



POSITION PAPER

Julho 2023

METADADOS

EUCLIDES DÂMASO / JOSÉ SANTOS CABRAL

OBSERVATÓRIO DA JUSTIÇA

I- NOTA INTRODUTÓRIA.

1. Na efervescência dos dias que passam, a nossa atenção, concentrada nas exigências que tocam o nosso quotidiano, relega, muitas vezes, para a arca do esquecimento algumas interpelações que tocam o núcleo fundamental da nossa vida em sociedade.

Em muitas das inquietudes que nos cercam está inscrita a procura de um equilíbrio suscitado pela dialética do confronto dos opostos.

Um desses diálogos, essencial no momento presente, centra-se no debate entre liberdade e segurança, o qual não é mais do que o repetir de uma inquietação que tem estado presente ao longo da História.

Numa formulação clássica da teoria política, Hobbes afirma que há uma dualidade, um dilema que todas as sociedades enfrentam e que é o equilíbrio entre segurança e liberdade. Quando o cidadão assume o contrato social por força do qual entrega o poder ao Estado simultaneamente renuncia a espaços da sua própria liberdade individual.

Porém, tal compressão não é feita de forma gratuita, pois quem abdica de parcelas da sua liberdade em favor do poder do Estado exige, em contrapartida, segurança. Cada cidadão espera que a liberdade que perde, e o controlo sobre a sua vida que atribui ao Estado, seja compensada com o valor da segurança. Para Freud viver em sociedade implica uma troca, pois que ao optarmos pela liberdade é necessário prescindir de alguma segurança; ao escolher a segurança, importa declinar de alguma liberdade. Segundo ele, o problema da sua geração, nos anos 20 do século passado, foi abdicar em demasia da liberdade em favor da segurança. No nosso século Zygmunt Bauman pronunciava-se em termos opostos, considerando que se estaria a privilegiar excessivamente a liberdade, descuidando a segurança.

É evidente que, na colisão entre o direito à liberdade e o direito à segurança, a privação daquele que é um direito fundamental deverá acontecer apenas quando for absolutamente necessária e proporcional na finalidade de garantir um nível de segurança que, a não existir, colocaria em risco bens jurídicos de valor igual ou superior. Igualmente é certo que apenas num mundo ideal é possível a quimera de direitos fundamentais do indivíduo sem quaisquer limites impostos pelo facto de viver em sociedade.

2. Surge o breve excuro que antecede como tentativa de desenhar os contornos entre os quais se move a questão dos metadados. Efectivamente, em 19 de Abril de 2022 o Tribunal Constitucional proclamou a inconstitucionalidade da norma que permitia a conservação e a transmissão dos dados que tinham por finalidade exclusiva a investigação, detecção e repressão de crimes graves por parte das autoridades competentes.

Não é este o momento, ou o espaço, para uma apreciação crítica de uma decisão que, com uma inusitada anuência, operou uma interpretação apressada de decisões do Tribunal de Justiça das Comunidades, omitindo o diferente contexto normativo da

lei pátria e aplicando o princípio da proporcionalidade com base numa perspectiva de duvidosa constitucionalidade.

A polémica sobre a relevância daquelas decisões do TJUE relativas à admissibilidade da conservação global de metadados ou, mais especificamente, dos dados de tráfego e localização das comunicações electrónicas, é transversal aos países que integram a comunidade europeia.

Muitos, como é o caso de Espanha ou Itália, pura e simplesmente ignoram as decisões jurisdicionais comunitárias. Outros tentam contorná-las por apelo a conceitos como o de “segurança nacional” ou “identidade constitucional”, como é o caso de França. Alguns oscilam entre a alteração da lei nacional e o subtil recado de que não podem admitir que o Tribunal de Justiça da Comunidade coloque em causa princípios base de segurança num Estado de Direito.

Por seu turno os chefes das polícias investigação criminal da Europa, na declaração de Lisboa de 30 de Março alertam, além do mais, para a circunstância de a ausência de um regime de Conservação de Dados da UE relativo aos dados de tráfego e localização, afectar não só o cumprimento das suas missões, mas toda a sociedade, com impacto em direitos, liberdades e garantias dos cidadãos e, conseqüentemente, no Estado de direito democrático, uma vez que alguns tipos de crimes só podem ser prevenidos e investigados caso seja permitida a conservação de dados sem conteúdo.

A conservação dos metadados não só constitui um elemento insubstituível de investigação como, também, a sua ausência torna tal investigação impossível em todos os crimes cujo conhecimento radica na comunicação electrónica (80 a 90 dos processos começa com um endereço IP).

No nosso país vários arguidos, nomeadamente em crimes de pornografia infantil, fogo posto ou de homicídio foram libertados e dezenas de processos criminais foram arquivados.

Por seu turno, para cerca de 5 mil organizações criminosas existentes na Europa as decisões do TJUE, impedindo a conservação de metadados, surgiram com uma nova aurora, assegurando uma impunidade com o aval dos meios tecnológicos que as mesmas organizações utilizam.

Importa aqui salientar que, ao falarmos de metadados, não estão em causa dados de conteúdo, como nas escutas telefónicas, que tocam o núcleo do direito à privacidade, mas somente de dados sobre outros dados, ou seja, aqueles permitem auxiliar na identificação, descrição e localização de informação.

Paradoxalmente a conservação dos mesmos dados de tráfego e localização é permitidas aos operadores de comunicações para efeitos da facturação.

Num mundo global, em que a criminalidade assume patamares cada vez mais densos graças ao recurso às mais modernas tecnologias, o retirar à investigação criminal um dos instrumentos mais eficaz que possui, e que convoca um baixo grau de

intensidade na afectação da privacidade ou da auto determinação informativa, é um paradoxo, para não falar num potencial suicídio em termos de segurança.

Aliás, acrescente-se que o apelo aos mesmos dados pode constituir o suporte da demonstração da inocência de um arguido.

Um ano e meio decorreu sobre aquela decisão e, não obstante a importância da questão, o Parlamento não conseguiu ainda o consenso necessário para produzir uma lei que consiga estancar as brechas abertas no edifício da investigação criminal.

Como afirmava Séneca “Quando se navega sem destino, nenhum vento é favorável!”

II-

1-

PROPOSTAS.

Como afirma o Cons. Lino Ribeiro no seu voto de vencido no Acórdão 268/2022 do Tribunal Constitucional, “o legislador nacional optou por criar um

quadro normativo que vai muito para além da Diretiva, prevendo um regime processual específico nesta matéria, nomeadamente quanto à segurança e acesso aos dados armazenados. De modo que as principais objeções que o TJUE colocou à Diretiva e que foram determinantes no juízo sobre a violação do princípio da proporcionalidade, como a inexistência de critérios objetivos da duração da conservação de dados, a criação de mecanismos de segurança e proteção eficaz dos dados e o estabelecimento de garantias de acesso das autoridades a essas informações, não podem ser apontadas à Lei n.o 32/2008.”

Não tendo sido este o entendimento vencedor importa criar um novo regime congruente com as exigências do Tribunal Constitucional. Sem

2-

mais delongas, porque é notório o desequilíbrio gerado por essa decisão e, sobretudo, pelas sequelas que gerou ao nível das decisões de primeira instância subsequentes, entre os valores da Liberdade e da Segurança que são corolário dos Estados de direito democráticos.

3- Como afirmámos no debate realizado em Coimbra no dia 3 de Julho, o novo regime de conservação e acesso aos metadados gerados pelas comunicações eletrónicas deverá ser desenhado à luz da Lei 32/2008, levando em conta as exigências formuladas pelo Acórdão do TC na esteira da jurisprudência do TJUE. Assim, de forma esquemática, propõe-se concretamente o seguinte:

3.1.- Rejeitado, por desproporcional, o prazo de um ano para a conservação dos dados gerados, deve ser previsto um novo prazo, de mais curta duração mas que não inviabilize o efeito útil que dele pode ser retirado em matérias de prevenção e investigação criminal. Parece-nos totalmente razoável o prazo de seis meses já previsto na Lei 41/2004 para a conservação tendente à cobrança dos débitos dos clientes por parte das operadoras de telecomunicações.

3.2.- Deve consagrar-se a obrigação de esses dados serem conservados em território da União Europeia, de modo a que a sua conservação possa ser fiscalizada por uma entidade independente.

3.3.- Devem ser expressamente proibidas operações de cruzamento desses dados ou de quaisquer outros aptos ao “*profiling*” dos seus titulares.

3.4.- O acesso a esses dados deve ser limitado a pedidos formulados, no âmbito de um processo de natureza penal, por um juiz, mediante promoção do Ministério Público.

3.5.- O acesso a esses dados deve ser limitado à prevenção ou investigação de crimes graves de um catálogo aproximado ao da Lei 32/2008, incluindo a localização geográfica dos autores ou vítimas desses crimes.

3.6.- Deve ser prevista a obrigação de as autoridades judiciárias comunicarem o acesso ao titular dos dados quando não haja já prejuízo para a prevenção ou investigação criminal.

3.7.- Deve ser prevista a obrigação de informação prévia, no momento de celebração do contrato, ao cliente da operadora relativamente à possibilidade de virem os dados conservados a ser acedidos para efeitos de prevenção ou investigação criminal, nos termos que vierem a ser consagrados. Não deve ser admitida a possibilidade de “*opting out*”, sob pena de se frustrar o efeito útil das medidas.

Coimbra, 10 de Julho de 2023

Euclides Dâmaso, José Santos Cabral



20

SOBRE
A SEDES

A SEDES é uma das mais antigas associações cívicas portuguesas, operando, desde 1970, como um “think tank” independente comprometido em pensar Portugal ao centro. A sua missão é promover o desenvolvimento social e económico do país, através de contributos especializados e plurais em vários setores das políticas públicas.

23