

Contributos complementares à audição da CNPD no Grupo de Trabalho – Metadados sobre as Propostas de texto de substituição do Projeto de Lei n.º 70/XV/1.ª (PSD) e do Projeto de Lei n.º 79/XV/1.ª (CH)

1. No âmbito do procedimento legislativo de alteração do regime legal de retenção de metadados, e em complemento da audição perante o Grupo de Trabalho – Metadados, da Comissão dos Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, que teve lugar no dia 14 de outubro de 2022, vem a Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD) apresentar as suas observações quanto às propostas de texto de substituição do Projeto de Lei n.º 70/XV/1.ª (PSD) e do Projeto de Lei n.º 79/XV/1.ª (CH), centrando-se sobretudo nas alterações que suscitam reservas.

I. Proposta de texto de substituição do Projeto de Lei n.º 70/XV/1.ª (PSD)

2. Em primeiro lugar, assinala-se que na Proposta de texto de substituição se mantém a previsão de conservação, pelos fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas ou de uma rede pública de comunicações, dos dados pessoais relativos a comunicações eletrónicas constante do artigo 4.º da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, e pelo mesmo prazo de conservação, de um ano, apesar da recente jurisprudência constitucional (acórdão 268/2022, de 19 de abril) e do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) – em especial, os acórdãos *Digital Rights Ireland*¹, *Tele*² e *La Quadrature du Net*³. Reiteram-se, por isso, os argumentos já avançados pela CNPD, no parecer anterior sobre o Projeto de Lei n.º 70/XV/1.ª (Parecer/2022/51, de 21 de junho) e na audição acima referida, acrescentando-se agora que o TJUE, num acórdão recente⁴, veio reiterar que «[...] a conservação de dados de tráfego generalizada e indiferenciada durante um ano a contar do dia do registo [...]» «[...] excede os limites do estritamente necessário e não pode ser tida por justificada numa sociedade democrática, conforme exige o n.º 1 do artigo 15.º da Diretiva 2002/58, lido à luz dos artigos 7.º, 8.º e 11.º, bem como do artigo 52.º, n.º 1, da Carta».

3. Em segundo lugar, a Proposta de texto de substituição inova ao definir, no artigo 6.º da Lei n.º 32/2008, um regime diferenciado de conservação de dados pessoais, prevendo a conservação por um ano dos dados de identificação do assinante ou utilizador, dos demais dados de base e dos endereços de protocolo IP (cf. n.º 1), fixando um regime-regra de conservação do dados de tráfego e de localização, aplicável apenas se não houver

¹ Acórdão de 8 de abril de 2014, procs. C-293/12 e C-594/12.

² Acórdão de 21 de dezembro de 2016, procs. C-203/15 e C-698/15.

³ Acórdão de 6 de outubro de 2020, procs. C-511/18, C-512/18 e C-520/18.

⁴ Acórdão VD e SR, de 20 de setembro de 2022, procs. C-339/20 e C-397/20, em especial, pontos 92-94.

oposição do titular, e ainda um regime de «conservação seletiva» para os dados de tráfego e demais dados de localização (cf. n.ºs 2 e 3).

4. Antes do mais, destaca-se a novidade de agora se prever a conservação dos dados de identificação civil dos *utilizadores*, além dos do assinante. Sendo certo que os fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas ou de uma rede pública de comunicações (que, por razões de simplificação do discurso, aqui se vai designar por operadoras) não têm, nem precisam, de tais dados para a prestação do serviço nem para a faturação, afigura-se que esta previsão vai alargar o universo de pessoas afetadas pela restrição aos seus direitos fundamentais, portanto, no sentido contrário ao da jurisprudência constitucional e europeia nesta matéria, a que acresce ser tal imposição de duvidosa exequibilidade. Admite-se, contudo, que se pretenda aqui abranger apenas os *utilizadores registados* (portanto, quanto tal registo exista na operadora), não havendo, portanto, aqui a pretensão de impor um dever generalizado de registo dos utilizadores, recomendando-se a correção da identificação dessa categoria de sujeitos.

5. Quanto aos dados elencados no novo n.º 1 do artigo 6.º, começa por se referir que o conceito de *dados de base* é essencialmente jurisprudencial⁵, não estando explicado na lei, não servindo, pelo menos sem ser acompanhado da sua definição ou explicitação, para delimitar a categoria de dados pessoais objeto de tratamento, não conferindo o grau de precisão e previsibilidade que uma norma legal restritiva de direitos, liberdades e garantias tem de apresentar. Recomenda-se, por isso, que se elenquem os dados que aqui se pretende abarcar, por referência aos dados enunciados taxativamente no artigo 4.º do mesmo diploma.

6. De todo o modo, nota-se que a identidade civil do assinante do telefone ou telemóvel e do endereço de protocolo IP são considerados pelo Tribunal Constitucional como integrando a categoria de dados de base, pelo que a autonomização de apenas alguns, num elenco que contém a referência a «demais dados de base», se afigura pouco esclarecedora.

7. Face à jurisprudência já citada, a CNPD não tem observações a fazer à previsão da conservação pelo prazo de um ano dos dados de base, desde que sejam caracterizados ou especificados em conformidade com a jurisprudência do Tribunal Constitucional (cf. ponto 17.3. do acórdão 268/2022).

8. Quanto ao regime aplicável aos dados de tráfego e de localização, causa perplexidade a opção pela previsão no n.º 2 do artigo 6.º de um dever conservação de dados pessoais para investigação da criminalidade grave «salvo se o titular se tiver oposto perante [as entidades referidas no n.º 1 do artigo 4.º] a essa conservação».

⁵ Cf. Acórdãos do Tribunal Constitucional 268/2022 (ponto 17) e 420/2017.

9. Aparentemente, pretende-se reconduzir este tratamento de dados pessoais à vontade do respetivo titular, ao prever-se o dever de conservação na ausência de exercício do direito de oposição pelo titular dos dados. Mas uma tal construção não tem sequer enquadramento no RGPD, não refletindo um equilíbrio entre os direitos fundamentais e os valores de interesse público que aqui se pretendem ver salvaguardados.

10. Na realidade, a pretensa possibilidade de legitimar um tratamento de dados pessoais intrusivo na vida privada, como este reconhecidamente é, na ausência de oposição pelo titular não encontra respaldo no artigo 6.º do RGPD, onde se preveem os fundamentos de licitude dos tratamentos de dados, como de seguida se procura demonstrar.

11. O consentimento do titular, para ser relevante, tem de ser inequívoco, não sendo suficiente a inércia ou o não exercício de um direito de oposição; utilizando os expressivos termos da língua inglesa, o RGPD exige um *opt-in*, não sendo suficiente o *opt-out* (cf. alínea 11) do artigo 4.º do RGPD).

12. Demais, a relevância do direito de oposição depende das circunstâncias taxativamente descritas no n.º 1 do artigo 21.º do RGPD, sendo certo que nenhuma delas aqui se pode invocar. Não está em causa qualquer interesse legítimo do responsável pelo tratamento (a operadora que presta o serviço de comunicação) ou de um terceiro (e, ainda que estivesse, sempre prevaleceriam os direitos fundamentais do titular, conforme a jurisprudência já citada), mas antes um interesse público, cuja prossecução, de acordo com a alínea e) do n.º 1 do artigo 6.º do RGPD, tem de caber nas atribuições do responsável pelo tratamento que seja uma entidade pública, o que, manifestamente, aqui não se verifica. E a possibilidade de reutilização dos dados pessoais para finalidade diferente da prevista na lei empeça aqui na circunstância de ser a lei a fixar, fechando, a finalidade da recolha de dados pessoais pelas operadoras (nos termos da Lei da Privacidade nas Comunicações Eletrónicas (Lei n.º 41/2004)).

13. Finalmente, uma tal solução não seria idónea a servir a finalidade visada, por permitir a exclusão dos potenciais alvos de investigação criminal, ao mesmo tempo que promoveria um efeito discriminatório dos cidadãos desinformados e incautos.

14. Estando necessariamente afastado um regime que legitime a conservação de dados pessoais para investigação criminal por ausência de exercício do direito de oposição pelos titulares dos dados, afigura-se ficar posto em causa o regime (aparentemente excecional) de conservação seletiva previsto no n.º 3.

15. Não obstante, procede-se em seguida à análise das diferentes situações desenhadas e autonomizadas no n.º 3 do artigo 6.º, por se admitir poder ter utilidade para o trabalho legislativo em curso.

16. Numa primeira apreciação, as circunstâncias descritas como justificando a conservação seletiva assentam num complexo de conceitos imprecisos ou indeterminados tão amplo que não conferem qualquer previsibilidade quanto à ingerência nos direitos fundamentais aqui afetados (*particularmente expostos; regularmente/ número elevado; locais estratégicos*). Reconhece-se que a redação do novo n.º 3 do artigo 6.º aqui projetado procura acompanhar as linhas de orientação que o TJUE enuncia no acórdão *La Quadrature du Net* (cf. pontos 148, 150 e 151), mas a transposição, *qua tale*, dessas linhas para o plano legislativo é manifestamente insuficiente para delimitar adequada e proporcionalmente a restrição dos direitos, liberdades e garantias, como impõem a Constituição Portuguesa e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

17. Sendo a densificação, a precisão e a clareza normativas na restrição de direitos, liberdades e garantias uma exigência decorrente do princípio do Estado de Direito, reiterada pela jurisprudência constitucional e pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, recorda-se, a este propósito, que o TJUE, no recente acórdão sobre a Diretiva PNR⁶, só considerou conformes com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia as disposições que delimitam o objeto do tratamento de dados pessoais (no caso, bases de dados), por recurso a conceitos imprecisos na sua caracterização, na medida em que sejam interpretadas como abrangendo somente as bases de dados especificadas a título exemplificativo.

18. Acresce que a própria exemplificação no n.º 3 do artigo 6.º é tão variada e extensa que, por um lado, perde qualquer capacidade de densificação das circunstâncias justificadoras da conservação seletiva de dados, não cumprindo, por isso, os requisitos da clareza e precisão das normas restritivas de direitos fundamentais; por outro lado, mantém-se ainda a abrangência de um universo de pessoas que corresponde à generalidade da população, como em seguida se procurará explicitar, portanto, mantendo-se «[...] uma solução legislativa desequilibrada, por atingir sujeitos relativamente aos quais não há qualquer suspeita de atividade criminosa»⁷.

19. Considerando agora, detidamente, cada um dos pressupostos da conservação seletiva, apresentam-se dois critérios principais: o primeiro relativo aos locais, o segundo em função da conexão com atos de criminalidade grave que os dados de tráfego e de localização são suscetíveis de revelar.

20. A primeira constatação é a de que os locais relevantes se encontram genericamente apresentados (*locais particularmente expostos à prática de crimes graves*), exemplificando-se (*nomeadamente*) com conceitos imprecisos que caracterizam quaisquer infra-estruturas públicas ou abertas ao público, por apelo a *um número elevado de pessoas* – aqui são enquadráveis, por exemplo, centros comerciais, recintos de espetáculos, centros desportivos, estádios, em suma, infra-estruturas que a generalidade das pessoas frequenta com regularidade,

⁶ Cf. Acórdão *Ligue des Droits Humains*, de 21 de junho de 2022, proc. C-817/19.

⁷ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 262/2022, cit., ponto 18.

abrangendo com isso, de forma generalizada, indiferenciada e sistemática, dados pessoais reveladores de uma parte significativa da sua vida privada.

21. Em termos paralelos, apresenta-se a referência a *locais estratégicos*, que nem sequer se procura caracterizar, a não ser por via da exemplificação. Aí a Proposta de texto de substituição enquadra todas as infraestruturas de acesso a meios de transporte públicos ou abertos ao público, bem como as zonas de portagens em autoestradas, cobrindo assim os diferentes meios de deslocação da generalidade dos cidadãos, no seu dia-a-dia, em termos que, mais uma vez, implicam a conservação generalizada, indiferenciada e sistemática de dados pessoais altamente reveladores da vida privada dos cidadãos. A que acrescem, nesse elenco exemplificativo, as *zonas comerciais ou turísticas*, o que significa, pelo menos, o “centro” de todas as cidades e vilas portuguesas.

22. Repare-se que, quando o TJUE, no acórdão *La Quadrature du Net* (cf. ponto 150), admite um critério geográfico como elemento de delimitação da medida legislativa que prevê a conservação de dados de tráfego e de dados de localização, tem-se em vista o recorte de uma ou mais zonas geográficas que apresentem, em função de concretas circunstâncias específicas ou excecionais, um risco elevado de preparação ou de prática de atos de criminalidade grave. Pelo que, na delimitação das zonas geográficas pertinentes para esse efeito, caberá ao legislador encontrar um conjunto delimitado de zonas que, em abstrato, sejam suscetíveis de apresentar tal risco elevado, cruzando esse critério com um critério delimitador de circunstâncias específicas ou excecionais (*i.e.*, em função de um determinado evento excecional ou esporádico), em termos que garantam que o resultado não seja a conservação permanente (ou sistemática) e indiferenciada dos dados pessoais de tráfego e localização da generalidade das pessoas que frequentam ou vivem numa cidade (ou qualquer localidade) ou numa determinada zona dessa cidade.

23. Em suma, na Proposta de texto de substituição, a caracterização das situações, em função dos locais, em que os dados pessoais relativos a comunicações eletrónicas podem ser sujeitos a conservação para efeitos de investigação criminal é tão indeterminada e, simultaneamente, tão extensa, que permite que a pretensa conservação seletiva de dados de tráfego e de localização se venha a concretizar num tratamento de dados pessoais sistemático que afeta a generalidade da população de forma indiferenciada no seu dia-a-dia, merecendo por isso, na perspetiva da CNPD, o mesmo juízo de inconstitucionalidade de que foram objeto as originais normas do artigo 4.º e 6.º da Lei n.º 32/2008.

24. Considera-se agora a delimitação das situações em que os dados pessoais relativos a comunicações eletrónicas podem ser sujeitos a conservação para efeitos de investigação criminal, em função da conexão com atos de criminalidade grave que os dados de tráfego e de localização são suscetíveis de revelar. Trata-se aqui, na verdade, de uma tentativa de delimitação não generalizada, nem indiferenciada, do universo de pessoas que

pode ter uma relação, direta ou indireta, com atos de criminalidade grave, inspirada nas pistas deixadas pelo próprio TJUE no acórdão *La Quadrature du Net*.

25. Simplesmente, também aqui, a Proposta de texto de substituição se limita praticamente a remeter para critérios a definir em concreto, em vez de delimitar a medida da restrição com orientações precisas que previnam a desproporcionalidade da concreta conservação dos dados pessoais de tráfego e localização.

26. Logo a referência, meramente exemplificativa, das categorias de sujeitos (suspeitos, arguidos ou condenados pela prática de crimes graves), sem ser acompanhada de critérios que indiquem a conexão com atos de criminalidade grave, suscita reservas. Na verdade, porque exemplificativa, aquela referência permite abranger qualquer pessoa que se relacione ou interaja pontualmente com aquelas categorias de sujeitos; depois, aquela redação permite conservar os dados de tráfego e localização de um condenado pela prática de crimes graves que tenha já cumprido a sua pena, sem outro aparente critério que justifique um tal acompanhamento da sua vida privada e que previna o caráter sistemático da conservação dos dados – numa solução que se equipara a uma sanção acessória.

27. E a forma como, no n.º 4 do artigo 6.º, se colmata a omissão legislativa quanto aos critérios de caracterização dessa conexão remetendo para um despacho fundamentado e periódico do Procurador-Geral da República («validado judicialmente») a definição das pessoas e locais relevantes para tal efeito, com a mera especificação de que os critérios devem ser *objetivos e não discriminatórios* é insuficiente para conferir previsibilidade às restrições legais dos direitos, liberdades e garantias.

28. É certo que o TJUE afirma «[...] essa medida de conservação de dados pode, nomeadamente, ser fixada em função das categorias de pessoas em causa, uma vez que o artigo 15.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58 não se opõe a uma regulamentação baseada em elementos objetivos, que permitam visar as pessoas cujos dados de tráfego e dados de localização são suscetíveis de revelar uma relação, pelo menos indireta, com atos de criminalidade grave, de contribuir de uma maneira ou outra para a luta contra a criminalidade grave ou de prevenir um risco grave para a segurança pública ou ainda um risco para a segurança nacional»⁸, mas parece pressupor que a própria lei defina os elementos objetivos suscetíveis de revelar essa conexão.

29. Se bem se lê a jurisprudência relevante nesta matéria, os critérios de conservação deste tipo de dados devem estar definidos na lei, devendo nesse mesmo plano ser garantido que a conservação não é generalizada nem indiferenciada.

⁸ Cf. Acórdão *La Quadrature du net*, ponto 148.

30. E a determinação das situações concretas que, excecional ou específica e delimitadamente, justificam uma ordem de conservação seletiva de dados depende de uma análise circunstanciada que, na perspetiva da CNPD, deve passar por decisão judicial fundamentada.

31. O prazo definido na Proposta de texto de substituição para a conservação seletiva é de 12 semanas contadas da data da comunicação, o que se afigura razoável. Todavia, ao admitir-se a sua conservação por tempo superior, por decisão do juiz de instrução, omite-se a fixação de um limite temporal, essencial num Estado de Direito.

32. A terminar a apreciação da Proposta de texto de substituição, três notas ainda.

33. A primeira, para assinalar que o n.º 7 do artigo 9.º não especifica sobre quem recai o dever de proceder à notificação do titular dos dados, afigurando-se que tal omissão pode suscitar dúvidas e dificuldades na garantia do direito à informação sobre o tratamento dos dados.

34. A segunda, para notar que a nova redação do artigo 15.º não assegura a aplicação plena e efetiva do regime sancionatório do RGPD, devendo, por isso, remeter-se diretamente para esse regime e só depois a lei de execução do RGPD,

35. Finalmente, é incompreensível que não se tenha aproveitado a oportunidade para eliminar ou corrigir a norma transitória do Projeto de Lei que, numa parte, é inútil e, em todo o caso, é inconstitucional, desrespeitando a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral proferida pelo Tribunal Constitucional.

36. A este propósito, assinala-se que o TJUE, mais recentemente, esclareceu que «[...] a manutenção dos efeitos de uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, significa que esta legislação continua a impor aos operadores de serviços de comunicações eletrónicas obrigações contrárias ao direito da União e que comportam ingerências graves nos direitos fundamentais das pessoas cujos dados foram conservados (v., por analogia, Acórdão de 5 de abril de 2022, Commissioner of An Garda Síochána e o., C-140/20, EU:C:2022:258, n.º 122 e jurisprudência referida)»⁹.

37. E, depois de afirmar que *«basta remeter para a jurisprudência do Tribunal de Justiça, em particular para os princípios recordados nos n.ºs 41 a 44 do Acórdão de 2 de março de 2021, Prokuratuur (Condições de acesso aos dados relativos às comunicações eletrónicas) (C-746/18, EU:C:2021:152), do qual decorre que essa admissibilidade cabe, em conformidade com o princípio da autonomia processual dos Estados-Membros, ao direito nacional, sob reserva do respeito, nomeadamente, dos princípios da equivalência e da efetividade.»*, concluiu o mesmo Tribunal que, *«[n]o que se refere a este último princípio, importa recordar que o mesmo obriga o juiz penal nacional a afastar informações e elementos de prova obtidos através de uma conservação generalizada e indiferenciada dos dados*

⁹ Cf. Acórdão VD e SR, cit., ponto 101.

de tráfego e dos dados de localização incompatível com o direito da União ou ainda através de um acesso, pela autoridade competente, a estes dados em violação deste direito, no âmbito de um processo penal instaurado contra pessoas suspeitas de atos criminosos, se essas pessoas não estiverem em condições de contestar eficazmente essas informações e elementos de prova, provenientes de um domínio que escapa ao conhecimento dos juízes e que são suscetíveis de influenciar de modo preponderante a apreciação dos factos [v., neste sentido, Acórdão de 2 de março de 2021, Prokuratuur [...]]¹⁰.

II. Projeto de Lei n.º 79/XV/1.ª (CH)

38. A acrescer às recomendações e argumentos que a CNPD teve oportunidade de expor no Parecer/2022/49, de 21 de junho, sobre Projeto de Lei n.º 79/XV/1.ª, bem como às observações expostas na audiência acima citada, consideram-se agora as inovações introduzidas pela Proposta de texto de substituição do Projeto de Lei n.º 79/XV/1.ª.

39. A Proposta de texto de substituição altera o n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, não quanto ao elenco de dados pessoais (de identificação, de tráfego e de localização), mas para especificar que os fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas ou de uma rede pública de comunicações ficam constituídos no dever da sua conservação «[a]pós despacho fundamentado de juiz, relativo a pessoa concreta e com efeitos para futuro [...]».

40. A CNPD não tem, na perspetiva da proteção de dados pessoais, nenhuma reserva a colocar a uma tal previsão, embora não haja plena coerência entre esta alteração, a alteração introduzida no n.º 8 do artigo 4.º e a nova redação do artigo 6.º.

41. Na verdade, o n.º 8 introduzido por esta Proposta no mesmo artigo 4.º exige ainda que o despacho judicial – a ordem de preservação de dados – discrimine a «natureza dos dados», «a sua origem e destino, se forem conhecidos», bem como o prazo de conservação «até um máximo de três meses».

42. Estando, nos termos do n.º 8 do artigo 4.º, o período de conservação dos dados dependente da determinação judicial, com o limite máximo de três meses, é incompreensível a imposição da conservação dos dados por três meses, prevista no artigo 6.º. Esta incongruência deve, pois, ser corrigida, eventualmente com a eliminação do referido artigo 6.º.

¹⁰ Acórdão VD e SR, cit., pontos 105 e 106 (sublinhados nossos).

43. Ainda a propósito do n.º 8 do artigo 4.º, afigura-se ser conveniente referir *categorias* de dados em vez da sua *natureza*, por razões de coerência com os termos técnico-jurídicos empregues no ordenamento jurídico nacional, máxime no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD). Quanto à exigência de especificação da «*origem e destino*», não é claro se se refere aos dados ou às comunicações eletrónicas, parecendo ter mais sentido a última hipótese.

44. A terminar, insiste-se que as disposições transitórias projetadas devem ser eliminadas, dando-se aqui por reiteradas não apenas as considerações tecidas pela CNPD no Parecer/202/49, como também os fundamentos da jurisprudência do TJUE, expostos supra nos pontos 36 e 37.

Lisboa, 20 de outubro de 2022



Filipa Calvão (Presidente)