

PARECER/2021/53

I. Pedido

1. A Comissão de Economia, Inovação, Obras Públicas e Habitação da Assembleia da República solicitou à Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD) a emissão de parecer sobre a Proposta de Lei n.º 83/XIV/2.^a (GOV), que «Aprova a Lei das Comunicações Eletrónicas e transpõe a Diretiva (UE) 2018/1972, que estabelece o Código Europeu das Comunicações Eletrónicas».

2. A CNPD emite parecer no âmbito das suas atribuições e competências enquanto autoridade 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, a alínea b) do n.º 3 do artigo 58.º e n.º 4 do artigo 36.º, todos do Regulamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016 – Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (doravante RGPD), em conjugação com o disposto no artigo 3.º, no n.º 2 do artigo 4.º e na alínea a) do n.º 1 do artigo 6.º, todos da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, que executa na ordem jurídica interna o RGPD.

II. Análise

3. A Proposta de Lei, que pretende definir o novo regime das comunicações eletrónicas, em transposição da Diretiva (UE) 2018/1972 do Parlamento e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, introduz ainda alterações em outros diplomas legais, destacando-se, pela sua direta relevância quanto a tratamentos de dados pessoais, as alterações à Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, alterada pela Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto (doravante, Lei da Privacidade nas Comunicações Eletrónicas).

4. A presente análise começará por incidir sobre estas últimas alterações, para depois se centrar na Lei das Comunicações Eletrónicas.

i. Alterações à Lei da Privacidade nas Comunicações Eletrónicas

5. No que diz respeito à Lei da Privacidade nas Comunicações Eletrónicas, o artigo 3.º da Proposta de Lei altera os artigos 7.º e 10.º. No essencial, as alterações prendem-se com o alargamento do universo das organizações a quem podem ser comunicados os dados pessoais de localização de comunicações de emergência¹, passando a abranger não apenas as organizações que têm competência legal para receber tais comunicações mas também as competentes para as *tratar*. Quanto a esta alteração, a CNPD nada tem a objetar, face à adequação e necessidade do acesso a tais dados pessoais pelo universo de organizações aí tipificadas.

¹ Rigorosamente, na Proposta de Lei substitui-se o termo *chamadas de emergência* por *comunicações de emergência*, alteração que não suscita qualquer reserva na perspetiva da proteção de dados pessoais.

6. Note-se que também se altera a designação da operação de tratamento de dados pessoais – empregando-se agora o conceito de *disponibilização* em vez de transmissão. A CNPD admite que a alteração proposta tenha em vista formas mais ágeis de acesso à informação de localização das comunicações de emergência, o que se compreende, sem prejuízo de a sua execução dever ter em conta os princípios e regras previstos no RGPD.

7. Apenas uma nota quanto à referência exemplificativa dos dados de localização. Não se alcança que outros dados de localização possam estar em causa que não sejam a *informação sobre a localização do chamador*, tendo em conta a definição constante do novo regime relativo às comunicações eletrónicas introduzido pela Proposta de Lei.

8. Com efeito, tendo em conta a definição de *informação sobre a localização do chamador* constante da alínea p) do n.º 1 do artigo 3.º da Lei das Comunicações Eletrónicas proposta, que assim abrange a localização de quem realiza comunicações de emergência, qualquer que seja o tipo de comunicação utilizado (v.g., chamada, SMS), não se percebe que outros dados de localização possam aqui ser pertinentes.

9. Deste modo, a CNPD recomenda a revisão da redação proposta para o n.º 2 do artigo 7.º e o n.º 3 do artigo 10.º da Lei da Privacidade nas Comunicações Eletrónicas, no sentido de se eliminar a exemplificação dos dados de localização ou, em alternativa, eliminar a referência a dados de localização, mantendo a referência apenas à *informação sobre a localização do chamador*.

ii. A Lei das Comunicações Eletrónicas

10. Em geral, a nova Lei das Comunicações Eletrónicas proposta mantém as disposições da anterior lei no que diz respeito aos tratamentos de dados pessoais. Com duas relevantes exceções.

11. Começa-se pela mais simples, que se prende com uma alteração terminológica no artigo 126.º da Lei. Em causa está a regulação do mecanismo de prevenção da contratação, mas, onde antes figuravam os *assinantes*, a redação proposta refere *utilizadores finais*.

12. Tendo em conta que o conceito de utilizador final, definido na alínea ggg) do n.º 1 do artigo 3.º, é bastante amplo², fica por esclarecer se as pessoas cujos dados figuram na base de dados partilhada – e que é uma base de dados de devedores – são os efetivos utilizadores dos serviços de comunicações eletrónicas, ou se são os que contrataram os serviços. Explicando concretamente, não se esclarece se, no caso dos serviços prestados a

² De acordo com a alínea ggg) do n.º 1 do artigo 3.º, o utilizador final é «o utilizador que não oferece redes públicas de comunicações eletrónicas ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público», sendo que o utilizador é «a pessoa singular ou coletiva que utiliza ou solicita um serviço de comunicações eletrónicas acessível ao público» (cf. alínea fff) do n.º 1 do mesmo artigo).

uma empresa, quem vai integrar a base de dados é a empresa que contrata os serviços de comunicações eletrónicas ou se são os trabalhadores enquanto efetivos utilizadores (“finais”) dos serviços.

13. Considerando que em causa está uma base de dados “negativa” para as pessoas nela registadas, impedindo-as de celebrar novos contratos de prestação de serviços de comunicação, importa clarificar com precisão o universo dos impedidos, sob pena de haver o risco de discriminação no acesso a serviços de comunicações de uma pessoa singular (no exemplo, acima dado, um trabalhador) a quem não seja imputável o não pagamento das faturas.

14. Curiosamente, crê-se que por lapso, a única disposição do artigo 126.º em que se manteve a referência aos assinantes é a que prevê o direito de eliminação dos dados após o pagamento da dívida (cf. alínea h) do n.º 3 do referido artigo).

15. A CNPD recomenda, por isso, que seja precisado no artigo 126.º o universo subjetivo de aplicação deste regime relativo ao mecanismo de prevenção da contratação, ao qual, de forma consistente, deverão corresponder os respetivos direitos. Mas a grande novidade da presente Proposta de Lei, no que diz respeito a tratamento de dados pessoais, reside na alínea ss) do n.º 1 do artigo 3.º da Lei das Comunicações Eletrónicas. Aí se define o conceito de remuneração como *«contrapartida pela prestação de serviços de comunicações eletrónicas, que pode ser assegurada pelo utilizador final ou por terceiro, abrangendo o pagamento de uma quantia pecuniária, bem como os casos em que, como condição de acesso ao serviço, são solicitados ou fornecidos, direta ou indiretamente, dados pessoais na aceção do Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, ou os casos em que é permitido o acesso a outras informações geradas automaticamente ou o utilizador final é exposto a publicidade»*.

16. Ora, ao assumir-se numa norma legal que a remuneração de um serviço, no caso de comunicações eletrónicas, pode corresponder ao fornecimento de dados pessoais está a reconhecer-se a possibilidade de monetização ou de mercantilização dos dados pessoais, o que, na ordem jurídica portuguesa e no articulado dos atos legislativos da União Europeia nunca foi reconhecido.

17. Na verdade, uma tal previsão legal tem subjacente uma visão materialista dos dados pessoais, embebida na perspetiva da proteção de dados pessoais como manifestação do direito de propriedade sobre os dados, que não é, manifestamente, a *ratio* subjacente à Constituição da República Portuguesa (CRP) e à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (doravante, Carta). Ao contrário, o artigo 35.º da CRP e o artigo 8.º da Carta visam garantir e promover a dignidade da pessoa humana, sendo o direito à proteção de dados uma garantia fundamental do respeito pela vida privada, da liberdade e do livre desenvolvimento da personalidade, bem como do direito à não discriminação.

18. Precisamente por ser essa a razão de ser da consagração daquele direito fundamental, o regime jurídico da proteção de dados pessoais, e especificamente o RGPD, reconhece que, no contexto de relações contratuais, o contrato pode justificar a recolha e o subsequente tratamento de dados pessoais do cocontraente desde que estes se revelem necessários à sua celebração ou execução (cf. alínea *b*) do n.º 1 do artigo 6.º do RGPD); mas não mais do que esses dados: os dados estritamente necessários à celebração ou execução do contrato em que o titular dos dados é parte.

19. O que a referida definição legal de remuneração implica é uma pretensa legitimação do tratamento de dados pessoais não necessários à execução do contrato com fundamento numa cláusula contratual implícita sobre o preço a pagar pelo serviço de comunicações eletrónicas – e que abrangeria, não apenas os dados pessoais ativamente fornecidos pelo titular dos dados, mas também os observados (relativos à interação do titular dos dados na utilização dos serviços, inclusive os *cookies*) durante a execução do contrato.

20. Mas essa condição de licitude ou de legitimação do tratamento não encontra respaldo no RGPD ou na Diretiva relativa à privacidade nas comunicações eletrónicas, transposta para o direito nacional pela Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, na redação dada pela Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto, nem em qualquer outra norma do Direito da União Europeia ou do Direito nacional³. Com efeito, a Diretiva que se pretende transpor não define o conceito de remuneração, conceito que, aliás, também não vinha definido na anterior Lei das Comunicações Eletrónicas.

21. Muito se estranha, por isso, que o legislador nacional opte agora por subverter o regime jurídico dos tratamentos de dados pessoais – demais, no contexto de uma lei que não tem por objeto principal tal regime –, alterando o paradigma da proteção de dados pessoais em Portugal e na Europa, em grosseira contradição com o RGPD e com a CRP.

22. Decerto, invocar-se-á o disposto nos considerandos 15 (*in fine*) e 16 da Diretiva (UE) 2018/172, que não tem qualquer concretização no articulado deste diploma europeu. Na verdade, o considerando 16 admite que a remuneração deste tipo de serviços possa abranger dados pessoais fornecidos e observados, mas, como nele se pode ler, porque «[n]a economia digital, os intervenientes no mercado consideram cada vez mais que as informações relativas aos utilizadores têm um valor monetário». Todavia, a assumida pressão do mercado implica, objetivamente, a alteração da perspetiva sob a qual o Direito e a Lei encaram os cidadãos: de sujeitos de Direito passam a meros bens transacionáveis.

³ A este propósito, refira-se ainda a jurisprudência recente do Tribunal de Justiça da União Europeia no acórdão de 1 de outubro de 2019, no caso Planet49, em que se reafirma as condições de validade do consentimento, relativamente aos cookies e à informação privada a partir deles coligida e posteriormente processada, EU:C:2019:801

23. Insiste-se, a perspetiva explicitada nos citados considerando não tem tradução no articulado da Diretiva que aqui se pretende transpor. E não tem, precisamente porque a previsão de uma disposição a definir o conceito de remuneração como o que se encontra na presente Proposta de Lei colidiria grosseiramente com o estatuído no RGPD, ao admitir que o tratamento de dados pessoais não necessários à execução de um contrato pudesse ser contrapartida de um serviço prestado no contexto da relação contratual. Vejamos.

24. O n.º 1 do artigo 6.º do RGPD prevê como fonte de licitude de tratamentos de dados pessoais – como aliás já o fazia a Diretiva 95/46/CE e a Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, que a transpõe – o contrato em que o titular dos dados seja parte. Apenas quando o responsável pelo tratamento pretenda realizar outras operações de tratamento (não necessárias à execução do contrato) é que pode procurar outro fundamento de licitude entre os previstos no mesmo artigo. Como facilmente se conclui da leitura de tal norma, o fundamento pertinente seria o consentimento do titular dos dados para legitimar operações sobre dados não necessários à execução do contrato, nos termos previstos na alínea a) do n.º 1 do mesmo artigo.

25. Mas, o consentimento, para ser juridicamente relevante, tem de ser informado e livre – nos termos da alínea 11) do artigo 4.º do RGPD (e das regras gerais de Direito). Ora, se o fornecedor de um serviço solicita dados pessoais do titular dos dados como condição de prestação do serviço, não se vê que liberdade exista na ação do titular dos dados que «*fornece conscientemente dados pessoais, [...] direta ou indiretamente ao fornecedor*»⁴, pelo condicionamento decorrente da necessidade da prestação do serviço, sendo uma violação direta do n.º 4 do artigo 7.º. Por outras palavras, o consentimento (explícito ou implícito) só é juridicamente relevante quando «*o ato de dar ou recusar o consentimento não produza quaisquer consequências negativas*»⁵, pelo que «*[n]ão se deverá considerar que o consentimento foi dado de livre vontade se o titular dos dados não dispuser de uma escolha verdadeira ou livre ou não puder recusar nem retirar o consentimento sem ser prejudicado*»⁶.

26. Assim, não se prevendo no RGPD que a licitude de um tratamento de dados pessoais (não necessários à execução do contrato) possa fundamentar-se na mera contrapartida de um serviço, e sendo certo que o consentimento só é fundamento de licitude onde haja liberdade de o emitir, a definição de remuneração contida na alínea ss) do n.º 1 do artigo 3.º da proposta Lei das Comunicações Eletrónicas não só viola diretamente a norma do n.º 4 do artigo 7.º do RGPD, como está a criar um novo fundamento de licitude do tratamento, fora do

⁴ Cf. Considerando 16 da Diretiva (UE) 2018/172.

⁵ Cf. Diretrizes sobre o consentimento no RGPD, revistas e aprovadas em 10 de abril de 2018 pelo Grupo de Trabalho do Artigo 29, e assumidas pelo Comité Europeu de Proteção de Dados em 25 de maio de 2018, disponíveis em http://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=623051

⁶ Cf. considerando 42 do RGPD, aqui trazido à colação por reforçar o disposto no n.º 1 e no n.º 4 do artigo 7.º do mesmo diploma.

mandato conferido pelo legislador da União e em violação clara das regras do RGPD, para além de inverter a conceção humanista do direito à proteção de dados pessoais subjacente à CRP e à Carta.

III. Conclusão

27. Com os fundamentos supra expostos, relativamente às alterações introduzidas, pelo artigo 3.º da Proposta de Lei, na Lei da Privacidade nas Comunicações Eletrónicas, a CNPD recomenda a revisão da redação proposta para o n.º 2 do artigo 7.º e o n.º 3 do artigo 10.º, eliminando-se a exemplificação dos dados de localização ou, em alternativa, a referência a dados de localização (mantendo apenas a menção da *informação sobre a localização do chamador*).

28. No que diz respeito à proposta de nova Lei das Comunicações Eletrónicas, a CNPD recomenda a revisão do artigo 126.º, no sentido de se especificar o universo das pessoas que podem integrar a base de dados partilhada dos devedores, uma vez que a expressão utilizadores finais parece permitir ainda abarcar utilizadores de serviços de comunicações que não contrataram os serviços e que não têm responsabilidade direta pelo pagamento das faturas.

29. Finalmente, a CNPD repudia veementemente o conceito de *remuneração* contido na alínea ss) do n.º 1 do artigo 3.º da proposta Lei das Comunicações Eletrónicas, uma vez que aí se reconhece a possibilidade de monetização ou de mercantilização dos dados pessoais, criando um novo fundamento de licitude do tratamento, fora do mandato conferido pelo legislador da União e em violação clara das regras do RGPD, para além de inverter a conceção humanista do direito fundamental à proteção dos dados pessoais subjacente à CRP e à Carta, esquecendo a dignidade da pessoa humana como fim primeiro e último da consagração dos direitos, liberdades e garantias.

Aprovado na reunião de 11 de maio de 2021



Filipa Calvão (Presidente)