

Portugal manteve lei que violava direito europeu durante nove anos: onze perguntas e respostas para entender o imbróglio dos metadados

URL:

<https://expresso.pt/sociedade/justica/2023-03-01-Portugal-manteve-lei-que-violava-direito-europeu-durante-nove-anos-onze-perguntas-e-respostas-para-entender-o-imbroglio-dos-metadados-2f6b5c7a>

Será que depois do "caso" de Tancos, há uma revisão de casos já julgados? E as polícias o que dizem dos metadados? O Governo vai atuar? Conheça tudo o que precisa de saber sobre a legislação dos metadados

A anulação de parte das condenações do julgamento do desvio de armas do quartel de Tancos é apenas a ponta mais mediática de um emaranhado jurídico que envolve acórdãos de Tribunal Constitucional e Tribunal de Justiça da UE, processos de tribunal com apreciações diferentes e queixas de Ministério Público e Polícias que recordam que os metadados agora considerados inconstitucionais são decisivos para a investigação criminal. É este o cenário que a proposta de lei do Governo terá de superar quanto antes, para recuperar do atraso de quase nove anos face ao primeiro acórdão que o mais alto Tribunal da UE ditou sobre a matéria. Tire todos as dúvidas sobre o imbróglio dos metadados.

Porque é que o Tribunal da Relação de Évora considerou o julgamento de Tancos nulo?

A decisão do Tribunal da Relação de Évora tem por base um acórdão do Tribunal Constitucional (TC) de abril de 2022 que considerou nulos dois artigos da lei 32/2008 que, por sua vez, resulta da transposição de uma diretiva europeia. Com esta decisão a condenação de 11 de 23 arguidos ficou anulada.

O que tem a lei 32/2008 de errado?

A lei 32/2008 tem por base a diretiva 2006/24/CE que já foi considerada inválida por um acórdão do Tribunal de Justiça da UE em 2014 - e que, do ponto de vista legal, é como se tivesse deixado de existir. Depois do acórdão do TJUE, os vários estados-membros iniciaram os trabalhos para a alteração das leis que derivavam da diretiva - mas Portugal manteve-se como exceção e não alterou a lei, apesar dos alertas e das iniciativas assumidas publicamente pela Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd).

"Muitos países eliminaram as leis que resultavam da transposição da diretiva 2006/24/CE ou até acabaram com a possibilidade de conservação dos dados. Outros países optaram por fazer ajustes às leis que já tinham em vigor", descreve Luís Neto Galvão, especialista em temas de privacidade e tecnologias da SRS Legal que tem levado a cabo trabalho com várias entidades internacionais nesta área. "Em 2014, já era evidente que o Governo tinha de alterar a lei, porque a que estava em vigor não funcionava", acrescenta o advogado. Uma lei que se mantém em vigor para lá da diretiva que lhe deu origem não é forçosamente ilegal, mas é incomum. "O facto de a diretiva ter sido invalidada não significa que formalmente a legitimidade da lei portuguesa (32/2008) acabou. Mas na substância sabe-se que a lei consagra algo que foi invalidado pelo TJUE", explica Eduardo Santos, dirigente da Associação de Defesa de Direitos Digitais (D3) que teve um papel determinante para a declaração de inconstitucionalidade de parte da lei 32/2008.

Entre os motivos que levaram o TJUE a considerar a inválida a diretiva 2006/24/CE destaca-se a retenção e conservação de metadados de todos os clientes, por parte dos operadores, num período de

seis meses a dois anos, para efeitos de hipotética investigação criminal no futuro. Ao transpor essa diretiva, a lei 32/2008 definiu que operadores como Meo, Nos ou Vodafone deveriam manter em repositórios específicos os metadados relativos às comunicações dos respetivos clientes durante um ano. Em 2014, o TJUE justifica a invalidação da diretiva com uma "ingerência" classificada de "grave" nos direitos dos cidadãos que estão consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da UE. Talvez sem saber, o coletivo de juizes sediado no Luxemburgo, deu início a algo que pode abrir um potencial um conflito entre direito europeu e Constituição Portuguesa, mantendo por pano de fundo um cenário complexo que tanto remete para a necessária compatibilidade de artigos entre legislações nacionais e comunitárias, como também levanta questões relativamente ao primado do Direito Europeu sobre o Nacional ou sobre o facto de a UE não ser uma federação e, como tal, haver dúvidas se um Tribunal Constitucional (de Portugal ou de outro estado-membro) tem de seguir na totalidade todas as decisões vindas do TJUE.

O roubo de armamento em Tancos vai ter novos acórdão de condenação

Nuno Botelho

O julgamento de Tancos volta ao início?

Não. Apenas é exigida a redação de novas condenações. A decisão da Relação de Évora remeteu o caso para a primeira instância, no Tribunal de Santarém, que agora terá de redigir novo acórdão e determinar condenações para os arguidos sem os metadados que foram recolhidos ao abrigo dos artigos inconstitucionais da lei 32/2008. O que implica o uso de meios de prova alternativos - ou inviabiliza eventuais condenações, ou até absolvições que tenham sido garantidas através desses metadados.

O que são metadados?

Os metadados devem o nome ao facto de agruparem informação descritiva da forma como se processam as comunicações, mas não revelarem o conteúdos das comunicações. Exemplo: Francisca liga a Francisco por telemóvel. Neste cenário, os metadados conservados pelos operadores podem dizer respeito à hora e duração da chamada, números de telefone, tipologias de equipamentos e respetivos identificadores, bem como indicadores das antenas móveis usadas, para efeitos de localização. Se Francisco e Francisca forem investigados pelas atividades que levam a cabo na Internet, os metadados previstos pela lei 32/2008 podem também contemplar endereços de Protocolo Internet (IP) usados em sites e equipamentos. Nestes dados não pode constar informação extraída da conversa entre Francisca e Francisco - pois essa já exige mandado judicial específico para escuta ou interceção de comunicações, que é regulamentada por legislação diferente. Eduardo Santos não tem muitas dúvidas: a lei 32/2008 permite "a recolha de dados de todos os cidadãos como se fossem todos criminosos, até prova em contrário".

Os metadados são úteis para quê?

Desde 2014 que Ministério Público e Polícias portuguesas se insurgem, oficiosamente e oficialmente, contra o fim da recolha e manutenção de repositórios de metadados. Essa posição viria a alcançar o auge em maio, com o envio por parte da Procuradoria Geral da República, de um requerimento assinado por Lucília Gago, que lidera os magistrados do Ministério Público, a solicitar ao Tribunal Constitucional a nulidade do acórdão sobre a lei 32/2008. O TC rejeitou o requerimento e reiterou que a PGR não tem legitimidade para solicitar essa nulidade. Quem anda no terreno dificilmente se conforma com a decisão do TC: "Os metadados são extremamente importantes, porque servem de elementos de prova (durante investigações e julgamentos de crimes ou ilícitos)", explica Carla Pinto, presidente da Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária (ASFIC). A investigadora da PJ garante que as polícias apenas acedem aos metadados para investigar suspeitos, e recorda que as decisões do TC acabaram por gerar "incerteza sobre como podem ser desenvolvidas as investigações". Carla Pinto recorda ainda que, depois da decisão do TC, a aceitação de metadados nos vários tribunais tem variado consoante o entendimento de cada juiz. O que confirma que o caso de Tancos é apenas um dos desfechos possíveis perante a combinação de leis e jurisprudência da atualidade. "É importante que o poder legislativo faça o seu trabalho. Esta situação está a obstar ao normal desenvolvimento das investigações. Precisamos de saber em concreto o que é possível ou não

ser usado como meio de prova", alerta Carla Pinto. "Não se compreende todos estes meses de atraso", acrescenta a sindicalista numa alusão ao período após o acórdão de abril do TC.

Há mais casos com desfecho similar ao de Tancos?

Há notícias e relatos que dão conta de que não há atualmente uma uniformidade de critérios entre os juízes que têm de apreciar a validade dos metadados durante os julgamentos. Pelo que tudo leva a crer que Tancos não é caso único - e não será de estranhar que muitos outros casos possam até recorrer ao Tribunal Constitucional para reverter eventuais condenações.

O que vai fazer o Governo?

No início de 2023, o Governo fez chegar ao Parlamento uma proposta de lei para regular o uso dos metadados - e revogar a lei 32/2008. "Não sendo possível que a lei determine 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 dados que hoje já são conservados, para efeitos de faturação, pelas empresas que oferecem redes e ou serviços de comunicações eletrónicas", explica o preâmbulo da proposta de lei trabalhada pelo gabinete de Catarina Sarmento e Castro, atual ministra da Justiça. Além do recurso às bases de dados que os operadores mantêm para fins comerciais, a proposta de lei restringe o uso dos metadados à investigação de cibercrimes (ou previstos pela Lei do Cibercrime de 2009), ou crimes que recorrem a meios informáticos e que são puníveis com mais de um ano de pena. A redação da proposta pelo Governo também recorre ao Código do Processo Penal para obrigar polícias e procuradores a solicitar mandados de juízes para aceder a metadados. Ao mesmo tempo que defende a revogação da lei 32/2008, a proposta governamental atualiza a lei 41/2004, da privacidade das telecomunicações, já prevendo a inclusão de metadados com indicações de data, duração das comunicações, ou elementos identificadores dos equipamentos, que passam a ser recolhidos pelos operadores para efeitos comerciais - e, se a proposta de lei for aprovada como está, para investigação criminal após mandado de juiz.

A nulidade de parte da lei 32/2008 pode ter efeitos retroativos para quem já foi julgado ou condenado?

Esta é a mais bicuda das questões - tanto do ponto de vista prático, como da apreciação à luz da Constituição da República Portuguesa que prevê a salvaguarda dos casos que já transitaram em julgado, mas também admite o primado do Direito Europeu. Só que estas duas disposições têm também exceções. Segundo os juristas, o primado do Direito Europeu não prevalece sobre a Constituição Portuguesa quando se trata de apreciar os princípios básicos do Estado de Direito Democrático. A este fator acresce mais um dado: a UE não é uma federação e o TJUE não é um tribunal federal, apesar de a Carta dos Direitos Fundamentais da UE ter valor de tratado e funcionar a lei suprema da UE. Resultado: os acórdãos do TJUE são vinculativos, mas são os "tribunais constitucionais" dos estados-membros que decidem o que é ou não inconstitucional tendo em conta a legislação de cada país .

"Só o Tribunal Constitucional tem competência para declarar uma inconstitucionalidade durante uma fiscalização sucessiva abstrata", explica Raquel Brízida Castro, constitucionalista e professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. A Constituição Portuguesa defende a salvaguarda dos casos que já transitaram em julgado - mas o acórdão do TJUE defende a possibilidade de reanálise desses casos. O que levanta uma situação de potencial conflito entre lei nacional e comunitária bem como entre TC e TJUE. A Constituição Portuguesa impede a revisão de processos já julgados, mas admite a exceção em casos que possam revelar-se mais favoráveis para os condenados. "Só que o Tribunal Constitucional não se pronunciou sobre essa possibilidade (depois do acórdão de abril)", recorda Raquel Brízida Castro.

David Silva Ramalho, coordenador da equipa que lida com a área criminal da sociedade de advogados Morais e Leitão, recorda que parte dos juristas considera a conservação e a retenção de dados descritivos de comunicações inconstitucional na totalidade, enquanto outra parte defende que pode continuar a ser feita, se não superar a duração dos seis meses e for aplicada aos repositórios que

operadores usam para controlo de faturação. O advogado admite ainda que tanto juízes como Ministério Público passem a ter em conta resultados produzidos em sentenças e acusações, sem uso das provas que derivam dos metadados, mas acredita que não haverá anulação de penas ou julgamentos. "A declaração de inconstitucionalidade (de parte da lei 32/2008), em princípio, não afeta o caso julgado. Poderia afetar se o Tribunal Constitucional assim tivesse decidido. Não o tendo feito, em princípio apenas poderá afetar os processos não transitados", conclui David Silva Ramalho.

E porque é que a lei 32/2008 não foi alterada ou anulada nos últimos nove anos?

A pergunta vale um jackpot político - e mantém os holofotes nos titulares da pasta da Justiça do final do Governo da coligação PSD/CDS, que terminou em 2015, mas reserva a fatia maior de responsabilidade para os ministros da Justiça dos três últimos governos liderados pelo PS. Já depois do acórdão que o TJUE lançou em abril de 2014, o gabinete de Francisca van Dunem, antiga ministra da Justiça, respondeu à Exame Informática, em 2015, que a lei 32/2008 era compatível com o acórdão do TJUE, pois a retenção e conservação dos metadados ocorre para a finalidade exclusiva de investigação, deteção e repressão de crimes graves e mediante despacho fundamentado do juiz, salvaguardando os direitos à proteção de dados e de privacidade consagrados na Constituição da República. E foi com base neste entendimento que a lei 32/2008, já "órfã" da diretiva que lhe deu origem, se manteve em vigor e inalterada até abril de 2022.

O que mudou em 2022?

Em abril 2022, o Tribunal Constitucional divulgou um acórdão que considerava nulos os artigos da lei 32/2008 que previam a recolha e conservação de dados durante um ano. A decisão aplica, finalmente, ao quadro legislativo nacional o que já tinha sido preconizado pelo acórdão do TJUE de 2014. "Tudo isto é muito grave. Aquilo que deveria ser feito pelo Governo acabou por ser feito pelo Tribunal Constitucional em defesa de todos nós", defende Luís Neto Galvão. A associação D3 terá feito análise similar à do advogado: no final de 2017 apresenta uma queixa na Provedoria de Justiça que faz um relatório sobre as diferentes práticas e implicações da lei 32/2008 e, de seguida, envia uma recomendação de alteração da lei para Governo e Assembleia da República. Perante a inexistência de alterações na lei, Maria Lúcia Amaral, provedora de Justiça, decide mais tarde pedir a fiscalização da lei ao Tribunal Constitucional que, em abril de 2022, considera que o artigo 4º da lei, que permite a recolha de metadados não pode ser usado em conjugação com o artigo 6º que prevê a conservação dos dados por um ano. Na sequência do acórdão, a CNPD passa a recomendar aos operadores que passem a eliminar os metadados guardados para efeitos de eventual investigação criminal. Antes de o TC se pronunciar, o trabalho levado a cabo pela Provedoria de Justiça revelou que, desde 2017, que a CNPD já tinha deixado de monitorizar os repositórios dos operadores, para poder levar à prática o espírito do acórdão do TJUE que considerou a diretiva 2006/24/CE inválida.

E os dados de faturação?

O acórdão do Tribunal Constitucional não aplica limitações aos repositórios que os diferentes operadores que podem manter estes dados descritivos das comunicações durante um máximo de seis meses. "As polícias podem solicitar um despacho de um juiz para terem acesso a esses dados conservados pelos operadores", aponta Luís Neto Galvão, como alternativa ao fim dos repositórios de investigação criminal que eram mantidos durante um ano, ao abrigo da lei 32/2008.

Há 14 minutos11:0328.02.202328.02.2023Há 14 minutosHá uma horaHá uma horaHá uma hora

Hugo Séneca