

PARECER/2022/51

I. Pedido

1. A Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, da Assembleia da República, submeteu à Comissão Nacional de Proteção de Dados (doravante CNPD), para parecer, Projeto de Lei n.º Projeto de Lei n.º 70/XV/1.^a, «que procede à segunda alteração à Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis, conformando-a com o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022», do Grupo Parlamentar do Partido Social Democrata.

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, conjugado com a alínea b) do n.º 3 do artigo 58.º, e com o 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 (doravante, Lei de Execução).

II. Análise

3. Compreendendo-se a necessidade de acesso a dados pessoais de tráfego e de localização para a investigação e repressão criminal, a CNPD saúda a intenção de encontrar um equilíbrio entre, por um lado, o interesse público de segurança e paz públicas e, por outro lado, os direitos fundamentais ao respeito pela vida privada, à autodeterminação informativa e ao livre desenvolvimento da personalidade.

4. Na análise do equilíbrio aqui projetado face à Constituição da República Portuguesa (CRP) e à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta), a CNPD pautar-se-á especialmente pelos argumentos, condições e limites explicitados pelo Tribunal Constitucional (TC) no acórdão 268/2022, de 19 de abril de 2022¹, bem como nos acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) *Digital Rights Ireland*², *Tele 2*³ e *La Quadrature du Net*⁴.

¹ Cf. <https://dre.pt/dre/detalhe/acordao-tribunal-constitucional/268-2022-184356510>

² Acórdão de 8 de abril de 2014, procs. C-293/12 e C-594/12.

³ Acórdão de 21 de dezembro de 2016, procs. C-203/15 e C-698/15.

⁴ Acórdão de 6 de outubro de 2020, procs. C-511/18, C-512/18 e C-520/18.



i. As categorias de dados tratados e a limitação temporal da sua conservação

5. Precisamente tendo em conta a declaração do TC de inconstitucionalidade com força obrigatória geral do artigo 4.º da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, a CNPD não pode deixar de manifestar perplexidade face à opção de manter inalterado o conjunto de dados pessoais previsto no referido artigo, restringindo-se a alteração, em termos práticos, à delimitação temporal da conservação generalizada dos dados pessoais.

6. É certo que o TC declarou a inconstitucionalidade do artigo 4.º conjugado com o artigo 6.º da Lei n.º 32/2008. Mas, recorda-se que nas palavras do TC, *«[...] por se ultrapassarem na medida fiscalizada os limites da proporcionalidade no que concerne ao respetivo âmbito subjetivo, viola-se o n.º 2 do artigo 18.º da Constituição na restrição aos direitos fundamentais à reserva da intimidade da vida privada e à autodeterminação informativa (artigos 26.º, n.º 1, e 35.º, n.º 1, da Constituição), perdendo relevância a questão de saber se os demais elementos de que dependeria a proporcionalidade da medida (o ajustamento do prazo de conservação ao estritamente necessário para os fins a alcançar; e a imposição de condições de segurança do respetivo armazenamento) são preenchidos pela regulamentação fiscalizada»*.

7. Por outras palavras, o TC considerou uma violação desproporcionada dos direitos fundamentais consagrados nos artigos 35.º e 26.º da CRP a conservação generalizada de *«[...] todos os dados de localização e de tráfego de todos os assinantes, abrang[en]do-se as comunicações eletrónicas da quase totalidade da população, sem qualquer diferenciação, exceção ou ponderação face ao objetivo perseguido.»*

8. Prossegue o TC, *«[o] legislador adota aqui um âmbito muito mais alargado (seja quanto às categorias de dados, seja quanto ao âmbito subjetivo) do que o crivo que foi seguido em outros ambientes normativos – cfr. a opção legislativa em matéria de base de dados de ADN, de criminalidade informática (quick-freeze), a que supra se aludiu – abrangendo a agressão daqueles direitos fundamentais em situações que, num juízo de ponderação, não são contrapesadas pelos efeitos positivos no combate à criminalidade»*.

9. Portanto, a mera delimitação temporal da conservação dos dados pessoais de tráfego e de localização de quase toda a população, reduzindo de um ano para 12 semanas, conforme o novo n.º 2 do artigo 6.º da Lei n.º 32/2008 introduzido pelo artigo 2.º do Projeto de Lei, não ultrapassa o principal fundamento da inconstitucionalidade do artigo 4.º da Lei n.º 32/2008: o universo de titulares de dados afetados e, com isso, a extensão da restrição dos direitos fundamentais acima enunciados.

10. Recuperam-se aqui, de novo, as palavras do TC: em causa está a conservação de dados pessoais de tráfego e de localização relativamente às *«[...] comunicações electrónicas da quase totalidade da população, sem qualquer diferenciação, exceção ou ponderação face ao objetivo perseguido. [...]»*.

11. A CNPD, suportando-se na interpretação do TC, sublinha que a solução aqui projetada mantém o resultado de «[...] *uma solução legislativa desequilibrada, por atingir sujeitos relativamente aos quais não há qualquer suspeita de atividade criminosa.*»

12. Sendo também certo que postergar o crivo da conexão do tratamento dos dados pessoais à finalidade aqui em vista para o momento do acesso aos dados, não afasta a grosseira desproporcionalidade, pelos riscos que implica para os cidadãos, da conservação de dados muito reveladores de dimensões da vida privada dos cidadãos, com elevado impacto na sua autodeterminação informativa, na sua liberdade e no livre desenvolvimento da sua personalidade⁵.

13. Esse impacto não resulta apenas do conhecimento praticamente contínuo da localização de cada cidadão, como também do conhecimento (ou da suscetibilidade de conhecimento) da identidade das pessoas com quem cada cidadão se relaciona por meio de comunicações eletrónicas (v.g., telefone, telemóvel, e-mail), do momento, da duração e da frequência dessas comunicações, bem como das páginas da Internet a que acede e o momento, duração e frequência de cada acesso (cf. ponto 18 do acórdão do TC n.º 268/2022).

14. Recorda-se que, por muito rigorosas e atualizadas que sejam as medidas de segurança adotadas, a verdade é que a conservação destes dados pessoais tem sempre o risco de acessos indevidos, como o têm demonstrado os tempos recentes, marcados por ciberataques dirigidos aos sistemas de informação também de operadoras de comunicações eletrónicas, e, portanto, o risco de utilização dos dados em prejuízo direto dos cidadãos.

15. Mesmo que se pretenda apreciar o tratamento dos dados no conjunto das operações que o compõem, este risco e este impacto não podem ser subvalorizados ou ignorados, não devendo o legislador nacional construir um quadro normativo que assente em pilares aparentemente sólidos (o acesso controlado pelo juiz), quando o tratamento de dados começa antes e representa já, *per se*, uma restrição grave dos direitos fundamentais da quase totalidade dos cidadãos.

16. Como avança o TC, «[...] *a definição do leque de sujeitos visados só não transgride os limites da proporcionalidade na medida em que se dirija, de forma direta, às situações em que a agressão aos direitos fundamentais em causa possa ter-se por orientada à perseguição dos objetivos da ação penal*», seja pela delimitação em função de uma específica investigação em curso, seja pela previsão de situações específicas espacial e temporalmente delimitadas (v.g., visitas de Estado, eventos religiosos, desportivos ou de natureza

⁵ A CNPD mantém o entendimento, por si explanado em anteriores pareceres sobre esta matéria, de que o acesso aos dados de tráfego e de localização afeta o conteúdo do direito fundamental à inviolabilidade das comunicações eletrónicas, consagrado no artigo 34.º da CRP. Não obstante, para maior clareza da exposição em coerência com o recente acórdão do TC, a CNPD opta por não focar, neste parecer, a restrição desse direito fundamental.

festiva) – cf. ainda acórdão *Tele 2*, pontos 108 e 111, e acórdão *La Quadrature du net*, pontos 147-148 e 150-151, ambos do TJUE.

17. Em suma, a CNPD considera que a alteração introduzida no n.º 1 do artigo 6.º da Lei n.º 32/2008, quanto ao período de conservação dos dados, indicando-se agora o prazo de 12 semanas contado de cada comunicação, não afasta o fundamento principal da declaração de inconstitucionalidade do artigo 4.º daquela lei.

18. Sem prejuízo desta conclusão, a CNPD prossegue a análise das demais regras do Projeto, sublinhando que essa análise supõe que os dados pessoais sejam objeto de conservação em conformidade com a CRP e a Carta.

ii. Local de conservação dos dados

19. Considerando agora as demais normas do Projeto, o Projeto introduz ainda uma alteração no proémio do n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 32/2008, prevendo que a conservação dos dados tenha lugar em Portugal ou em outro Estado-Membro da União Europeia. A CNPD assinala como positiva tal previsão, por resolver a primeira causa de inconstitucionalidade assinalada pelo TC no citado acórdão.

20. Sublinha-se que o regime de cooperação e coerência entre as autoridades de controlo de proteção de dados dos Estados-Membros, previsto no RGPD, assegura a fiscalização dos tratamentos de dados pessoais e o cumprimento dos princípios e regras de proteção de dados pessoais cujo tratamento se realize ao abrigo daquele regime.

iii. Transmissão dos dados pessoais e o direito de informação dos respetivos titulares

21. No que diz respeito à transmissão de dados pessoais, o Projeto altera o artigo 9.º da Lei n.º 32/2008, prevendo um dever de notificação do titular dos dados, bem como regulando a transmissão internacional de dados.

22. Quanto à garantia dos direitos dos titulares dos dados, máxime o direito de informação que o TC destacou, em linha com a jurisprudência do TJUE (cf. Acórdão *Tele 2*, ponto 121) e do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) – em especial, acórdão *Big Brother Watch*⁶ – o Projeto vem prever o dever de as entidades obrigadas a conservar os dados pessoais para fins de investigação criminal notificarem o titular dos dados da transmissão dos mesmos, a partir do momento em que essa comunicação não é suscetível de comprometer a investigação criminal ou de constituir risco para a vida ou integridade física de terceiros. Nos

⁶ Acórdão de 25 de maio de 2021, queixas n.º 58170/13, 62322/14 e 24960/15.

termos da alteração projetada, compete ao juiz de instrução que autorizou a transmissão dos dados informar a entidade transmitente.

23. No pressuposto de que os dados pessoais sejam objeto de conservação em conformidade com a CRP e a Carta, a CNPD nota que a opção de fazer recair o dever de notificação sobre as entidades obrigadas à conservação dos dados pessoais está conforme o disposto no artigo 13.º do RGPD; não obstante, destaca-se que a jurisprudência do TJUE e do TEDH aponta no sentido de tal dever recair sobre as autoridades que acedem aos dados pessoais, portanto ao abrigo do dever imposto pelos artigos 13.º e 14.º da Lei n.º 59/2019 – o que, no rigor dos termos, se justifica por tal transmissão se dar em nome e no interesse público prosseguido pelas autoridades responsáveis pela investigação criminal.

24. A CNPD assinala ainda que, em conformidade com o direito à prestação de informações sobre o tratamento de dados reconhecido pela Lei n.º 59/2019 (cf. Artigos 13.º e 14.º, n.º 3), estendendo-se essa notificação aos titulares dos dados transmitidos, tal implica a notificação não apenas às pessoas singulares objeto de investigação, mas também a todas as pessoas singulares com quem tenha havido comunicação ou tentativa de comunicação, o que aumenta significativamente o universo de titulares de dados a notificar.

25. Quanto à transmissão internacional dos dados, o n.º 9 introduzido no artigo 6.º da Lei n.º 32/2008 proíbe a transmissão para Estados terceiros (em relação à União Europeia). Tal proibição afigura-se, contudo, demasiado radical, considerando as regras legais de cooperação judiciária internacional. Recorda-se, a este propósito, a solução consagrada no artigo 20.º da Lei do Cibercrime.

26. Na verdade, estando definidas regras claras na lei nacional ou, com base nesta, em acordos internacionais que prevejam medidas adequadas a acautelar os direitos fundamentais dos titulares dos dados no contexto desse tratamento para cumprimento das finalidades prosseguidas pela cooperação judiciária internacional, não se afigura haver razão para proibir ou limitar tal transferência (supondo, reitera-se, que os dados conservados o sejam em conformidade com a CRP e a Carta).

iv. Norma transitória

27. Por último, o Projeto integra disposições transitórias que suscitam as maiores reservas à CNPD quanto à sua conformidade com a CRP e a Carta.

28. No n.º 1 do artigo 3.º do Projeto de determina-se que *«[r]elativamente aos processos judiciais em curso, é lícita a utilização dos dados conservados pelas entidades referidas no n.º 1 do artigo 4.º [da Lei n.º 32/2008], como meios de prova, contanto que a sua solicitação já tenha sido efetuada pela autoridade judiciária competente, nos termos da legislação em vigor e do prazo aí estatuído.»*

29. Ainda que se consiga perceber a intenção subjacente a esta norma transitória, a redação da mesma, em especial, na sua parte final torna muito difícil a compreensão do seu exato alcance. Por «*nos termos da legislação em vigor e do aí estatuído*» pretender-se-á, porventura, remeter para a Lei n.º 32/2008, na redação que foi apreciada e declarada inconstitucional com força obrigatória geral pelo TC. Mas, a ser assim, a perplexidade provocada por tal disposição é ainda maior: está a reintegrar na ordem jurídica nacional a mesma norma que foi declarada inconstitucional pelo TC. E, aparentemente, dispensando-se a decisão do juiz de instrução, uma vez que basta a solicitação dos dados pela autoridade judiciária (que pode ser o Ministério Público) determinando o Projeto que a prova é, sem mais, lícita.

30. Aliás, ao pretender, para os processos judiciais em curso, cobrir agora com um fundamento de licitude *ad hoc* um tratamento de dados pessoais que, por força da nulidade da norma em que o mesmo se suportava, nunca o teve, tal disposição transitória parece corresponder a uma norma legal retroativa com conteúdo restritivo de direitos, liberdades e garantias, em violação da proibição estabelecida no n.º 3 do artigo 18.º da CRP.

31. A compreensível vontade de corrigir as consequências no plano processual da longa inércia legislativa nacional, após a primeira decisão do TJUE nesta matéria (datada de março de 2014) e apesar dos sucessivos alertas, quanto à violação dos direitos fundamentais dos cidadãos, que essa decisão e as decisões subsequentes do mesmo tribunal representaram e suscitaram, não deve conduzir o legislador nacional a novas ou renovadas inconstitucionalidades.

32. A CNPD recomenda, por isso, a eliminação do n.º 1 do artigo 3.º do Projeto de Lei.

III. Conclusão

33. Com os fundamentos acima expostos, em particular considerando o teor do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 262/2022 e a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), a CNPD considera que:

- i. o Projeto de Lei em apreço mantém a obrigatoriedade de conservação generalizada dos dados pessoais de localização e de tráfego, ou seja, dados relativos à quase totalidade da população, permitindo o conhecimento praticamente contínuo da localização de cada cidadão, bem como a identidade das pessoas com quem cada cidadão se relaciona por meio de comunicações eletrónicas (v.g., telefone, telemóvel, e-mail), do momento, da duração e da frequência dessas comunicações, bem como das páginas da Internet a que o mesmo acede e o momento, duração e frequência de

cada acesso, portanto, também em relação aos cidadãos relativamente aos quais não há qualquer suspeita de atividade criminosa;

- ii. a alteração introduzida, pelo artigo 2.º do Projeto de Lei, no artigo 6.º da Lei n.º 32/2008, quanto ao período de conservação dos dados, indicando-se agora o prazo de 12 semanas contados de data da comunicação, não afasta o fundamento principal da declaração de inconstitucionalidade do artigo 4.º daquela lei, que mantém a previsão de conservação generalizada dos dados de tráfego e de localização;
- iii. o mesmo juízo de inconstitucionalidade merece o disposto no artigo 3.º do Projeto de Lei. Ainda que se compreenda a vontade de corrigir as consequências no plano processual da longa inércia legislativa nacional – após a primeira decisão do TJUE nesta matéria (datada de março de 2014) e apesar dos sucessivos alertas, quanto à violação desproporcionada dos direitos fundamentais dos cidadãos pelos regimes jurídicos de retenção de dados nas comunicações eletrónicas, que essa decisão e as decisões subsequentes do mesmo tribunal representaram e suscitaram –, tal não deve conduzir o legislador nacional a novas ou renovadas inconstitucionalidades.

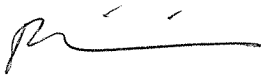
34. A CNPD recomenda, por isso, a revisão do artigo 2.º do Projeto de Lei, em especial quanto ao artigo 4.º da Lei n.º 32/2008, no sentido de se excluírem deste elenco os dados pessoais de tráfego e de localização, bem como a eliminação do artigo 3.º do Projeto de Lei.

35. Sem prejuízo destas conclusões, no pressuposto de que os dados pessoais sejam objeto de conservação em conformidade com a CRP e a Carta, a CNPD:

- i. assinala que, embora a opção de fazer recair sobre as entidades obrigadas à conservação dos dados pessoais o dever de notificação do acesso aos titulares dos dados está conforme o disposto no artigo 13.º do RGPD, a jurisprudência do TJUE e do TEDH aponta no sentido de tal dever recair sobre as autoridades que acedem aos dados pessoais, portanto ao abrigo do dever imposto pelos artigos 13.º e 14.º da Lei n.º 59/2019 – o que, no rigor dos termos, se justifica por tal transmissão se dar em nome e no interesse público prosseguido pelas autoridades responsáveis pela investigação criminal;
- ii. nota que, em conformidade com o direito à prestação de informações sobre o tratamento de dados, estendendo-se essa notificação aos titulares dos dados transmitidos, tal implica a notificação não apenas às pessoas singulares objeto de investigação, mas também a todas as pessoas singulares com quem tenha havido comunicação ou tentativa de comunicação, o que aumenta significativamente o universo de titulares de dados a notificar;

- i. recomenda a revisão do disposto no n.º 9 introduzido no artigo 6.º da Lei n.º 32/2008, quanto à transmissão internacional dos dados, uma vez que o RGPD não impede as transferências internacionais de dados pessoais no âmbito da cooperação judiciária internacional, desde que ocorram ao abrigo de regras claras (legais ou constantes de acordos internacionais) que prevejam medidas adequadas a acautelar os direitos fundamentais dos titulares dos dados no contexto desse tratamento.

Aprovado na reunião de 21 de junho de 2022



Filipa Calvão (Presidente)