicas, incluindo os serviços de telecomunicações e serviços de transmissão em redes utilizadas para a radiodifusão".

As Instituições de Crédito, apesar de fornecerem aos seus Clientes os serviços inerentes à sua actividade através de meios electrónicos, designadamente, através dos seus canais directos (internet e telefone) não se enquadram no âmbito de actividade das empresas acima referidas, já que não enviam quaisquer "sinais" através de redes de comunicação, e não dispõem de infra-estruturas ou meios técnicos que lhes permitam desenvolver esta actividade, antes recorrendo aos serviços fornecidos por terceiros para este efeito, designadamente, empresas de telecomunicações, *internet providers* e outros.

Assim, entendemos que as Instituições de Crédito, enquanto prestadoras de serviços financeiros, não estão incluídas no âmbito deste Projecto de diploma, já que não são "empresas que oferecem serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público" e, por esse motivo, não estão sujeitas ao conjunto de regras e deveres contidos no mesmo nem, tão pouco, sujeitas ao regime sancionatório nele previsto.

Se for outro o entendimento, e caso se conclua que as Instituições de Crédito estão abrangidas por este regime, os Bancos teriam que suportar um conjunto de regras e obrigações que teriam certamente um forte impacto nos actuais procedimentos operativos, designadamente, deveres acrescidos no que diz respeito ao controlo de armazenamento de dados (art. 3º, n.º 1, 3 e 4), implementação de políticas de segurança (art. 3º), sujeição a auditorias por parte do ICP-Anacom (art. 3º, n.º 5), deveres de informação aos Clientes em caso de risco de violação de segurança (art. 3º, nº 8) e de âmbito genérico (art. 13º-C), obrigação de notificação ao ICP-Anacom de ocorrências de violação de dados pessoais (art. 3º-A, n.º1), na adopção de medidas tecnológicas de protecção dos dados (art. 3º-A, n.º 4 e 5, e obrigações de listagem e reporte (art. 13º-B).

Não se discute a bondade destas novas regras, que se destinam a proteger os consumidores e os utilizadores dos serviços de comunicações electrónicas em geral, apenas se considera que a sua implementação não se compadece com o prazo previsto para a entrada em vigor deste diploma, que é o dia seguinte ao da sua publicação.

Destacamos ainda o seguinte ponto, que merece especial preocupação: o Projecto de Diploma prevê que as comunicações não solicitadas para fins de marketing directo se encontram sujeitas a consentimento prévio e escrito do utilizador do serviço electrónico. Todavia, o projecto diz ainda que:

(i) as entidades que enviem comunicações para fins de marketing directo não solicitadas devem promover uma lista actualizada de pessoas que manifestaram expressa e de forma gratuita o consentimento para a recepção deste tipo de comunicações;

(ii) compete à Direcção Geral do Consumidor (DGC) manter uma lista de âmbito nacional de pessoas colectivas que hajam manifestado expressa oposição à recepção de comunicações não solicitadas para fins de marketing directo;

(iii) as empresas que prestem serviços de telecomunicações que promovam o envio de comunicações para fins de marketing directo são obrigadas a consultar esta lista da DGC.

Estes pontos levantam-nos as seguintes dúvidas, que nos parece deveriam ser esclarecidas no Diploma que venha a ser aprovado:

1.Se todos os clientes da Instituição dão o seu consentimento a que esta os contacte (comunicações não solicitadas) para fins de marketing directo: é a mesma obrigada a manter uma "lista" de todos os seus clientes para este efeito? Parece-nos que deveria prever-se uma solução que permitisse uma resposta negativa.

2. Se, de entre os clientes que sejam pessoas colectivas, alguns deles se manifestarem agora expressamente contra a receberem comunicações não solicitadas para fins de marketing directo, mesmo que o contrato inicial anteriormente celebrado o permita, este (novo) princípio sobrepõe-se ao acordado com o cliente no contrato?

Por fim, não podemos deixar de referir o pesadíssimo quadro sancionatório que resultará deste regime legal, dado que para as pessoas colectivas estão previstas coimas máximas de EUR 5.000.000,00 (sem que tal seja imposto pela Directiva, que deixa ao critério dos Estados-Membros as regras relativas às sanções), as quais são acompanhadas de outros mecanismos sancionatórios, nomeadamente sanções acessórias e sanções pecuniárias compulsórias.

Quanto à apreciação na especialidade apresentamos algumas breves notas:

a) Artigo 2.º da Proposta

Omite a referência ao artigo 4.º da Lei n.º 41/2004 como objecto de alteração de redacção.

b) Nova redacção do artigo 7.º da Lei n.º 41/2004

i) A Proposta de Lei prevê a alteração da redacção do nº 4 do artigo 7.º da Lei n.º41/2004. O texto novo não suscita comentários. Contudo, já merece reparo a eliminação do teor do n.º 4 ainda em vigor, que estabelece o dever de «… informar os utilizadores ou assinantes, antes de obterem o seu consentimento, sobre o tipo de dados de localização que serão tratados, a duração e os fins do tratamento e a eventual transmissão dos dados a terceiros para efeitos de fornecimento de serviços de valor acrescentado», à semelhança, aliás, do que prevê o n.º 5 do artigo 6.º, a propósito do tratamento de dados de tráfego.

Com efeito, o tratamento de dados de localização é distinto do tratamento de dados de tráfego, nem qualquer destes é consumido pelo armazenamento ou acesso previsto no artigo 5.º, quer na redacção em vigor, quer na redacção constante da Proposta de Lei. O dever de prestar as informações devidas com vista à obtenção de um consentimento informado e esclarecido a propósito do tratamento de dados de localização deve, por isso, manter-se expressamente consagrado na lei.

Não o fazendo, o texto da Proposta de Lei afasta-se, incumprindo, do determinado na 2.º parte do n.º 1 do artigo 9.º da Directiva 2002/58/CE, que continua a estabelecer que «[o] prestador de serviços deve informar os utilizadores ou assinantes, antes de obter o seu consentimento, do tipo de dados de localização, para além dos dados de tráfego, que serão tratados, dos fins e duração do tratamento e da eventual transmissão dos dados a terceiros para efeitos de fornecimento de serviços de valor acrescentado.»

Propugna-se, por isso, pela manutenção do trecho eliminado, completando, por exemplo, o texto que a Proposta de Lei prevê como n.º 4 da citada disposição.

ii) A disposição alteradora do artigo 7.º da Lei 41/2004 referencia ainda a existência de um número 7 (sete) que o artigo alterado não contempla.

c) Novo artigo 13.º-A

Entre outros, a Proposta adita à Lei n.º 41/2004 o artigo 13.º-A, com a epígrafe «Comunicações não solicitadas".

A) A redacção do n.º 1 do (novo) artigo 13.º-A estabelece que "[e]stá sujeito a consentimento prévio … a recepção de comunicações não solicitadas…". A falta de concordância de género inculca que se trata de mero lapso: quando muito, a recepção estaria sujeita.

Todavia, a conduta proibida e, consequentemente, sancionada, não é a recepção de comunicações não solicitadas, mas o envio de comunicações não solicitadas. A necessidade de substituição do termo "recepção" por "envio" parece, por isso, óbvia.

B) É inadequado o segmento «independentemente da utilização de sistemas de chamada e de comunicação automatizados que não dependam da intervenção humana». Como resulta, aliás, do n.º 1 do artigo 13.º da Directiva 2002/58/CE, na redacção conferida pela Directiva 2009/136/CE, o que determina a ilicitude do envio de comunicações não solicitadas, depende, ao invés, da utilização de sistemas que não dependam da intervenção humana.

C) De acordo com as normas legais neste momento em vigor, a efectivação de uma chamada telefónica para o telemóvel ou para o telefone fixo de um cliente, carecendo da intervenção do mesmo para ser estabelecida, poderá ser efectuada sem consentimento prévio do cliente. Caso venha a ser introduzida a redacção do nº 1 do novo art. 13º-A, passará a carecer do seu consentimento, o que não se justifica. Sugere-se por isso, a alteração da redacção dessa disposição, no sentido de se clarificar que só carecem de consentimento as comunicações cuja recepção seja independente da intervenção do destinatário.

D) O nº 1 do art. 13º-A da Proposta de Lei, prevê que o consentimento deve ser prestado por escrito, sendo que na Directiva nº 2009/136/CE não se impõe tal obrigatoriedade que excluirá a possibilidade de tal consentimento ser prestado, por exemplo, mediante declaração verbal prévia, que seja gravada. Sugere-se a eliminação da exigência de o consentimento ser prestado por escrito.

Com os melhores cumprimentos,

João Mendes Rodrigues
Secretário-Geral

Secretary General

Av. da República, 35-5º. 1050-186 Lisboa - Portugal
Tel. (+351) 213 510 070 . Fax (+351) 213 579 533
apbancos@apb.pt . www.apb.pt