

PARECER/2022/49

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 79/XV/1.^a, «que altera a Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, por forma a harmonizá-la com os preceitos constitucionais em vigor», do Grupo Parlamentar do Chega.

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 n.º 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.

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

5. Precisamente tendo em conta a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral do artigo 4.º da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, do TC, a CNPD não pode deixar de manifestar perplexidade face à

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.

opção de manter praticamente inalterado o conjunto de dados pessoais previsto no referido artigo (com exceção dos dados de localização, inicialmente previstos na alínea f) do n.º 1 do artigo 4.º, a qual é revogada no Projeto em análise), restringindo-se a alteração à delimitação temporal da conservação generalizada dos dados pessoais de identificação e de tráfego, bem como à definição de um regime específico para a recolha e conservação dos dados de localização.

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, abrangendo-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 de quase toda a população, reduzindo de um ano para seis meses, conforme alteração introduzida no n.º 2 do artigo 6.º da Lei n.º 32/2008 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 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, mas especialmente do conhecimento (ou da suscetibilidade de conhecimento) da identidade das pessoas com que cada cidadão se relaciona por meio de comunicações eletrónicas (v.g., telefone, telemóvel, e-mail), o momento, duração e 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 seis meses contados 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.

19. No que aos dados relativos à localização do equipamento móvel diz respeito, o Projeto introduz um novo regime no n.º 7 do artigo 4.º, proibindo a sua conservação generalizada e fazendo-a depender de «[...] *despacho fundamentado de juiz, relativo a pessoa concreta e com efeitos para futuro*». Esta disposição não suscita reservas à CNPD, uma vez que delimita o universo subjetivo do tratamento dos dados pessoais de localização e com efeitos para futuro. Apenas se recomenda que seja definido um limite temporal máximo para tal conservação, em termos eventualmente similares aos previstos para a ordem de preservação de dados no âmbito da Lei do cibercrime.

20. O que não pode deixar de se notar, insiste-se, é a ausência de previsão de regime similar para os dados de tráfego, como se explicou acima, tendo em conta a extensão e intensidade das dimensões da vida privada que os mesmos relevam.

ii. Local de conservação dos dados

21. Considerando agora as demais normas do Projeto, como se referiu supra, no pressuposto de que os dados pessoais objeto de conservação o sejam no respeito pela CRP e a Carta, assinala-se que 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 território da União Europeia. No n.º 2 do artigo 6.º da mesma Lei o Projeto prevê ainda que «*[o]s dados devem ser armazenados em local compatível com o exercício das garantias constitucionais de proteção e com a intervenção da CNPD*».

22. A este propósito importa notar que esta segunda disposição é imprecisa, numa matéria que exige precisão e clareza normativa, como o TC e o TEDH têm sublinhado.

23. Para se resolver a primeira causa de inconstitucionalidade assinalada pelo TC no citado acórdão, a imposição do armazenamento em território do Estado português ou de qualquer outro Estado-membro da

União Europeia é suficiente e parece ser a adequada à salvaguarda do objetivo de livre circulação de dados pessoais na União. A exigência especificada no n.º 2 do artigo 6.º parece, mas – insiste-se – não é clara, pretender impor a conservação dos dados no território nacional, contrariando o previsto na redação proposta para o n.º 1 do artigo 4.º.

24. De todo o modo, os princípios e regras de proteção de dados que garantem os direitos fundamentais aqui restringidos podem ser ainda assegurados por aplicação do regime de cooperação e coerência entre as autoridades de controlo de proteção de dados dos Estados-Membros, previsto no RGPD, que 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.

25. Assim, seja para evitar a repetição da norma ínsita no proémio do n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 32/2008, seja para evitar a contradição normativa no mesmo diploma, a CNPD recomenda a eliminação do n.º 2 do artigo 6.º da referida lei como aqui projetado.

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

26. No que diz respeito à transmissão de dados pessoais, o Projeto altera o artigo 9.º da Lei n.º 32/2008, reforçando a exigência de proporcionalidade, na vertente da necessidade, dessa operação e prevendo um dever de notificação do titular dos dados objeto de acesso.

27. 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, no n.º 7 do artigo 9.º, o dever de as entidades competentes informarem os titulares dos dados a que tiverem acedido, «a partir do momento em que essa comunicação não seja suscetível de comprometer as investigações levadas a cabo por essas autoridades.»

28. No pressuposto de que os dados pessoais sejam objeto de conservação em conformidade com a CRP e a Carta, a CNPD assinala 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.

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

iv. Norma transitória

29. Por último, o Projeto prevê, no artigo 3.º, disposições transitórias que suscitam as maiores reservas à CNPD quanto à sua conformidade com a CRP e a Carta.

30. No n.º 1 do artigo 3.º do Projeto de determina-se a aplicação imediata do diploma, «*também aos dados que no momento da sua entrada em vigor estejam a ser conservados pelas entidades referidas no n.º 1 do artigo 4.º [da Lei n.º 32/2008]*».

31. Tendo em conta que entre a apresentação do Projeto e a emissão do presente parecer, o acórdão do TC que declarou a inconstitucionalidade do artigo 4.º com força obrigatória geral foi publicado no Diário da República, essa declaração tornou-se eficaz, assim afastando definitivamente da ordem jurídica nacional a norma legal que suportaria a conservação dos referidos dados. Por essa razão, a CNPD determinou a eliminação dos mesmos, através de deliberações tomadas em 7 de junho de 2022.

32. De todo o modo, o disposto neste preceito sempre teria de se ter por inconstitucional, por reintegrar na ordem jurídica nacional uma disposição com um alcance similar ao da norma que foi declarada inconstitucional pelo TC.

33. Com efeito, pretende-se legitimar a conservação generalizada de dados pessoais de tráfego e de localização para efeito de investigação criminal e, portanto, para eventual incriminação, quando, de acordo com o juízo do TC essa conservação com tal âmbito subjetivo representa uma restrição desproporcionada dos direitos fundamentais acima elencados.

34. O mesmo vale, com as devidas adaptações, para o disposto no n.º 2 do citado artigo 3.º do Projeto.

35. No que diz respeito aos processos judiciais pendentes, não se vê como possa agora o legislador legitimar a utilização de dados de tráfego e de localização como meio de prova para incriminação dos respetivos titulares dos dados, quando é certo que a norma que supostamente serviu de suporte à recolha e conservação de tais dados pessoais para fins de investigação e repressão criminal é nula *ipso iure*, tendo por isso que se considerar não prevista na ordem jurídica nacional desde o início da sua entrada em vigor. E com a única exceção, expressamente reconhecida pela CRP, de salvaguarda das decisões judiciais transitadas em julgado.

36. Nessa medida, a norma transitória contraria a eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade do TC, padecendo, de resto, de vício de constitucionalidade similar ao identificado pelo TC.

37. Na verdade, esta disposição pretende, 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.

38. 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.

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

40. No que diz respeito ao n.º 2 do artigo 3.º, não é claro o alcance da aplicação integral do artigo 9.º aos processos judiciais em curso. Desde logo, ao salvaguardar o disposto no número anterior, que determina a licitude da utilização dos dados solicitados pela autoridade judiciária, essa disposição parece afastar o despacho do juiz. E, por isso, a utilidade desta segunda disposição transitória estaria limitada ao dever de informar os titulares dos dados sobre o acesso.

41. Admite a CNPD que o objetivo seja o de garantir o cumprimento de tal dever em relação a acessos anteriores à entrada em vigor da alteração projetada, mas fica a dúvida se apenas se pretende essa garantia para os casos previstos no n.º 1 do mesmo artigo ou se é um dever retroativamente imposto em todos os casos em que houve acesso a tais dados pessoais ao abrigo da Lei n.º 32/2008.

42. A CNPD recomenda, por isso, a clarificação do sentido do estatuído no n.º 2 do artigo 3.º do Projeto; e, caso o seu âmbito de aplicação se cinja às situações previstas no n.º 1, recomenda a eliminação desse n.º 2 dada a manifesta inconstitucionalidade do disposto no n.º 1.

III. Conclusão

43. Com os fundamentos acima expostos, em particular considerando o teor do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022 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 tráfego, ou seja, dados relativos à quase totalidade da população, permitindo o 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 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 contado da 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;
- 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.

44. 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 das comunicações eletrónicas, bem como a eliminação do n.º 1 do artigo 3.º do Projeto de Lei.

45. Quanto ao n.º 7 do artigo 4.º, que proíbe a conservação generalizada dos dados pessoais relativos à localização do equipamento móvel e faz depender a conservação de «[...] despacho fundamentado de juiz, relativo a pessoa concreta e com efeitos para futuro», a CNPD recomenda que seja definido um limite temporal máximo para tal conservação, em termos eventualmente similares aos previstos para a ordem de preservação de dados no âmbito da Lei do cibercrime, e estranha a ausência de previsão de regime similar para os dados de tráfego.

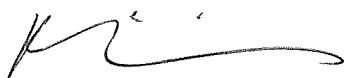
46. Sem prejuízo destas conclusões, no pressuposto de que os dados pessoais sejam objeto de conservação em conformidade com a CRP e a Carta, a CNPD recomenda ainda, com os fundamentos acima expostos:

- i. a eliminação do n.º 2 do artigo 6.º da Lei n.º 32/2008, seja para evitar a repetição da norma ínsita no proémio do n.º 1 do artigo 4.º da referida lei, seja para evitar eventual contradição normativa no mesmo diploma;

- ii. a clarificação do sentido do estatuído no n.º 2 do artigo 3.º do Projeto; e, caso o seu âmbito de aplicação se cinja às situações previstas no n.º 1 do mesmo artigo, recomenda a eliminação desse n.º 2 dada a manifesta inconstitucionalidade do disposto no n.º 1.

47. 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, 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.

Aprovado na reunião de 21 de junho de 2022



Filipa Calvão (Presidente)