

1. INTRODUÇÃO

A 29 de Agosto de 2012 foi publicada em Diário da República a Lei n.º 46/2012, que procede à transposição da Directiva n.º 2009/136/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho, operando a primeira alteração à 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, e a segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 7/2004 de 7 de Janeiro, relativo aos serviços da sociedade da informação e ao comércio electrónico.

As alterações operadas pela Lei n.º 46/2012 aos referidos diplomas entram em vigor a 30 de Agosto de 2012.

No presente Destaque, chamamos a atenção para algumas das mais significativas alterações operadas por este diploma.

2. PRINCIPAIS ALTERAÇÕES À LEI N.º 41/2004 DE 18 DE AGOSTO

2.1 Definições

A Lei n.º 46/2012 vem introduzir algumas novas definições, tais como a de “correio electrónico” (que designa “qualquer mensagem textual, vocal, sonora ou gráfica enviada através de uma rede pública de comunicações que possa ser armazenada na rede ou no equipamento terminal do destinatário até que este a recolha”) e “violação de dados pessoais” (que consiste numa “violação da segurança que provoque, de modo accidental ou ilícito, a destruição, a perda, a alteração, a divulgação ou o acesso não autorizado a dados pessoais transmitidos, armazenados ou de outro modo tratados no contexto da prestação de serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público”). É ainda alterada a definição de “dados de localização” para passar a incluir os dados tratados no âmbito de um serviço de comunicações electrónicas.

Salientamos que a definição de “correio electrónico” abrange um conjunto de realidades mais amplo que a noção corrente de *e-mail*, podendo igualmente incluir SMS, MMS e outras formas de comunicação análogas.

2.2 Pedidos de acesso a dados pessoais

Nos termos do n.º 5 do artigo 1.º da Lei n.º 41/2004, na nova redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 46/2012, as empresas que oferecem serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público passam a estar obrigadas a estabelecer procedimentos internos que permitam responder aos pedidos de acesso a dados pessoais dos utilizadores apresentados pelas autoridades judiciais competentes em casos de necessidade de protecção de actividades relacionadas com a segurança pública, a defesa, a segurança do Estado e a



prevenção, investigação e repressão de infracções penais, em conformidade com legislação especial a aprovar nesse âmbito.

2.3 Segurança do processamento de dados

A nova redacção do artigo 3.º da Lei n.º 41/2004 impõe deveres sobre as empresas que oferecem serviços de comunicações, designadamente a adopção de medidas técnicas e organizacionais adequadas (tendo em conta os riscos existentes, a proporcionalidade dos custos da sua aplicação e o estado da evolução tecnológica) para garantir a segurança dos serviços no que respeita à segurança de rede. Essas obrigações deverão ser cumpridas em conjunto com o fornecedor da rede pública de telecomunicações, que se encontra adstrito a satisfazer os pedidos empresas que oferecem serviços de comunicações que se afigurem necessários para o cumprimento dos referidos deveres.

Ainda no âmbito das medidas de segurança no processamento de dados, são atribuídas competências ao ICP – ANACOM para a emissão de recomendações sobre as melhores práticas, para a realização (directa ou indirectamente) de auditorias, incluindo auditorias extraordinárias. No exercício destas competências, sempre que estejam em causa medidas susceptíveis de envolver matérias de protecção de dados pessoais, o ICP - ANACOM deverá solicitar parecer à CNPD.

2.4 Armazenamento e acesso

É introduzido no n.º 1 do artigo 5.º da Lei n.º 41/2004 um requisito de consentimento prévio e expresso por parte de um utilizador ou assinante para o armazenamento de informações e a possibilidade de acesso à informação armazenada no equipamento terminal desse assinante ou utilizador.

Tal consentimento deverá ser suportado em informações claras e completas nos termos da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro (Lei da Protecção de Dados Pessoais), indicando, designadamente, os objectivos do processamento.

A Lei n.º 46/2012 mantém as excepções constantes da antiga redacção da Lei n.º 41/2004, que dispensam a verificação dos requisitos acima descritos sempre que o armazenamento técnico ou o acesso tenham como única finalidade transmitir uma comunicação através de uma rede de comunicações electrónicas ou se limitem ao estritamente necessário ao fornecedor para fornecer um serviço da sociedade de informação solicitado expressamente pelo assinante ou utilizador.

Esta alteração ao regime do armazenamento e acesso reveste-se de especial relevância na medida em que se aplica aos *cookies* utilizados na maioria dos *websites*. É assim criado um *opt-in* para os *cookies*, em contraste com o regime anterior, que permitia genericamente a sua utilização e conferia aos utilizadores apenas um direito de *opt-out*.

2.5 Dados de tráfego e de localização

Do mesmo modo, é introduzido nos artigos 6.º e 7.º da Lei n.º 41/2004 um requisito de consentimento prévio e expresso por parte de um utilizador ou assinante para o tratamento de dados de tráfego e localização, tratamento esse que deverá ser realizado apenas na medida do necessário e pelo tempo necessário à finalidade consentida (que, no caso dos dados de tráfego, consiste na comercialização de serviços de comunicações electrónicas ou na prestação de serviços de valor acrescentado).



2.6 Notificação de violação de dados pessoais

A nova redacção da Lei n.º 41/2004 prevê no seu artigo 3.º -A um regime de notificação de violação de dados pessoais que não encontra correspondência em legislação anterior.

Nos termos desta disposição, as empresas que oferecem serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público encontram-se obrigadas a notificar prontamente a CNPD da ocorrência de uma violação de dados pessoais.

Sempre que essa mesma violação de dados pessoais seja susceptível de afectar negativamente os dados pessoais do assinante ou utilizador – ou seja, caso possa originar situações de usurpação ou fraude de identidade, danos físicos, humilhação significativa ou danos reputacionais –, as empresas que oferecem serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público devem ainda notificar prontamente a violação ao assinante ou ao utilizador, de modo a permitir que estes tomem as precauções necessárias.

A obrigação de informação ao assinante ou utilizador não se aplica sempre que as empresas que oferecem serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público comprovem perante a CNPD a adopção de medidas tecnológicas de protecção adequadas quanto aos dados em causa, designadamente através de encriptação desses dados (cf. n.º 5 do artigo 3.º - A).

A notificação a realizar aos utilizadores ou assinantes deverá identificar **i)** a natureza da violação dos dados pessoais, **ii)** os pontos de contacto onde possam ser obtidas informações complementares, e ainda **iii)** recomendar medidas destinadas a limitar o impacto de tal violação. Por seu turno, a notificação à CNPD deverá ainda, para além dos elementos já referidos, indicar **iv)** as consequências da violação de dados pessoais e **v)** as medidas propostas ou adoptadas.

As empresas que oferecem serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público devem elaborar e manter um registo das situações de violação de dados pessoais, com indicação dos respectivos factos, efeitos e medidas adoptadas, incluindo menção às notificações efectuadas e às medidas de reparação adoptadas.

Estas disposições permitirão, no nosso entender, facilitar a verificação do cumprimento das disposições em matéria de protecção de dados pessoais por parte da CNPD, bem como fomentar entre as empresas o desenvolvimento e consolidação de boas práticas na gestão das situações de violação de dados pessoais.

2.7 Comunicações não solicitadas

O artigo 13.º – A agora introduzido na Lei n.º 41/2004 impõe requisitos de consentimento prévio expresso dos assinantes (sempre que sejam pessoas singulares) ou dos utilizadores para o envio de comunicações não solicitadas para fins de marketing directo. Encontram-se elencados nessa disposição alguns mecanismos de envio dessas comunicações, que incluem “*sistemas automatizados de chamada e comunicação que não dependam da intervenção humana (aparelhos de chamada automática), aparelhos de telecópia ou de correio electrónico*”, incluindo SMS, EMS, MMS e similares.

A lei consagra no entanto uma excepção para casos de marketing directo por parte de fornecedores de produtos ou serviços que tenham obtido os contactos dos seus clientes no contexto da venda de um produto ou serviço. Nesse caso, e desde que assegurada aos clientes, de forma clara e explícita, a possibilidade de recusarem gratuita e facilmente a utilização de tais contactos (tanto no momento da respectiva recolha como por ocasião de cada mensagem), o fornecedor poderá enviar comunicações de marketing directo relativas aos seus próprios produtos ou serviços.



São também permitidas as comunicações não solicitadas para fins de marketing directo aos assinantes que sejam pessoas colectivas, até ao momento em que estes obstem à recepção de futuras comunicações e se inscrevam numa lista a ser elaborada, mantida e actualizada (nos termos do artigo 13.º -B) pelas entidades que procedam ao envio de tais comunicações.

É ainda proibido nos termos do n.º 4 do artigo 13.º – A o envio de correio electrónico para fins de marketing directo em que *i)* se encontre ocultada ou dissimulada a identidade da pessoa em nome de quem é efectuada a comunicação ou *ii)* do qual não conste a indicação de um meio de contacto válido para o qual o destinatário possa recusar a recepção dessas comunicações ou ainda *iii)* que incentive os destinatários a visitar sítios na Internet que não respeitem requisitos de informação previstos no artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 7/2004. Este conjunto de regras é de particular relevância para a análise do fenómeno correntemente denominado “spam”, permitindo a distinção entre formas legítimas e ilegítimas de comunicações não solicitadas para fins de marketing directo.

Finalmente, é conferida legitimidade para propor acção judicial contra quem incumpra este preceito a todos os prestadores de serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público, com vista a tutelar os interesses dos seus clientes e ainda dos seus interesses comerciais.

2.8 Competências da CNPD e do ICP-ANACOM

As competências da CNPD e do ICP-ANACOM no âmbito da Lei n.º 41/2004 foram ampliadas e desenvolvidas, passando a incluir competências regulamentares e normativas, bem como atinentes ao estabelecimento e divulgação de boas práticas e de outras informações relevantes.

A CNPD e o ICP-ANACOM passaram ainda a dispor de competência, em coordenação com a Comissão Europeia, para aprovar medidas com vista a assegurar uma cooperação transfronteiriça eficaz para efeitos da execução da Lei n.º 41/2004 conforme alterada.

Nos termos do novo artigo 13.º -E da Lei n.º 41/2004, as entidades sujeitas a obrigações nos termos desse diploma encontram-se adstritas a prestar ao ICP –ANACOM e à CNPD todas as informações relacionadas com a sua actividade que lhes sejam solicitadas. Por outro lado, todos os pedidos de informação formulados pelo ICP –ANACOM e pela CNPD deverão obedecer ao princípio da proporcionalidade e da adequação ao fim a que se destinam, carecendo de fundamentação. Em caso de confidencialidade da informação, as entidades a quem esta foi solicitada devem identificar fundamentadamente as informações que consideram confidenciais e proceder à junção de cópia não confidencial dos documentos em que se contenham tais informações, caso tal se justifique.

2.9 Disposições sancionatórias

No que se refere às disposições sancionatórias, a Lei n.º 46/2012 estabelece os montantes máximos e mínimos de coimas a aplicar sempre que o infractor seja pessoa colectiva.

Por outro lado, é clarificada a redacção de várias disposições já constantes da redacção primitiva da Lei n.º 41/2004.

É ainda estabelecido o regime sancionatório para o incumprimento das novas disposições em matéria de notificação da violação de dados pessoais e comunicações não solicitadas.



As alterações introduzidas pela Lei n.º 46/2012 à Lei n.º 41/2004 passaram também a determinar a possível sujeição do infractor à imposição de uma pena de sanção pecuniária compulsória (artigo 15.º -C) em caso de incumprimento das decisões do ICP-ANACOM e da CNPD.

A sanção pecuniária compulsória, cujo montante diário se pode situar entre € 500 e € 100 000, é fixada segundo critérios de razoabilidade e proporcionalidade, atendendo também à situação económica do infractor (designadamente ao respectivo volume de negócios no ano civil anterior) e ainda ao impacto negativo que tal incumprimento possa ter tido no mercado e entre os utilizadores.

Poderão também, de acordo com o artigo 15.º -A, ser aplicadas sanções acessórias. Tais sanções incluem a perda a favor do Estado de objectos, equipamentos e dispositivos ilícitos, e ainda do produto do benefício obtido pelo infractor através da prática da contra-ordenação. O desrespeito das obrigações impostas no quadro de uma sanção acessória constitui crime de desobediência qualificada.

3. PRINCIPAIS ALTERAÇÕES À LEI N.º 7/2004 DE 7 DE JANEIRO

A Lei n.º 46/2012 veio clarificar a redacção do regime de adopção de medidas contra prestadores de serviços da sociedade da informação. Em particular, o novo diploma substituiu a terminologia anterior, que se referia a “providências restritivas”, por outra terminologia que consagra o conceito mais amplo e genérico de “medidas restritivas”.

Na sequência das alterações operadas à Lei n.º 41/2004 e em conformidade com as novas disposições nela consagradas, a Lei n.º 46/2012 revogou certas disposições da Lei n.º 7/2004 relativas a comunicações não solicitadas (por exemplo, o artigo 22.º e a alínea b) do n.º 1 do artigo 37.º).

4. NOTA FINAL

As alterações introduzidas pela Lei n.º 46/2012 vieram reflectir no ordenamento jurídico nacional uma preocupação comunitária de incremento do respeito pela protecção dos dados pessoais e pela privacidade dos utilizadores de comunicações electrónicas.

A *vacatio legis* da Lei n.º 46/2012, que entra em vigor no dia seguinte à respectiva publicação, determina a necessidade de uma célere implementação técnica das soluções propostas, que de resto já se antecipavam, atento o conteúdo da Directiva n.º 2009/136/CE.

Saliente-se que as obrigações decorrentes do novo regime aplicam-se não só às empresas que oferecem serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público, mas de um modo geral a todas as entidades e pessoas que utilizem comunicações electrónicas para promoção dos seus serviços ou produtos, designadamente através de *websites* e de acções de *marketing* através de canais electrónicos.

Lisboa, 10 de Setembro de 2012