

PARECER/2019/16

I. Do Pedido

A Comissão de Economia, Inovação e Obras Públicas da Assembleia da República remeteu à Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD), para apreciação o Projeto de Lei n.º 439/XIII/2.ª (PSD), que determina a criação, no seio da Direção-Geral do Consumidor, de um portal de registo nacional de consumidores aderentes a publicidade telefónica.

O pedido formulado e o parecer ora emitido decorrem das atribuições e competências da CNPD, enquanto entidade administrativa independente com poderes de autoridade para o controlo dos tratamentos de dados pessoais, conferidos pela alínea c) do n.º 1 do artigo 57.º e pelo n.º 4 do artigo 36.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).

II. Da Apreciação

A iniciativa parlamentar agora submetida a parecer visa introduzir alterações na legislação relativa à publicidade por telefone, alegadamente regulada pela lei relativa à publicidade domiciliária (Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro).

Se a CNPD compreende as preocupações que estão na base da presente iniciativa legislativa, não deixa porém de notar que as soluções normativas avançadas não tomam em consideração o regime jurídico europeu e nacional vigente, nem parecem constituir um reforço efetivo dos direitos dos cidadãos.

Na verdade, o Projeto de Lei prevê a criação de um portal, gerido e mantido pela Direção-Geral do Consumidor, com o registo nacional de consumidores aderentes a publicidade telefónica. De acordo com a exposição de motivos existem atualmente «(...)múltiplas listas, geridas por um interminável número de entidades às quais os consumidores não acedem, nem para delas constarem lhes foi solicitado o seu consentimento, associado ao facto do desconhecimento generalizado sobre os mecanismos de inclusão nas referidas listas», as quais «têm gerado um sentimento de impunidade face às

violações do direito à privacidade a que os consumidores têm estado sujeitos». Aí se refere expressamente a lista dos cidadãos que manifestem o desejo de não receber essa publicidade [publicidade por telefone], prevista na legislação em vigor que regula a publicidade domiciliária, cuja feitura, manutenção e atualização estará a cargo das entidades comerciais ou organismos que as representam. A este propósito refere-se a lista mantida pela AMD – Associação Portuguesa do Marketing Direto, Relacional e Interativo através de um protocolo de cooperação com a Direção-Geral do Consumidor.

A este propósito, a CNPD não pode deixar de fazer três observações:

Em primeiro lugar, importa assinalar o erro em que esta iniciativa legislativa assenta quanto ao regime jurídico atualmente em vigor. Na verdade, e como melhor se explicará no ponto seguinte, a lista prevista no artigo 5.º da Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro, já não tem cobertura legal, porque esta disposição foi implicitamente revogada por leis nacionais em transposição da legislação da União Europeia. Assim, não existe enquadramento legal para a lista mantida pela AMD, nem em rigor para o protocolo a ela relativo, devendo as entidades que promovem publicidade dar cumprimento a outro tipo de obrigações legais, como adiante se especificará.

Em segundo lugar, sublinha-se que este projeto, tal como se encontra conformado, parece esquecer que o que está em causa é, antes do mais, a utilização de dados pessoais dos cidadãos para efeito da promoção das ações promocionais, e com isso, a afetação da privacidade dos mesmos. Importa, pois, recentrar o regime proposto e apreciá-lo em função do direito fundamental constitucionalmente consagrado no artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa (CRP).

Na verdade, é inegável que o envio de uma comunicação não solicitada com recurso ao número de telefone constitui um tratamento de dados pessoais, na aceção do artigo 4.º, alíneas 1) e 2), do RGPD. Nessa medida, todos aqueles que enviem comunicações deste tipo estão sujeitos ao cumprimento dos princípios e regras do RGPD, sendo responsáveis por demonstrar o seu cumprimento (cf. n.º 2 do artigo 5.º RGPD). Note-se ainda que tais comunicações utilizando o número de telefone abrangem não apenas a chamada telefónica, como também o envio de SMS ou de MMS.

Assim, tomando como referência o quadro legislativo europeu e nacional vigente sobre proteção de dados pessoais, há que considerar o regime especial da proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas, o qual inegavelmente abrange as comunicações por via telefónica. Este regime consta hoje da Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, alterada pela Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto, em transposição da Diretiva europeia *e-Privacy*¹, com soluções que devem ser ponderadas no contexto deste Projeto de lei.

Na verdade, a matéria objeto do presente projeto de lei encontra-se já regulada na lei portuguesa e em termos que se afiguram suficientes para afastar as preocupações e receios expressos na exposição de motivos da presente iniciativa parlamentar, como em seguida se procurará demonstrar.

Em terceiro lugar, alerta-se para o facto de estar em curso a revisão da Diretiva *e-Privacy*, prevendo-se ainda para este ano a aprovação de um novo Regulamento europeu sobre esta matéria, o qual, pela sua natureza, se aplicará diretamente na ordem jurídica nacional. Considerando que a proposta europeia atualmente em discussão não prevê um mecanismo similar ao avançado agora no Projeto de Lei, a CNPD realça não ser este o momento oportuno para a aprovação de um novo regime legal nesta matéria.

De todo o modo, e porque sobre o tratamento de dados pessoais para fins de marketing inicialmente previsto em especial na Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro, sofreu profundas alterações, não estando, nessa medida, o regime aí previsto plenamente em vigor, entende a CNPD ser conveniente relembrar aqui, sucintamente, a história do atual regime legal, para em seguida proceder à apreciação do presente Projeto de Lei à luz do mesmo e dos diplomas legislativos da União Europeia.

A) Evolução legislativa

O quadro legal em matéria de publicidade/marketing alterou-se substancialmente desde a Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro, que regula a publicidade domiciliária, de tal modo que o regime

¹ Diretiva 2002/58/CE, de 12 de julho, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações eletrónicas, com as alterações introduzidas pela Diretiva 2009/136, de 25 de novembro.

legal neste previsto, concretamente o disposto no seu artigo 5.º, foi implicitamente revogado por diplomas legais posteriores, em transposição de Diretiva Europeias. Se não, vejamos.

A Diretiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno, apesar de não estabelecer um regime comum em matéria de comunicações comerciais não solicitadas, permitiu aos Estados Membros² a opção entre o sistema de registo negativo (*opt out*)³ e o do necessário consentimento prévio do destinatário (*opt-in*)⁴.

Em transposição daquela diretiva, o artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, introduziu pela primeira vez no ordenamento jurídico nacional, a obrigatoriedade da prestação do consentimento prévio do destinatário da comunicação (*opt-in*), no caso das pessoas singulares, mantendo o regime do *opt-out* para os clientes por ocasião de um transação comercial – venda ou prestação de serviço – ou em momento posterior.

Além disso, e na linha do Considerando 31 daquela Diretiva, abriu a possibilidade de criação de uma «*lista atualizada de pessoas que manifestaram o desejo de não receber aquele tipo de comunicações*» da responsabilidade das entidades que promovem «*o envio de comunicações publicitárias não solicitadas*», ou de um organismo que as representasse, tal como já havia sido previsto no artigo 5.º, n.º 3, da Lei n.º 6/99.

Ulteriormente, a Diretiva 2002/58/CE, de 12 de julho, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações eletrónicas, em especial no seu artigo 13.º (cf. também Considerandos 40 a 43), veio estabelecer para os Estados Membros

² Considerandos 14, 30, 31 e artigo 2º, alínea f).

³ Sistema de *opt-out*: procedimento de conhecimento da vontade do titular dos dados pelo qual lhe é oferecida a possibilidade de se inscrever num registo de opositores ao tratamento dos seus dados pessoais, ficando vedado ao responsável (emissor de comunicações eletrónicas) o tratamento dos dados pessoais (envio de comunicações eletrónicas) desse titular – Cf. *Idem*.

⁴ Sistema de *opt-in*: procedimento de conhecimento da vontade do titular dos dados pelo qual se exige que este expresse a sua aceitação e intenção de os ver tratados (receber as comunicações eletrónicas) para que o responsável pelo tratamento (emissor da comunicação) possa, legítima e licitamente, proceder a esse tratamento (envio de comunicação eletrónica) – Cf. Luís Menezes Leitão, "Direito da Sociedade da Informação", Vol. IV, Coimbra Editora, pág. 199.

princípios e regras uniformizadoras, nesta matéria, mais limitativas no que aos tratamentos de dados pessoais nas comunicações não solicitadas diz respeito.

Com efeito, a opção do regime de *opt-in* era compreensível, face à motivação e finalidade da Diretiva 2002/58/CE, descrita nos seus considerandos, mas também perante os efetivos desvirtuamentos do mercado e os reais perigos para a privacidade⁵.

Mais tarde, o Decreto-Lei n.º 62/2009, de 10 de março, fixou o regime de *opt-out* para clientes e não clientes, ao impor à Direção-Geral do Consumidor a criação de uma lista (nova) de âmbito nacional de pessoas que manifestassem «*o desejo genérico de não receber quaisquer comunicações publicitárias*», em simultâneo com o regime de *opt-in* para não clientes, situação que levantava dificuldades na sua interpretação e aplicação.

Com a atual redação do artigo 13.º-A da Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, dada pela Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto (que transpôs o artigo 13.º da Diretiva 2009/136/CE, de 25 de novembro⁶), veio estabelecer-se, de modo claro e inequívoco, o regime do *opt-in* para não clientes, ao exigir o seu consentimento prévio, como condição para o envio de comunicações para fins de marketing direto.

Por sua vez, o artigo 13.º-B deste diploma, determinou, relativamente às pessoas singulares, a obrigatoriedade por parte das entidades responsáveis pelo envio das comunicações não

⁵ Em primeiro lugar, porque de outro modo os cidadãos recetores 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 de os emissores não respeitarem a oposição dos cidadãos ao envio de mensagens para os seus terminais; em terceiro lugar, a oposição do recetor revela aos emissores que aquele cidadão é um utilizador atento e cioso do seu terminal, o que estimula ainda mais o envio de mensagens de Marketing Direto; em quarto lugar, as frequentes e vastas transmissões de vírus informáticos e obstruções de linhas, através das mensagens não solicitadas enviadas massivamente; por fim, o envio de mensagens é um modo de promoção tão barato e com tão profícuos resultados que a tendência (ou tentação) para ignorar o registo negativo é grande, sobretudo tendo em conta, repete-se, o anonimato do emissor para o recetor comum. Cf. Documento sobre os Princípios Gerais aplicáveis ao Marketing Político nas comunicações eletrónicas in <https://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/PRINCIPIOS-MARKETING-POLITICO-eprivacy.pdf>.

⁶ Que altera a Diretiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrónicas, a Diretiva 2002/58/CE relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações eletrónicas e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor.

solicitadas de manterem uma lista «positiva»⁷ de não clientes que manifestaram, expressamente e de forma gratuita, o consentimento para a receção de comunicações não solicitadas, bem como de clientes que não se opuseram à receção de comunicações para fins de marketing direto que possam vir a ser enviadas pelo fornecedor de um produto ou de um serviço.

Neste novo quadro legal, a Direção-Geral do Consumidor mantém-se responsável por uma lista de âmbito nacional, porém, circunscrita às pessoas coletivas que manifestem expressamente opor-se à receção de comunicações não solicitadas- *opt out* (Cf. artigo 13º-B, n.º 2).

Assim, a ordem jurídica nacional exige dois tipos de listas: as listas positivas, nas mãos de cada responsável pelo tratamento de dados para finalidade de marketing, e a lista negativa, circunscrita às pessoas coletivas, da responsabilidade da Direção-Geral do Consumidor.

Pelo exposto, é pacífico que o artigo 13.º-A da Lei n.º 41/2004, na sua atual versão, regula o regime das comunicações não solicitadas, de cariz comercial e não comercial, no setor da comunicações eletrónicas⁸, quando os destinatários são pessoas singulares e existe recurso ao seu endereço de *email*, ao fax, ao número de telefone, móvel e fixo, e outros meios similares.

A solução atual de impor a conservação de «listas positivas», da responsabilidade das entidades que pretendam proceder ao envio de comunicações para fins de marketing direto, as quais, por essa razão, estão obrigadas a manter por si, ou por organismo que as represente, uma lista atualizada de pessoas singulares que manifestaram expressamente de forma gratuita o consentimento para a receção das referidas comunicações, está em plena conformidade com o disposto no RGPD. Na verdade, deste regime decorre a obrigação para quem realiza tratamentos de dados pessoais de verificar previamente e demonstrar que as condições legais para a sua concretização estão preenchidas – no caso, que os titulares dos dados deram o seu consentimento prévio e expresso (artigo 13.º-A da Lei n.º 41/2004), o qual,

⁷ Em oposição à expressão «lista negativa», até então vigente aberta às pessoas que tivessem recusado receber comunicações não solicitadas.

⁸ Naturalmente que não estão incluídas no âmbito desta disposição legal o envio de comunicações de marketing direto/publicidade com recurso à via postal.

em respeito pelo disposto nos artigos 4.º, alínea 11), e 7.º do RGPD, corresponde ainda a uma manifestação de vontade livre, específica e informada.

B) Apreciação do projeto de lei

Entrando agora na análise do teor do Projeto de Lei, e avaliando da sua conformidade com o regime europeu de proteção de dados pessoais e o regime europeu da privacidade no setor das comunicações eletrónicas, a primeira conclusão é a de que a lista cuja criação vem prevista no artigo 2.º do Projeto de Lei não afasta a obrigação de verificação da existência do consentimento com aqueles atributos, nem em rigor a pode afastar (sob pena de violação da Diretiva *e-Privacy* e do RGPD). Tão-pouco afasta o regime especificamente previsto no artigo 13.º-A da Lei n.º 41/2004, que impõe a cada entidade que pretenda proceder ao envio de comunicações para fins de marketing direto o dever de manter uma lista positiva das pessoas singulares que nisso consentiram e dos clientes que a isso não se opuseram – regime que, aliás, abarca mais meios de comunicação eletrónica do que o telefone e portanto sempre se manteria quanto a esses outros meios.

1. Ora, nestes termos, o Projeto de Lei não consegue alcançar as finalidades de simplificar o regime das comunicações para fins de marketing direto e de tornar mais transparente para os titulares dos dados quem trata os seus dados.

Na verdade, o resultado prático de um tal regime é uma multiplicação de listas: a acrescer às listas que cada entidade que envia comunicações para fins de marketing direto tem de manter, existiria ainda uma lista nacional com os dados de pessoas que consentiram no marketing direto por utilização do número de telefone; e ainda de uma lista com os contactos telefónicos daqueles que revoguem o consentimento inicialmente dado ou a se oponham ao tratamento de dados (cf. alínea b) do n.º 1 do artigo 2.º do Projeto de Lei).

Por outro lado, não é regulado no Projeto, nem se percebe como se poderá articular, o regime da Lei n.º 41/2004 com o regime agora em análise. Em especial, quando um cliente de uma determinada entidade se oponha ao tratamento dos seus dados pessoais para efeito de marketing (direito reconhecido no n.º 2 do artigo 13.º da Diretiva *e-Privacy*), não se alcança como consegue esta entidade assegurar o respeito pelo exercício desse direito, no contexto

da tal lista nacional – desde logo, como garante que, entretanto, outras entidades não continuem a usar os contactos recolhidos na lista nacional.

Não se vê, pois, em que medida se pode considerar haver um reforço do controlo dos dados pessoais por parte dos respetivos titulares, nem, conseqüentemente, dos seus direitos.

2. Acresce que a CNPD tem reservas quanto à conformidade do regime previsto no artigo 1.º do Projeto de Lei com a Diretiva *e-Privacy* e o RGPD, lidos conjugadamente.

Em primeiro lugar, e começando pelo disposto no n.º 2 do artigo 1.º, não se percebe como conseguem os fornecedores de determinado produto ou serviço garantir, no seio do referido registo nacional, o disposto no n.º 2 do artigo 13.º daquela Diretiva: que o tratamento de dados pessoais dos clientes para promoção de produtos ou serviços se restrinja aos produtos ou serviços análogos aos transacionados. Isto porque o registo nacional previsto no artigo 2.º parece ter uma natureza ampla e genérica e não permitir a diferenciação em função do tipo de produtos ou serviço comercializado.

Depois, porque é duvidoso que se possa retirar do mecanismo de *opt-out* previsto no artigo 13.º da Diretiva *e-Privacy* (e desenvolvido no artigo 13.º-A da Lei n.º 41/2004) a legitimidade de uma empresa inscrever nesse registo nacional e assim tornar público o número de contacto telefónico de um seu cliente. Reitera-se, nas hipóteses previstas no n.º 2 do artigo 1.º, não há consentimento do titular dos dados. Afigura-se, neste ponto, que o Projeto de Lei está a incorrer num excesso, adotando uma solução que claramente vai mais além na intrusão da privacidade dos cidadãos do que aquilo que é justificado e, seguramente, do que aquilo que decorre da diretiva europeia.

A não ser que se entenda, o que não é evidente da redação dos dois preceitos, que a inscrição definitiva no registo nacional depende ainda da confirmação da inscrição pelo cliente no portal de registo. Ainda assim, mantêm-se sérias reservas quanto a reconhecer-se a uma empresa a legitimidade para transmitir um dado pessoal de um cliente seu a um portal sem que para isso este tenha dado o seu consentimento e sem que esta solução esteja, na verdade, justificada em termos de necessidade desse tratamento para alcançar as finalidades visadas por essa empresa.

Em segundo lugar, os termos em que se encontra previsto e regulado o portal do registo nacional prejudicam a possibilidade de a declaração de consentimento prevista no n.º 1 do artigo 1.º respeitar o disposto no RGPD.

Na verdade, não restam dúvidas que o consentimento a que se refere o artigo 13.º da Diretiva *e-Privacy* tem de cumprir os requisitos previstos na alínea 11) do artigo 4.º do RGPD e, portanto, tem, para o que aqui agora interessa, de ser informado e específico. E a informação tem de abarcar os elementos do tratamento de dados enunciados nos artigos 13.º e 14.º do RGPD.

Recorda-se que o direito de informação implica o dever de dar a conhecer ao titular dos dados, em momento prévio à prestação do consentimento, para além de outros aspetos do tratamento, a identificação da entidade que pretende enviar comunicações sobre produtos, serviços, de natureza promocional ou informativa, ou pelo menos, as categorias de entidades que pretendem enviar tais comunicações. O que não parece poder ser assegurado no regime previsto no Projeto de Lei.

Além disso, na perspetiva da CNPD, a especificidade do consentimento respeita não apenas às finalidades, mas também às entidades destinatárias dos seus dados pessoais (aqui os dados de contacto e de identificação) – ou, pelo menos, às categorias de entidades destinatárias. Pois o titular dos dados poderá consentir que lhes seja enviada comunicações da entidade A e não o pretender relativamente à entidade B. O poder de consentir quanto aos tratamentos de dados pessoais deve ser exercido em função da entidade que é, ou poderá vir a ser, responsável pelos seus dados pessoais. Aspeto de regime que este Projeto de Lei não cumpre.

III. Das Conclusões

Com os fundamentos acima expostos, a CNPD manifesta sérias reservas quanto à conformidade do Projeto de Lei em análise com o regime jurídico europeu de proteção de dados e de proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas.

Em particular, entende que:

1. A presente iniciativa parlamentar assenta num erro quanto ao regime legal em vigor sobre envio de comunicações promocionais utilizando o número de telefone;

2. A presente iniciativa parlamentar não se afigura oportuna, já que está em curso a revisão da Diretiva *e-Privacy* e a sua substituição por um regulamento europeu;
3. O presente Projeto de Lei não torna o regime das comunicações para fins de marketing direto mais transparente para os titulares dos dados relativamente a quem trata os seus dados, nem determina um reforço do controlo dos dados pessoais dos cidadãos e, conseqüentemente dos seus direitos, uma vez que:
 - i. Acrescenta às listas já existentes, uma lista nacional com os dados de pessoas que consentiram no marketing direto por comunicações telefónicas, não lhes permite saber quem está a aceder e a utilizar os seus dados;
 - ii. Não articula o exercício dos direitos dos titulares dos dados, em especial do direito de oposição;
4. O consentimento a que se refere o artigo 13.º da Diretiva *e-Privacy* tem de cumprir os requisitos previstos na alínea 11) do artigo 4.º do RGPD e, portanto, tem, para o que aqui agora interessa, de ser informado e específico, exigência que o regime previsto no Projeto não permite cumprir.

Lisboa, 25 de março de 2019



Filipa Calvão (Presidente)