PARECER DA ORDEM DOS ADVOGADOS

Pelo Exmo. Senhor Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República, foi solicitada à Ordem dos Advogados a emissão de parecer sobre a Proposta de Lei n.º 11/XV/1ª (GOV).

A presente iniciativa legislativa visa estabelecer as regras de acesso, para fins de investigação criminal, a dados tratados pelas empresas que oferecem redes e ou serviços de comunicações electrónicas, procede à alteração da Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto (Tratamento de dados pessoais e protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas) e revoga a Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho, referente à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações electrónica.

De acordo com a exposição de motivos, e em suma, na sequência do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022, em que foi declarada a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma constante do artigo 4.º, conjugada com o artigo 6.º, e a norma constante do artigo 9.º, na parte em que não prevê uma notificação ao visado de que os dados conservados foram acedidos pelas autoridades de investigação criminal, a partir do momento em que tal comunicação não seja susceptível de comprometer as investigações nem a vida ou integridade física de terceiros, todos da Lei 32/2008, de 17 de Julho, «impõe-se, por isso, superar a solução normativa da Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho, que assentava na obrigação de conservação de dados para fins exclusivos de investigação criminal».

Isto porque, «a proibição de conservação de dados não obsta, nem deve obstar, a que as autoridades judiciárias possam a continuar a aceder a metadados para fins exclusivos de investigação criminal», tanto mais que, a investigação, detecção e repressão da criminalidade, constitui «uma das principais atribuições de um Estado de Direito democrático, sendo fundamental para garantir a segurança e a paz públicas».

Sendo certo que, «as organizações criminosas recorrem frequentemente à Internet (nomeadamente à *dark web*) e às telecomunicações móveis, sob encriptação e possível anonimato, para cometer crimes graves e violentos», *sendo essencial dotar as autoridades competentes dos meios de obtenção de prova necessários à investigação de tais crimes*.

Largo de S. Domingos, 14, 1º . 1169-060 Lisboa
T. 21 882 35 50 . Fax: 21 886 04 31
E-mail: cons.geral@cg.oa.pt https://portal.oa.pt

Recebido na CACDLG em 09/06/2022
Distribuído à Comissão em 09/06/2022

Para tanto, é essencial que os órgãos de polícia criminal e as autoridades judiciárias sejam dotados de meios de investigação e de prova adequados, assegurando-se simultaneamente um prudente equilíbrio com os direitos fundamentais de cada cidadão, de que o direito à reserva da vida privada é exemplo.

Sustenta-se, ainda, que, *os meios electrónicos são muitas vezes os únicos meios disponíveis para o apuramento da verdade material, mormente no caso de crimes cometidos por meio de sistema informático*.

Destarte, considerando que as empresas que oferecem redes e ou serviços de comunicações electrónicas, já procedem ao tratamento e conservação de dados com uma finalidade comercial, cujo regime se mostra conforme ao Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e Conselho, de 27 de Abril e às leis n.ºs 58/2019 e 59/ 2019, de 8 de Agosto, sendo proibida *a conservação de dados com o único intuito de investigar, detetar e reprimir a comissão de crimes*, «entende-se que deve ser possível garantir o acesso a tais dados», com o propósito de protecção do interesse público, como seja, por exemplo, os já referidos direitos à realização da Justiça e à segurança e paz públicas, valores que não podem deixar de ser, igualmente, coadunados com os direitos fundamentais de cada cidadão, em cumprimento do princípio constitucional da proporcionalidade».

Assim:

«Artigo 1.º

Objeto

A presente lei:

a) Estabelece as regras de acesso, para fins de investigação criminal, a dados tratados pelas empresas que oferecem redes e ou serviços de comunicações eletrónicas;

b) Procede à segunda alteração à Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, alterada pela Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto, que transpõe para a ordem jurídica nacional a Diretiva 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas.

Artigo 2.º

Âmbito de aplicação

A autoridade judiciária pode solicitar dados tratados nos termos do n.º 2 do artigo 6.º da Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, na sua redação atual, quando haja razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter, quanto a crimes:

a) Previstos nos n.ºs 1 e 2 do artigo 187.º do Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro, na sua redação atual;

b) Previstos na Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, na sua redação atual; ou

c) Cometidos por meio de sistema informático, contanto que puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a 1 ano.

Artigo 3.º

Notificação

1 - O despacho da autoridade judiciária que determinar a solicitação dos dados, nos termos do artigo anterior, é notificado ao titular dos mesmos no prazo máximo de 10 dias a contar da sua prolação, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

2 - Se, em inquérito, o Ministério Público considerar que a notificação referida no número anterior pode pôr em causa a investigação, dificultar a descoberta da verdade ou criar perigo para a vida, para a integridade física ou psíquica ou para a liberdade dos participantes processuais, das vítimas do crime ou de outras pessoas, a notificação é realizada logo que a razão do protelamento deixar de existir ou, o mais tardar, no prazo máximo de 10 dias a contar da data em que for proferido despacho de encerramento desta fase processual.

Artigo 4.º

Condições da transmissão de dados

As condições técnicas da transmissão de dados são definidas por portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas da defesa nacional, da administração interna, da justiça e das comunicações.

Artigo 5.º

Destruição dos dados

Os dados remetidos que não servirem como meio de prova são destruídos após o trânsito em julgado da decisão que puser termo ao processo.

Artigo 6.º

Estatísticas

1 - Tendo em vista o cumprimento do disposto nos artigos anteriores, as empresas que oferecem redes e ou serviços de comunicações eletrónicas nos termos da Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, na sua redação atual, devem, até 1 de março de cada ano, remeter à Comissão Nacional de Proteção de Dados

(CNPD) as seguintes informações, relativas ao ano civil anterior:

a) O número de casos em que foram transmitidos dados às autoridades judiciárias;

b) O período de tempo decorrido entre a data a partir da qual os dados foram tratados e a data em que as autoridades competentes solicitaram a sua transmissão; e

c) O número de casos em que as solicitações das autoridades judiciárias não puderam ser satisfeitas.

2 - As informações previstas no número anterior não podem conter quaisquer dados pessoais.

Artigo 7.º

Avaliação

No final de cada biénio, a CNPD, em colaboração com a Autoridade Nacional de Comunicações, procede à avaliação de todos os procedimentos previstos e elabora um relatório detalhado que descreva a sua aplicação, destacando os aspetos que carecem de aperfeiçoamento, o qual deve incluir recomendações que permitam superar constrangimentos detetados, devendo o referido relatório ser transmitido à Assembleia da República e ao Governo até 30 de junho do ano seguinte ao termo do período a que respeita.

Artigo 8.º

Alteração à Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto

O artigo 6.º da Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, na sua redação atual, passa a ter a seguinte redação:

«Artigo 6.º

[…]

1 - […].

2 - […]:

a) Número ou identificação, endereço e tipo de posto do assinante, códigos de utilizador, identidade internacional de assinante móvel (IMSI) e a identidade internacional do equipamento móvel(IMEI);

b) [...];

c) Data da chamada, grupo data/hora associado, serviço e número chamado;

d) Número de telefone, endereço de protocolo IP utilizado para estabelecimento da comunicação, porto de origem de comunicação, bem como os dados associados ao início e fim do acesso à Internet;

e) [*Anterior alínea d)*].

3 - [...].

4 - [...].

5 - [...].

6 - [...].

7 - [...].»

Artigo 9.º

Norma revogatória

É revogada a Lei n.º 32/2008, de 17 de julho.»

Tal como se anuncia na exposição de motivos, a presente Proposta de Lei apenas visa estabelecer as regras de acesso, para fins de investigação criminal, a dados tratados e conservados por empresas que oferecem redes e ou serviços de comunicações electrónicas no âmbito da respectiva actividade comercial.

Assim, e no que concerne ao tratamento e conservação dos referidos dados, deu-se por assente que o respectivo regime legal se mostra conforme ao Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Abril de 2016 e às Leis nº 58/2019 e Lei n.º 59/2019, de 8 de Agosto.

Para o efeito, dispõe o artigo 2.º, nas suas alíneas a), b) e c, que a autoridade judiciária pode solicitar o acesso a dados tratados nos termos do n.º 2, do artigo 6.º da Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto (Protecção de dados pessoais e privacidade nas telecomunicações), quando estejam em causa os crimes previstos nos n.ºs 1 e 2 do artigo 187.º, do Código de Processo Penal, na Lei 109/2009, de 15 de Setembro (Lei do Cibercrime), cometidos por meio de sistema informático, contanto que puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a um ano.

Neste ponto, e sem questionar, por ora, a opção do legislador no que concerne ao catálogo dos crimes que podem fundamentar o acesso a dados para efeitos de investigação criminal, e tão pouco a eficácia das medidas propostas para atingir o objectivo pretendido, sempre se dirá que, a remissão «para os crimes previstos nos n.ºs 1 e 2 do artigo 187.º do Código de Processo Penal», diploma atinente a regras processuais, não se nos afigura correcta. Ao invés, deveria optar-se por elencar os crimes cuja investigação pode fundamentar o acesso aos dados.

Ademais, alguns dos crimes elencados na citada norma (v.g. n.º 2, al. e), são os previstos na Lei n.º 109/2009, de 15 de Agosto.

Por outro lado, pese embora se refira na exposição de motivos que se atribui, «de forma clara e inequívoca» às autoridades judiciárias a competência para solicitar à empresa que oferece redes e ou serviços de comunicações electrónicas os dados previstos e tratados nos termos do artigo 6.º da lei 41/2004, de 18 de Agosto, não resulta evidente do texto da proposta de Lei em análise, a autoridade judiciária que, em cada fase processual, pode determinar a solicitação dos dados.

Do mesmo modo, alcançamos que os dados remetidos que não servirem como meio de prova são destruídos após o trânsito em julgado da decisão que puser termo ao processo, mas já não, quanto à forma, ao tempo e termos em que tal destruição ocorrerá.

Deverá ainda deixar-se expressa a necessidade de fundamentação, designadamente, das razões pelas quais o acesso aos dados se mostra indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter e, bem assim, a necessidade de fundamentação acrescida, quando a notificação não ocorra no prazo previsto no n.º 1, do artigo 3.º (sendo certo que, em nossa opinião, não se trata de um «protelamento» da notificação).

Quando aplicável, ambos os despachos devem ser objecto de notificação ao titular dos dados.

Além do mais, deve estar previsto o meio de que o visado pode socorrer-se em ordem a garantir a tutela efectiva dos seus direitos.

Afigura-se, igualmente, desejável, determinar os sujeitos relativamente aos quais é admissível o acesso aos dados pelas autoridades de investigação criminal,

Embora se conceda que as condições técnicas para a transmissão de dados sejam densificadas em portaria, não se mostra aceitável a falta de fixação dos critérios e condições da sua transmissão, designadamente, em matéria de segurança.

Pelo exposto, a Proposta de Lei *sub judice* suscita-nos reservas, designadamente, no que concerne

à sua conformidade com a Lei Fundamental e com o Direito da União Europeia.

Lisboa, 9 de Junho de 2022

Ângela Cruz

Vogal do Conselho Geral da Ordem dos Advogados

Largo de S. Domingos, 14, 1º . 1169-060 Lisboa
T. 21 882 35 50 . Fax: 21 886 04 31
E-mail: cons.geral@cg.oa.pt https://portal.oa.pt