



PARECER N.º 26/2017

1. O Pedido

O Senhor Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias solicitou à Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPd) que se pronunciasse sobre a Proposta de Lei N.º 63/XIII, que estabelece o regime jurídico relativo à decisão europeia de investigação em matéria penal, transpondo a Diretiva 2014/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014.

O pedido formulado decorre das atribuições conferidas à CNPD pelo n.º 2 do artigo 22.º da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, alterada pela Lei n.º 103/2015 de 2 de agosto – Lei de Protecção de Dados Pessoais (LPDP), e o parecer é emitido no uso da competência fixada na alínea a) do n.º 1 do artigo 23.º do mesmo diploma legal.

Visa-se, com a presente proposta de lei (a seguir, «Proposta»), transpor a Diretiva 2014/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 3 de abril de 2014, estabelecendo o regime jurídico de emissão, transmissão, reconhecimento e execução de uma decisão europeia de investigação (DEI), consistindo esta numa decisão emitida ou validada por uma autoridade judiciária de um Estado-Membro para que sejam executadas noutro Estado-Membro uma ou várias medidas de investigação específicas, tendo em vista a obtenção de elementos de prova.

Além das regras gerais em matéria de obtenção e transferência de prova a presente proposta de lei consagra ainda um conjunto de disposições específicas relativas a determinadas medidas de investigação concretas, designadamente a transferência temporária de pessoas detidas para efeitos de investigação, a audição por videoconferência e por conferência telefónica, informações sobre contas e informações bancárias e financeiras, medidas para recolha de prova em tempo real, investigações encobertas, interceção de telecomunicações, bem como medidas provisórias que impeçam a destruição, transformação, deslocação transferência ou alienação de elementos de prova.

A DEI tem um âmbito de aplicação bastante amplo, na medida em que abrange não só a emissão e execução de decisões de investigação em processo penal, como também em



processos de natureza contraordenacional instaurados por entidades administrativas, possibilitando que estas entidades solicitem medidas de investigação a outros Estados-Membros, embora neste caso o pedido tenha de ser validado pelo Ministério Público (cf. alíneas *b)* e *c)* do artigo 5.º da Proposta). Ao transpor esta diretiva e regular o regime da DEI, pretende-se substituir nas relações entre Portugal e os outros Estados-Membros da União (com exceção da Irlanda e da Dinamarca que não se encontram vinculados por esta diretiva) as disposições correspondentes existentes em outros instrumentos jurídicos ou convénios, como as convenções de auxílio judiciário mútuo em matéria penal do Conselho da Europa e da União Europeia, a Convenção Schengen e a Decisão-Quadro do Conselho relativa à execução na UE das decisões de congelamento de bens ou de provas (cf. artigo 46.º).

São replicados em anexo à Proposta os quatro anexos à diretiva, que contêm os formulários padrão para emissão de uma DEI, confirmação da receção de uma DEI, notificação de interceção de telecomunicações a realizar num Estado-Membro sem a sua assistência técnica e lista de categorias de infrações referência para a avaliação de eventual exclusão dos motivos de não reconhecimento ou de não execução de uma DEI.

2. Apreciação

O âmbito do presente parecer centra-se na apreciação da matéria relativa ao tratamento de dados pessoais. Como tal só o tratamento de dados reportados a pessoas identificadas ou identificáveis constitui matéria sujeita ao escrutínio da CNPD, posto que apenas esses são considerados “dados pessoais”, na aceção do artigo 3.º, alínea *a)*, da LPDP.

Aplicabilidade da Lei de proteção de dados

O artigo 8.º, n.º 1, da Proposta de Lei relativo à proteção de dados pessoais, consagra que na aplicação do presente diploma legal os dados pessoais são protegidos e tratados em conformidade com a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho, de 27 de novembro de 2008, sobre a proteção dos dados pessoais tratados no âmbito da cooperação policial e judiciária em matéria penal, de acordo com os princípios consagrados na Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carater Pessoal, de 2 de janeiro de 1981, e no seu Protocolo



Adicional. O seu n.º 3 invoca a aplicação da Lei n.º 34/2009, de 14 de julho ao tratamento, segurança, conservação, acesso e proteção dos dados pessoais tratados no âmbito do diploma em análise.

Esta redação é idêntica à da diretiva. No entanto, quer a Decisão-Quadro 2008/977/JAI, quer a Convenção 108 do Conselho da Europa, já se encontram devidamente transpostas para o direito interno através da LPDP. Assim, importa aqui consagrar expressamente a aplicabilidade da Lei n.º 67/98 de 26 de outubro, alterada pela Lei n.º 103/2015 de 2 de agosto, em matéria de proteção de dados pessoais, por ser aqui que se encontram regulados, de modo geral, os tratamentos de dados pessoais, incluindo aqueles que são realizados no sector policial. Isto sem prejuízo das disposições específicas de proteção de dados no âmbito do sistema judicial constantes da Lei n.º 34/2009, de 14 de Julho.

Todavia, o enquadramento da DEI extravasa o tratamento de dados referentes ao sistema judicial – desde logo, pela sua extensão ao processo contraordenacional instaurado por entidades administrativas - pelo que o n.º 3 do artigo 8.º deve ser também alterado em conformidade, não podendo ser o único instrumento do direito nacional aplicável ao tratamento de dados pessoais tratados no âmbito da presente lei.

Do mesmo modo, ao exercício dos direitos dos titulares dos dados, aplicar-se-ão diferentes disposições legais consoante os dados sejam tratados no âmbito do sistema judicial ou não.

Transmissão de dados e segurança da informação

No que diz respeito aos mecanismos de transmissão e receção dos pedidos e de comunicação subsequente entre a autoridade de emissão e a autoridade de execução, considera-se que a Proposta está insuficientemente regulada, reproduzindo em parte o carácter geral da própria diretiva em vez de fazer as escolhas que cabem ao Estado-Membro no processo de transposição.

Por um lado, a Proposta é equívoca quanto ao papel efetivo da autoridade central, pois embora seja designada a Procuradoria-Geral da República para esse efeito, para coadjuvar as autoridades judiciais competentes para emissão e execução da DEI, designadamente nas comunicações com as autoridades de outros EM, nas disposições específicas quanto aos procedimentos a adotar prevê-se o contacto direto entre a autoridade de emissão e a

autoridade de execução, não se atribuindo qualquer papel concreto à PGR. É, pois, necessário definir com rigor o papel de cada interveniente, uma vez que tal comporta diferentes responsabilidades.

Por outro lado, a Proposta é omissa quanto aos meios através dos quais deverão ser feitas as comunicações com os outros EM, referindo apenas no n.º 2 do artigo 13.º que a «*DEI pode ser transmitida através do sistema de telecomunicações da rede Judiciária Europeia*», reproduzindo a possibilidade que a diretiva dá, sem a concretizar ou especificar se este canal será obrigatório para determinadas DEI ou quais poderão ser os meios alternativos de comunicação.

Aliás, no n.º 2 do artigo 7.º da Proposta, admite-se que as comunicações oficiais sejam feitas «*por qualquer meio que permita a obtenção de um registo escrito e a verificação da sua autenticidade*». Ora, se é essencial que todas as comunicações oficiais sejam devidamente documentadas, já a sua autenticidade é apenas uma vertente da política de segurança que deve nortear a transmissão de dados pessoais.

Esta é uma questão de grande relevância, na medida em que está em causa a transmissão de informações de grande sensibilidade, algumas das quais eventualmente sujeitas a segredo de justiça, pelo que as comunicações devem processar-se por canais que garantam um patamar de segurança da informação consentâneo com a natureza dos dados.

Embora se reconheça que possam não estar já contemplados nesta Proposta todos os canais de comunicação aceites, os quais poderão ainda estar dependentes de melhor concretização com os outros Estados-Membros, sempre se dirá que é imprescindível que a lei nacional disponha, pelo menos, sobre alguns requisitos mínimos a que quaisquer comunicações entre autoridades de emissão e de execução devam ficar sujeitas, no sentido de garantir um razoável nível de segurança da informação através de canais seguros de transmissão de dados e que previna o acesso por terceiros não autorizados.

Assim, considera-se que devem ser incluídas na Proposta obrigações específicas ao nível da segurança da informação em trânsito, podendo ser previsto para momento posterior a elaboração de normas que densifiquem as principais medidas de segurança a adotar no quadro da DEI, sujeitas a apreciação prévia da CNPD.



Medidas de investigação em Estados terceiros

Suscitam-se algumas dúvidas quanto à parte final do n.º 4 do artigo 18.º da Proposta, que prevê a solicitação do apoio do membro nacional Eurojust, por parte da autoridade nacional de execução, quando a DEI requerer execução coordenada com a autoridade de emissão ou com medidas de investigação noutros Estados-Membros «*ou em Estados que tenham celebrado acordos de cooperação com a Eurojust*».

Independentemente da cooperação judiciária em matéria penal realizada no âmbito da atividade e competências da Eurojust, entre os Estados-Membros da União e estes e os Estados ou organizações internacionais com quem a Eurojust tem acordos de cooperação, a DEI tem um âmbito de aplicação restrito ao espaço da União Europeia e mesmo assim com exclusões já assinaladas.

Neste sentido, não é evidente que o regime jurídico da DEI requeira execução coordenada com medidas de investigação em Estados terceiros. Isso significaria uma interação com Estados fora da União, o que sai claramente do objeto da presente Proposta. Não é claro se, por via desta norma, o regime da DEI passaria a ser igualmente aplicável, através do membro nacional Eurojust, à cooperação com Estados terceiros com quem a Eurojust tem acordos. Esta clarificação é relevante para avaliação da legitimidade da transferência internacional de dados pessoais.

Medidas de investigação não intrusivas

A CNPD gostaria ainda de chamar a atenção para a alínea *d*) do n.º 2 do artigo 21.º da Proposta, que constitui uma exceção à possibilidade de recorrer a uma medida de investigação alternativa àquela que é especificamente solicitada quando essa medida não existir na lei do Estado de execução ou não for admissível num processo nacional semelhante. Com efeito, consideram-se excecionadas desta regra as «*medidas de investigação não intrusivas previstas na lei do Estado de execução*».

Este é mais um exemplo em que apenas se reproduz o texto da diretiva em vez de se regular com mais especificidade atendendo ao direito interno. Não está definido nem é especificado o que podem constituir medidas não intrusivas. Se recorrermos ao Considerando 16 da Diretiva 2014/41/UE, são fornecidos dois exemplos negativos de

F

medidas de investigação não intrusivas, tais como as que *«não infringam o direito à privacidade ou o direito à propriedade, consoante a lei nacional»*.

Ora, por exemplo, os dados de tráfego e de localização associados às telecomunicações infringem sem dúvida o direito à privacidade, daí terem um regime jurídico de proteção reforçada, previsto na Diretiva 2002/58/CE e transposto para a ordem jurídica interna através da Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto. Tal entendimento foi expressamente sufragado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia em dois acórdãos¹. O próprio Considerando 30 da diretiva agora em transposição (que é anterior ao primeiro acórdão, de 8 de Abril de 2014) admite que, consoante a lei do Estado de execução, a emissão de uma DEI para recolha deste tipo de dados pode ser considerada uma *«medida de investigação intrusiva»*.

Na verdade, a não concretização do que são medidas de investigação não intrusivas presta-se a interpretações várias e a uma aplicação díspar, atendendo à multiplicidade de autoridades de execução. Tratando-se em particular de uma norma de exceção a uma regra essencial do regime jurídico da DEI, no sentido de não serem realizadas pelo Estado de execução medidas de investigação contrárias à sua legislação interna, entende-se que a redação deve ser clarificada e o alcance da norma devidamente especificado.

3. Conclusão

Com base nas observações e fundamentos acima expendidos, a CNPD entende que devem feitas as seguintes alterações à Proposta:

1 – Devem ser introduzidas alterações no artigo 8.º da Proposta, no sentido de ser feita referência expressa à aplicação da Lei n.º 67/98 de 26 de outubro, alterada pela Lei n.º 103/2015 de 24 de agosto, a todos os tratamentos de dados pessoais efetuados no âmbito do presente diploma, sem prejuízo das disposições específicas aplicáveis aos tratamentos de dados do sistema judicial;

2 – Deve ser concretizado o papel da autoridade central nas comunicações entre as autoridades de emissão e as autoridades de execução;

¹ Acórdão Digital Rights Ireland de 8 de Abril de 2014 (Processos apensos C-293/12 e C-594/12) e Acórdão Tele 2 Sverige de 21 de Dezembro de 2016 (Processos apensos C-203/15 e C-698/15).



3 – Devem ser introduzidas normas específicas quanto à segurança da informação, em especial quanto aos meios de comunicação a utilizar para transmissão de dados, prevendo a elaboração de uma política de segurança com medidas concretas a adotar para garantir a autenticidade, a integridade e a segurança da informação em trânsito, bem como prevenir o acesso por terceiros não autorizados no processamento dos dados em território nacional.

4 - Deve ser clarificada a relação entre o regime da DEI aplicável na União e a cooperação com Estados terceiros via Eurojust.

5 – Devem ser concretizadas quais são as medidas de investigação não intrusivas à luz do direito nacional, uma vez que estas constituem uma exceção à regra do respeito estrito pela execução de medidas de investigação apenas se estas existirem no Estado de execução ou se forem admissíveis em processos nacionais semelhantes.

Lisboa, 28 de abril de 2017

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Filipa', with a long horizontal stroke extending to the right.

Filipa Calvão (Presidente)