PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Exm.º Senhor
Presidente da Comissão de Assuntos
Constitucionais, Direitos, Liberdades e
Garantias da Assembleia da República
Palácio de S. Bento

1249 – 068 LISBOA

SUA REFERÊNCIA:	SUA COMUNICAÇÃO DE:	NOSSA REFERÊNCIA:	NOSSA COMUNICAÇÃO DE:
Of.º n.º 901/XII/1.ª	26/06/2012	Of.º nº 16262/2012 Proc.º n.º 208/2006 – L.º 100	19/07/2012

ASSUNTO: **Solicitação de parecer sobre a Proposta de Lei n.º 78/XII/1.ª (GOV)**

Em cumprimento do despacho exarado por Sua Excelência a Conselheira Vice-Procuradora-Geral da República, tenho a honra de enviar a V. Ex.ª o *parecer* emitido no âmbito do Conselho Superior do Ministério Público, relativamente à Proposta de Lei supra referida.

Com os melhores cumprimentos.

O SECRETÁRIO DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Carlos José de Sousa Mendes
(Procurador da República)

SB001|1_1
/BBF

Rua da Escola Politécnica, n.º 140 1269-269 LISBOA PORTUGAL * Telf.: 21 392 19 00 * 21 394 98 00 * Fax: 21 397 52 55 * E-mail: mailpgr@pgr.pt

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA
Divisão de Apoio às Comissões
CACDLG
Nº Único 438549
Entrada/Saída n.º 821 Data: 19/07/12

Remeta-se à Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias. Para conhecimento, [illegible] do C.S.M.P. Lx. 19.07.2012

PARECER / CSMP

sobre o

Proposta de Lei nº 78/XII

Relativa ao tratamento de dados pessoais e privacidade no sector das comunicações electrónicas

1. O Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias veio solicitar parecer escrito ao Conselho Superior do Ministério Público sobre diversos projectos de diplomas legislativos, designadamente o da Proposta de Lei em referência.

Em face do objecto da auscultação, o Conselho Superior do Ministério Público pronuncia-se, nos termos do art. 27.º do EMP, tecendo breves considerações às soluções veiculadas na proposta em apreço.

2. A Proposta de Lei em análise tem por objectivo transpor a Directiva nº 2009/136/CE, alterando, de forma precípua, a Lei nº 41/2004, de 18 de Agosto, tendo em conta que aquela alterou a Directiva 2002/58/CE que havia sido transposta pela lei ora objecto de revisão.

Na concretização de tal desígnio, a Proposta de Lei propõe-se alterar diversas normas da Lei nº 41/2004 (arts. 1º a 3º, 5º, 6º a 8º, 14º e 15º) e uma da Lei nº 7/2004, de 7 de Janeiro (o art. 37º) e, ainda, aditar outras normas à primeira Lei (arts. 3º-A, 13º-A a 13º-G e 15º-A a 15º-C).

Se é certo que a alteração do regime de protecção de dados pessoais e privacidade no sector das comunicações electrónicas tem, obviamente, uma indução externa e uma conformação pré-estabelecida em instrumentos comunitários (transposição da Directiva nº 2002/58/CE, de 12-07, e da Directiva nº 2009/136/CE, de 25-11), também é verdade que a mudança representa um aprofundamento e uma evolução qualitativa da regulamentação neste domínio, mutável e diáfano por definição.

Nesse plano, reconhece-se como principais melhorias ou inovações ao regime instituído as seguintes: *i)* promoção do reforço da segurança no processamento de dados; *ii)* exigência do consentimento do titular dos dados para armazenamento destes; *iii)* reforço de tutela dos assinantes contra a invasão da sua privacidade por comunicações não solicitadas; *iv)* comunicação obrigatória da violação de dados à CNPD e aos titulares dos mesmos.

3. Numa análise sectorial da Proposta de diploma e de um prisma mais concreto das soluções aí veiculadas, aduzem-se, de seguida, diversas notas críticas e de sugestão, basicamente, de duas

ordens: algumas notas relativas à *coerência interna do diploma* e, outras, relativas à *compatibilização sistémica com diplomas afins*.

4. Assim, refira-se, desde logo, o facto de no art. 1°, no n° 5, relativo ao objecto e âmbito do diploma, se vir prever expressamente – numa intencionalidade de clarificação do regime – o acesso pelas autoridades judiciárias competentes a dados na disponibilidade das empresas que oferecem serviços de comunicações electrónicas, ainda que por remissão para os termos definidos em legislação especial.

Na mesma linha segue a norma do n° 7 do art. 6 ° da Proposta.

4.1. Questiona-se, porém, a formulação da primeira das normas referidas sob dois pontos de vista:

- *primeiro*, questiona-se a (in)exequibilidade da norma *per se*, o mesmo é dizer, a necessidade de se verificar um duplo regime de cobertura – o do n° 5 e, ainda, o de lei específica (v.g. lei de protecção de dados pessoais, lei do cibercrime, etc.) – para se disponibilizar às autoridades judiciárias os dados com interesse para instrução de processos crime ou por factos que constituam violações ao dispositivo em análise e preencham tipos penais; mas também para instrução dos processos por contra-ordenações previstas neste diploma, em particular, quando se equacione um concurso (sobretudo, aparente ou, ainda, efectivo ideal) de crime e contra-ordenação, sem prejuízo do alcance do n° 4 do art. 34° da CRP, quanto à estreita margem de dados das comunicações;

- *segundo*, questiona-se a restrita dirigibilidade da norma às "empresas que oferecem serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público", deixando de fora os "fornecedores de rede pública de comunicações" que sirva de suporte a serviços de comunicações electrónicas, já que também estes são titulares de obrigações cominadas no diploma (v.g. art. 3º nº 2) e cuja inobservância são sancionadas (v.g. art. 14º , nº 1 al. *a)*); de resto, a solução, sob esta perspectiva, é incoerente com a do nº 7 do art. 6 º da Proposta que pressupõe o acesso a dados de tráfego armazenados por "empresas que oferecem redes ou serviços de comunicações electrónicas", por força do nº 1 do art. 6º, apesar de a mesma norma restringir a finalidade do acesso à "resolução de litígios, em especial daqueles relativos a interligações ou à facturação".

4.2. Ainda sobre esta prerrogativa de acesso a dados por parte das autoridades judiciárias – a par de outras "autoridades competentes" –, deveria adoptar-se, por paralelismo de situações fáctico-jurídicas e de necessidade (qualificada) da prática judiciária, uma regra idêntica à do nº 7 do art. 6º em matéria de "dados de localização", aditando-se um nº 7º ao art. 7º.

5. Por outro lado, na linha da recente tendência da técnica legislativa, o art. 2º consagra um esquema de definições que especificam ou complementam o quadro conceptual já disperso por diversos diplomas confluentes v.g. Lei 67/98, de 26-10, Lei nº 5/2004, de 10-02, Lei nº 109/2009, de 15-09, Lei nº 32/2008, de 17-07,

para além da Lei nº 41/2004, de 18-08, agora revista, gerando alguma desarmonia e muitos lugares paralelos.

5.1. Assim, não se consagram na Proposta determinadas noções, apesar de serem usadas como figuras de grande relevância na geografia do diploma, seja a de "intercepção", ou de "fornecedor [prestador] de serviços", ou de "responsável pelo tratamento", ou ainda a de "terceiro"; mas que se podem encontrar naqueles diplomas referenciados, embora a importação directa não seja líquida, ainda que se possa adoptar o entendimento de ser tomada como categoria conceptual adquirida na comunidade jurídica no sector das comunicações electrónicas e sistemas informáticos.

No entanto, o legislador no nº 3 do art. 2º vem instituir um quadro conceptual subsidiário quando as noções em causa se encontrem previstas na Lei de protecção de dados pessoais e na Lei nº 5/2004, de 10-02; posto o que, mesmo que o legislador não esteja a excluir as definições dos demais diplomas (convocáveis) do labor hermenêutico, está, naturalmente, a relegá-los para uma via de recurso mediata.

5.2. Curioso é que o legislador eliminou da versão originária da lei 41/2004 a definição de "assinante", subsistindo a de "utilizador", mais abrangente. No entanto, importaria ser coerente no número 4 do art. 10º, onde manteve a referência a assinante quando parece justificar-se a noção mais ampla de utilizador.

5.3. Acresce que na definição de "utilizador" não se percebe por que se confina a mesma a "pessoas singulares" e não se alarga a pessoas colectivas.

Na verdade, a noção não se reporta aos titulares de dados tratados mas antes a quem acede a dados e/ou usa os mesmos para "fins privados ou comerciais"; por sua vez, consagram-se, em outros diplomas, definições afins, v.g. "terceiro" e "destinatário", que incluem quer as pessoas singulares quer as colectivas.

Com aquele alcance, uma "utilização" no contexto da actuação de uma pessoa colectiva parece ficar sem previsão legal quer na óptica da titularidade de deveres quer na do sancionamento de eventuais abusos... E a dirigibilidade das normas exclusivamente às pessoas singulares é redutora e geradora de impunidade.

5.4. Por outra banda, para além de não se prever a noção de "dados de base" (como na demais legislação, mas sem prejuízo de referência de regime no nº 4 do art. 13º), nem uma noção afim de "dados informáticos" ou "dados electrónicos", mantém-se a de "dados de localização" e consagra-se uma definição de "dados de tráfego" que, apesar de próxima, não é coincidente com a noção prevista na Lei nº 109/2009: neste diploma reconduz-se a dados informáticos *relacionados* com uma comunicação v.g. origem, destino, trajecto, hora, etc. e, na Proposta de diploma, encontra-se perspectivada no sentido de dados "*tratados* para efeitos do envio de comunicação" – já não de recepção? nem os de *trace back*? – ou "para efeitos de facturação".

Se é certo que as perspectivas são, naturalmente, diversas, não deixa de se correr o risco de, usando-se terminologia igual e

delimitação conceptual diferente, não permitir a subsunção de determinados dados (representações, informações, referências ou categorias associadas) a ambas as definições. Por exemplo, quando numa comunicação se fez operar um segundo protocolo de comunicações, não haverá dúvidas que tal dado de tráfego também ele está "relacionado" com a comunicação (ponto do seu trajecto) mas será também ele se inclui nos "tratados" para efeitos de envio de comunicação ou facturação?

6. Na sequência da regulamentação sobre identificação da linha chamadora e da linha conectada, bem como da sua eliminação, o art. 10º prevê excepções ao estabelecido, consentindo, por um período de tempo não superior a 30 dias, em anular a eliminação da apresentação da linha chamadora, a pedido (fundamentado) de um assinante e com precedência de um parecer da CNPD (nº 2).

Porém, o preceito não estabelece qualquer prazo para ser elaborado o parecer nem impõe qualquer índice de eficácia, vinculativa ou informativa, do mesmo. De resto, não sendo vinculativo o sentido do parecer e uma vez que podem estar em causa situações a exigir um tratamento cautelar pressuroso, a intervenção da CNPD bem poderia surgir, *a posteriori*, como intervenção meramente de controlo e de supervisão.

Acresce que o nº 3 prevê também a possibilidade de anulação da eliminação da apresentação da linha chamadora – para além da disponibilidade de dados de localização – às organizações com competência legal para receber chamadas de emergência, mas sem se referir à (dês)necessidade de obter parecer prévio da

CNPD, como, de resto, a ordem ou sequência da numeração deixa antever e a natureza de informações que está em causa sugere, podendo originar divergências interpretativas (até porque a identidade de regime, face ao nº 1, pode escudar-se na terminologia – "igualmente" –ali usada).

7. Em matéria do regime sancionatório estabelecido no diploma, enquanto instrumento de eficácia na implementação do regime instituído e ora alterado, surpreende-se um mecanismo legal de *regulação* da actividade, no sector das comunicações subsumíveis ao diploma em análise, pelo qual se confere à CNPD e ao ICP-ANACOM (arts. 13º-F e 13º-G, além do 13º-D e outros) prerrogativas de fiscalização, supervisão e resolução das violações à lei (sancionamento administrativo, cível e contra-ordenacional).

Esta tarefa regulatória tem a especificidade – não sendo uma novidade nos regimes jurídicos da regulação vigentes no nosso ordenamento – de conferir primazia, lógica e cronológica, à resolução (procedimental e graciosa) de litígios e de infracções à lei ante a instauração de processo contra-ordenacional.

A incoerência do regime, neste ponto, reside no "desvio" que esta opção representa do princípio da legalidade processual (oficialidade ou oficiosidade), vigente no Direito das contra-ordenações (art. 43º do DL nº 433/82), originando um ambiente propício a momentos de (princípio de) oportunidade "real".

8. Noutro enfoque, surpreende-se na técnica legislativa usada, em matéria de contra-ordenações, a formulação de "pré-tipos", através do estabelecimento de sucessivas proibições e de

obrigações (*previsão*), sem a norma de sanção correspondente (*estipulação*), surgindo esta como "tipo residual" (art. 14º) a aglutinar todos os modelos de conduta a que as normas de sanção se reportam.

Esta técnica legislativa socorre-se, *grosso modo*, de uma estruturação típica de *crime de dever* ou de *desobediência* cujo critério de determinação da autoria se compagina melhor com o da "titularidade do dever", mais do que com o critério do "domínio do facto".

Tal técnica legislativa potencia, regra geral e também na Proposta de lei em apreço, um nível de abstracção acrescido, convocando um esforço hermenêutico de justaposição do sentido da "norma de comportamento" relativamente à "norma de sanção", com eventual risco de desrespeito do princípio da tipicidade que também vigora em sede contra-ordenacional.

Assim, por exemplo, nas normas de sanção das alíneas *a)* e *b)* do nº 1 do artº 14º, a formulação típica parece escassa para abarcar os desdobramentos das normas de comportamento a que se reportam (nºs 1, 2, 3 e 10 do art. 3º) quando sanciona a "*inobservância* das regras de segurança...". Deveria também abranger "a *não adopção* de medidas de segurança..." já que as normas de comportamento começam por impor, como sucede no nº 1 do art. 3º, que "as empresas [...] devem adotar as medidas técnicas e organizacionais...".

Acresce o problema de densificação da expressão "inobservância das regras de segurança...", atento o seu sentido polissémico, por forma a aquilatar se ali se compreende quer a não adopção, quer a suspensão ou interrupção, quer a cessação

obrigações (*previsão*), sem a norma de sanção correspondente (*estipulação*), surgindo esta como "tipo residual" (art. 14º) a aglutinar todos os modelos de conduta a que as normas de sanção se reportam.

Esta técnica legislativa socorre-se, *grosso modo*, de uma estruturação típica de *crime de dever* ou de *desobediência* cujo critério de determinação da autoria se compagina melhor com o da "titularidade do dever", mais do que com o critério do "domínio do facto".

Tal técnica legislativa potencia, regra geral e também na Proposta de lei em apreço, um nível de abstracção acrescido, convocando um esforço hermenêutico de justaposição do sentido da "norma de comportamento" relativamente à "norma de sanção", com eventual risco de desrespeito do princípio da tipicidade que também vigora em sede contra-ordenacional.

Assim, por exemplo, nas normas de sanção das alíneas *a)* e *b)* do nº 1 do artº 14º, a formulação típica parece escassa para abarcar os desdobramentos das normas de comportamento a que se reportam (nºs 1, 2, 3 e 10 do art. 3º) quando sanciona a "*inobservância* das regras de segurança...". Deveria também abranger "a *não adopção* de medidas de segurança..." já que as normas de comportamento começam por impor, como sucede no nº 1 do art. 3º, que "as empresas [...] devem adotar as medidas técnicas e organizacionais...".

Acresce o problema de densificação da expressão "inobservância das regras de segurança...", atento o seu sentido polissémico, por forma a aquilatar se ali se compreende quer a não adopção, quer a suspensão ou interrupção, quer a cessação

de *medidas* e *procedimentos* (técnicas e organizacionais) de segurança, ou se se dirige (ainda) à violação de regras legais sobre todas as medidas de segurança que as *leges artis* recomendem ou se se cinge à "inobservância de regras – *legais* – de segurança", expressa e previamente estabelecidas.

9. Do mesmo modo, quando se sanciona a violação do disposto no artº 4º está a englobar-se o previsto no nº 3 e nº 4 que são verdadeiras *situações dirimentes* da intercepção ilícita sancionada no nº 1 e no nº 2 do mesmo artigo, logo, insusceptíveis de sancionamento por aquela ressalva expressa. Pelo que importará restringir a punição ao nº 1 e nº 2 do art.º 4º.

No mais, a categoria de destinatários ou a dirigibilidade do preceito inserto no nº 1 é, na prática, diversa da do nº 2, que justificaria um tratamento sancionatório autónomo, com molduras diversas.

10. Acresce que a violação da "proibição de escuta, instalação de dispositivos de escuta, armazenamento e intercepção ou vigilância das comunicações e dados de tráfego por terceiros", estabelecida no nº 2 do art. 4º, justificaria, em nosso entendimento, um diferente juízo de censura, punindo aqueles modelos de conduta como crime à semelhança de outros "lugares paralelos" de tipos penais que já punem esse padrão de comportamentos v.g. de devassa da vida privada (art. 192º do CP), devassa por meio de informática (art. 193º), violação de telecomunicações (art. 194º), etc..

10.1. Do mesmo modo, quando o nº 2 do art. 5º ressalva das restrições de tratamento ou armazenamento de dados ou do acesso aos mesmos, previstas nesse artigo "e no artigo anterior" (art. 4º), por forma a permitir o seu armazenamento técnico (com a finalidade de transmitir uma comunicação ou fornecer um serviço da sociedade de informação solicitado pelo assinante), deveria, obviamente, excluir o quadro proibitivo de "escuta, instalação de dispositivos de escuta, armazenamento ... por terceiros" do nº 2 desse artigo anterior (4º), sob pena de contradição a justificar uma interpretação abrogante do julgador/aplicador.

11. Na Proposta de lei, apesar de se consagrar a responsabilidade contra-ordenacional da pessoa colectiva, não se estabelecem critérios de imputação, fazendo valer o regime subsidiário deste sector (DL nº 433/82) cujos critérios de imputação se encontram já desajustados face a regimes específicos de contra-ordenações e até aos consagrados no art. 11º do Código Penal.

O problema da responsabilização das pessoas colectivas, com acrescido impacto nas matérias do "admirável mundo novo", mereceria melhor tratamento.

12. Entretanto, o art. 16º estabelece um regime subsidiário, específico para diversos aspectos, ao mandar aplicar "as disposições sancionatórias dos arts. 33 a 39º da Lei de protecção de dados pessoais".

É questionável, a vários títulos, o estabelecimento deste regime subsidiário "específico".

12.1. Na verdade, nesse regime subsidiário, estabelece-se – art. 35º – um (outro) regime subsidiário, o do regime geral das contra-ordenações. Conclui-se, por esta remissão em cascata, que as normas do DL 433/82 são aplicáveis subsidiariamente às situações lacunosas da Lei nº 41/2004, agora revista.

12.2. Por outro lado, nos artigos anteriores a esse (arts 33º e 35º) estabelece-se uma tutela administrativa e jurisdicional e uma regra específica de responsabilidade civil, situações que não são "disposições sancionatórias" dos arts. 33 a 39º da Lei de protecção de dados pessoais para que a Proposta remete. Fica sem se saber se o legislador quis abranger apenas as normas sancionatórias dos arts. 33º a 39º, isto é, pretendeu referir apenas os arts. 36º a 39º, ou se pretendeu abranger todas as disposições dos artigos referenciados e acrescentou, inadvertidamente, "[disposições] *sancionatórias*", quando não nunca quis restringir apenas àquelas que tivessem essa natureza.

12.3. Além disso, manda aplicar normas (subsidiárias) que se mostram desnecessárias porque repetem a solução (específica) consagrada na Proposta de lei em apreço. Por exemplo, o art. 36º faz subsistir o dever de cumprir a obrigação pelo infractor mesmo que tenha pago a coima aplicada no processo contra-ordenacional, à semelhança do que se prevê no nº 3 do art. 14º da Proposta.

Todavia, como esta replicação é incoerente já que naquela norma se alude apenas ao pagamento da "coima" e nesta se

alude a "sanções", logo, abrangendo também admoestações e sanções acessórias (cfr. art. 15º), em boa verdade, só se aplica o regime "especial" do nº 3 do art. 14º da Proposta – sob pena de contra-senso na compatibilização dos preceitos – o que as torna dispensável a adopção do art. 36º como norma subsidiária.

12.4. Acresce que outras daquelas disposições da Lei de protecção de dados pessoais, a aplicar subsidiariamente, consagram soluções diferentes das estabelecidas na Proposta de Lei, como sejam, valores (díspares) das coimas previstas para as contra-ordenações; o que as torna inaplicáveis – por haver, agora, nova estipulação legislativa – para além de não haver justaposição nas "normas de comportamento" das contra-ordenações de um e de outro diploma...

12.5. Do mesmo modo que se mostra inaplicável a norma do nº 2 dos arts 37º e 38º da Lei de protecção de dados pessoais quando determinam que "a coima é agravada para o dobro" por se tratarem de referentes extra-típicos (alheios) – v.g. "dados sensíveis", "interconexões de dados", sujeição a "controlo prévio", etc. – relativamente às contra-ordenações da Proposta de lei em apreço e que o núcleo essencial do princípio da legalidade (*lex previa, lex certa*...) não sufragaria.

12.6. Restará, com utilidade marginal, a aplicação subsidiária do art. 39º da Lei de protecção de dados pessoais, sobre concurso de infracções: por um lado, quando o nº 1 manda punir sempre (mas apenas) a título de crime o facto que constitua, simultaneamente,

crime e contra-ordenação, divergindo da solução do art. 20º da Lei quadro das contra-ordenações (pela qual acresceria à pena criminal a sanção acessória prevista para a contra-ordenação); mas mostra-se de reduzida valia o estabelecimento deste regime subsidiário porquanto, na Lei de protecção de dados pessoais prevêem-se crimes e contra-ordenações, tendo, por isso, inteiro cabimento tal solução, ao passo que na Proposta de lei em apreço apenas se prevêem ilícitos de mera ordenação social...; por outro lado, por força da aplicação do nº 2 daquele art. 39º da Lei de protecção de dados pessoais, "as sanções aplicadas às contra-ordenações em concurso são sempre cumuladas materialmente", regra, de resto, amplamente discutida, na doutrina e jurisprudência, em sede do regime geral das contra-ordenações.

12.7. Posto o que se revela tendencialmente inútil a adopção daquele regime subsidiário mas, sobretudo, a tentativa da sua aplicação será, certamente, fonte de problemas hermenêuticos e litigância desnecessária.

Pelo que melhor seria deixar funcionar o regime geral das contra-ordenações como direito subsidiário natural e adoptar, específica e expressamente, as soluções em que o legislador pretendesse divergir de determinadas soluções do regime geral.

Em suma,

apesar de o tempo disponível não consentir uma apreciação crítica mais abrangente, mormente em aspectos técnicos, afigura-se-nos que a Proposta de lei em apreço pode beneficiar na sua aplicação concreta, reflectindo sobre os aspectos referenciados e acolhendo o sentido dos mesmos e das sugestões formuladas.