

Declaração



Declaração 2/2021 sobre o novo projeto de disposições do segundo protocolo adicional à Convenção do Conselho da Europa sobre o Cibercrime (Convenção de Budapeste)

Adotada em 2 de fevereiro de 2021

Translations proofread by EDPB Members.
This language version has not yet been proofread.

O Comité Europeu para a Proteção de Dados adotou a seguinte declaração:

Observações preliminares e contexto da declaração do CEPD

O Comité Europeu para a Proteção de Dados (CEPD) e as autoridades de proteção de dados na UE acompanham de perto o desenvolvimento do segundo protocolo adicional à Convenção de Budapeste e contribuíram com regularidade para a consulta realizada pelo Conselho da Europa, incluindo no âmbito da «Conferência Octopus» anual. Em novembro de 2019, o CEPD publicou igualmente o seu mais recente contributo para a consulta relativa ao projeto de segundo protocolo adicional¹, indicando que continuava disponível para fornecer contributos adicionais e apelou a uma participação precoce e mais proativa das autoridades de proteção de dados na preparação destas disposições específicas, a fim de assegurar uma compreensão e uma consideração ideais das garantias em matéria de proteção de dados².

No seguimento da publicação do novo projeto de disposições do segundo protocolo adicional à Convenção de Budapeste³, o CEPD pretende, por conseguinte, apresentar uma vez mais um contributo especializado e construtivo, a fim de assegurar que as considerações em matéria de proteção de dados são devidamente tidas em conta no processo geral de redação do protocolo adicional, tendo em conta

¹ https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpbcontributionbudapestconvention_en.pdf.

² O CEPD mantém as posições e recomendações expressas nesse contributo anterior e considera ser pertinente reafirmar princípios fundamentais à luz dos desenvolvimentos mais recentes e do novo projeto de disposições publicado.

³ <https://www.coe.int/en/web/cybercrime/-/towards-a-protocol-to-the-convention-on-cybercrime-additional-stakeholder-consultations>.

que as reuniões dedicadas à preparação do protocolo adicional são realizadas em sessões à porta fechada e que o mandato do T-CY não prevê a participação direta das autoridades de proteção de dados no processo de redação⁴.

Além disso, o CEPD considera que as disposições supramencionadas são suscetíveis de afetar as condições substantivas e processuais do acesso aos dados pessoais na UE, incluindo em resultado de pedidos recebidos de autoridades de países terceiros, repercutindo-se igualmente, por conseguinte, nos debates em curso a nível da UE e nas iniciativas legislativas conexas que estão atualmente a ser consideradas pelos legisladores⁵. Por conseguinte, o CEPD apela à Comissão Europeia e ao Parlamento Europeu, bem como aos Estados-Membros da UE e aos parlamentos nacionais, que assegurem que as negociações em curso são objeto de um controlo cuidadoso, de modo a garantir a plena coerência do segundo protocolo adicional previsto com o acervo da UE, em especial no domínio da proteção de dados pessoais.

O acesso aos dados pessoais entre diferentes jurisdições já foi abordado pelas autoridades de proteção de dados da UE em várias posições e pareceres e o CEPD pretende recordar uma vez mais, em especial, as observações do Grupo de Trabalho do Artigo 29.º relativas à questão do acesso direto por parte das autoridades de aplicação da lei de países terceiros aos dados conservados noutra jurisdição, tal como proposto nos elementos do projeto para um protocolo adicional à Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime⁶, bem como a sua declaração relativa à proteção de dados e aos aspetos em matéria de privacidade do acesso transfronteiriço às provas eletrónicas⁷. A Autoridade Europeia para a Proteção de Dados emitiu o Parecer 3/2019 relativo ao mandato para a participação da Comissão nas negociações⁸, bem como o Parecer 7/2019 sobre as Propostas relativas às Ordens Europeias de Entrega ou de Conservação de provas eletrónicas em matéria penal⁹. Tais contributos baseiam-se igualmente no Parecer 23/2018 do CEPD sobre as propostas da Comissão relativas às ordens europeias de entrega ou de conservação de provas eletrónicas em matéria penal¹⁰.

O CEPD continua plenamente consciente de que as situações nas quais as autoridades judiciais e de aplicação da lei são confrontadas com uma «situação transfronteiriça» no que diz respeito ao acesso aos dados pessoais no âmbito das suas investigações podem ser uma realidade desafiante e reconhece o objetivo legítimo de reforçar a cooperação internacional em matéria de cibercrime e de acesso à

⁴ «*Terms of Reference for the Preparation of a Draft 2nd Additional Protocol to the Budapest Convention on Cybercrime*» (Mandato para a preparação de um 2.º protocolo adicional à Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime), aprovado pela 17.ª sessão plenária do T-CY, em 8 de junho de 2017, T-CY (2017)3.

⁵ Em especial, mas não exclusivamente, os debates sobre as propostas da Comissão relativas às ordens europeias de entrega ou de conservação de provas eletrónicas em matéria penal.

⁶ «*Article 29 Working Party's comments on the issue of direct access by third countries' law enforcement authorities to data stored in other jurisdiction, as proposed in the draft elements for an additional protocol to the Budapest Convention on Cybercrime*» (Observações do Grupo de Trabalho do Artigo 29.º relativas à questão do acesso direto por parte das autoridades de aplicação da lei de países terceiros aos dados conservados noutra jurisdição, tal como proposto nos elementos do projeto para um protocolo adicional à Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime), 5/12/2013.

⁷ «*WP29 statement on data protection and privacy aspects of cross-border access to electronic evidence*» (Declaração do Grupo de Trabalho do Artigo 29.º relativa à proteção de dados e aos aspetos em matéria de privacidade do acesso transfronteiriço às provas eletrónicas), 29 de novembro de 2017.

⁸ «*EDPS opinion 3/2019 regarding the participation in the negotiations in view of a Second Additional Protocol to the Budapest Cybercrime Convention*» (Parecer 3/2019 da AEPD relativo à participação nas negociações tendo em vista um segundo protocolo adicional à Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime).

⁹ «*EDPS opinion 7/2019 on proposals regarding European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters*» (Parecer 7/2019 da AEPD sobre as propostas relativas às ordens europeias de entrega ou de conservação de provas eletrónicas em matéria penal).

¹⁰ Parecer 23/2018 do CEPD, adotado em 26 de setembro de 2018, sobre as propostas da Comissão relativas às ordens europeias de entrega ou de conservação de provas eletrónicas em matéria penal.

informação. Paralelamente, o CEPD reitera que a proteção dos dados pessoais e a segurança jurídica devem ser garantidas, contribuindo desse modo para o objetivo de estabelecer modalidades sustentáveis de partilha de dados pessoais com países terceiros para efeitos de aplicação da lei, que sejam plenamente compatíveis com os Tratados da UE e com a Carta dos Direitos Fundamentais da UE. Além disso, o CEPD considera essencial que a preparação do protocolo adicional esteja em consonância com os valores e princípios fundamentais do Conselho da Europa e, em especial, com os direitos humanos e o Estado de direito.

No que diz respeito ao «acesso transfronteiriço a dados informáticos armazenados», na aceção do artigo 32.º, alínea b), da Convenção de Budapeste, o CEPD reafirma, em especial, que um responsável pelo tratamento de dados normalmente só pode divulgar os dados mediante apresentação prévia de uma autorização/mandado judicial ou de qualquer documento que justifique a necessidade do acesso aos dados e que descreva a base jurídica pertinente para esse acesso, apresentado por uma autoridade de aplicação da lei nacional de acordo com o respetivo direito interno, que especifica a finalidade para a qual os dados são necessários.

Dado que a Convenção de Budapeste e qualquer um dos respetivos protocolos adicionais são instrumentos internacionais vinculativos, o CEPD salienta que, em consonância com a jurisprudência do TJUE, «as obrigações impostas por um acordo internacional não podem ter por efeito a violação dos princípios constitucionais do Tratado CE, entre os quais figura o princípio segundo o qual todos os atos comunitários devem respeitar os direitos fundamentais, constituindo este respeito um requisito da sua legalidade»¹¹. Por conseguinte, é essencial que as partes da UE envolvidas nas negociações assegurem que as disposições estabelecidas no protocolo adicional cumprem o acervo da UE no domínio da proteção de dados, a fim de assegurar a sua compatibilidade com o direito primário e derivado da UE.

Tendo em consideração o calendário do processo de consulta, o presente contributo do CEPD centrar-se-á numa avaliação preliminar das disposições do novo projeto do segundo protocolo adicional à Convenção de Budapeste que não tenham sido já abordadas em consultas das partes interessadas:

- Equipas de investigação conjunta e investigações conjuntas;
- Divulgação acelerada de dados informáticos armazenados em caso de emergência;
- Pedido de informações de registo de nomes de domínio.

Uma vez mais, o CEPD compreende que as disposições específicas relativas à proteção de dados pessoais ainda estão a ser discutidas. O CEPD continua disponível para fornecer outros contributos e apela a uma participação precoce e mais proativa das autoridades de proteção de dados na preparação destas disposições específicas, a fim de assegurar uma compreensão e uma consideração ideais das garantias em matéria de proteção de dados.

Projeto de disposições transitórias relativas às equipas de investigação conjunta e investigações conjuntas (EIC) (artigo 3.º), ao pedido de informações de registo de nomes de domínio (artigo 6.º) e à divulgação acelerada de dados informáticos armazenados em caso de emergência (artigo 7.º)

Com base na sua avaliação preliminar, o CEPD recomenda uma análise aprofundada do projeto de disposições transitórias no que diz respeito aos elementos que se seguem.

¹¹ Ver os processos apensos C-402/05 P e C-415/05 P do TJUE, *Kadi* contra Conselho, ECLI:EU:C:2008:461, n.º 285.

O CEPD salienta que tanto os pedidos de informações de registo de nomes de domínio como de divulgação acelerada de dados informáticos armazenados em caso de emergência são pedidos não vinculativos e que os motivos de recusa de cumprimento do pedido não estão claramente definidos. Também não é clara a possibilidade de recorrer à legislação do Estado parte requerido para recusar tal cooperação, incluindo os motivos de recusa estabelecidos nos tratados de auxílio judiciário mútuo¹². A este respeito, o CEPD recorda que as condições em que os prestadores de serviços de comunicações eletrónicas ou a entidade que presta serviços de nomes de domínio têm de conceder esse acesso têm de estar previstas na lei, a fim de garantir que o tratamento se baseia num fundamento jurídico claro.

O CEPD remete ainda para o seu contributo anterior, a fim de reafirmar que, salvo em casos de urgência¹³ validamente estabelecidos e à luz da jurisprudência¹⁴ do TJUE, o CEPD considera que as únicas autoridades requerentes que devem poder emitir tal pedido devem ser um procurador, uma autoridade judicial ou outra autoridade independente. O CEPD considera igualmente que a participação sistemática das autoridades judiciais das partes requeridas é essencial para assegurar uma análise eficaz da conformidade dos pedidos face à Convenção e para preservar a aplicação do princípio da dupla incriminação no domínio da cooperação judicial.

A este respeito, o CEPD recorda que o princípio da dupla incriminação visa proporcionar uma garantia adicional para evitar que uma parte conte com a assistência de outra para aplicar uma sanção penal que não existe no direito desta outra parte. Para além de assegurar o respeito dos direitos das pessoas e um processo equitativo no âmbito do mecanismo previsto de cooperação judicial, tal garantia proporciona igualmente uma garantia essencial relativa às condições processuais para o acesso aos respetivos dados pessoais. Como já mencionado no seu anterior contributo, em relação à segurança do tratamento de dados, o CEPD convida o T-CY a ter em consideração, como uma garantia específica em matéria de proteção de dados, um mecanismo de notificação imediata de violações de dados que possam interferir gravemente com os direitos e liberdades dos titulares dos dados. De facto, as violações de dados pessoais podem ter uma série de efeitos adversos significativos para as pessoas em causa.

Em relação ao projeto de disposições transitórias relativas ao pedido de informações de registo de nomes de domínio, o CEPD salienta que tais informações incluem dados pessoais e que, por conseguinte, qualquer instrumento internacional que estabeleça condições substantivas e processuais para o acesso a tais dados deve estar em conformidade com o direito primário e derivado da UE, no caso das partes que sejam membros da UE.

Em relação ao projeto de disposições transitórias relativas à «divulgação acelerada de dados informáticos armazenados em caso de emergência» (artigo 7.º), o CEPD salienta que esta nova disposição pode implicar a divulgação direta de dados de conteúdo, dependendo da sua aplicação por cada uma das partes. O CEPD salienta igualmente que o Estado parte requerido pode exigir, após a divulgação dos dados, que seja apresentado um pedido adequado de assistência mútua (artigo 7.º, n.º 5). Todavia, neste último caso não existe qualquer compromisso das partes no protocolo previsto no que se refere ao apagamento dos dados ou à sua não utilização como prova, caso, com base nas informações suplementares obtidas a partir do pedido adequado de assistência mútua, as autoridades requeridas concluam que não foram reunidas as condições para a divulgação dos dados. Por

¹² Por exemplo, o projeto de artigo 6.º, n.º 2, refere-se a «condições razoáveis previstas pelo direito interno».

¹³ O CEPD salienta que a noção de emergência é referida na aceção do n.º 1 do projeto de disposição relativa à assistência mútua de emergência e considera que o âmbito de tal situação pode ser objeto de um maior esclarecimento e enquadramento.

¹⁴ Ver os processos apensos C-203/15 e C-698/15 do TJUE, *Tele2 Sverige AB*, ECLI:EU:C:2016:970, n.º 120.

consequente, as consequências jurídicas para os dados divulgados, uma vez chegados ao país requerente, parecem ser inteiramente deixadas ao critério do direito interno desse país. A falta de compromisso a nível do protocolo implica, por conseguinte, o risco de retirar a esta disposição qualquer efeito de proteção do tratamento dos dados pessoais já divulgados.

Finalmente, o CEPD sublinha o requisito previsto no artigo 52.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da UE¹⁵, segundo o qual qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela Carta deve observar o princípio da proporcionalidade e só pode ser introduzida se for necessária. Por conseguinte, para que seja lícito nos termos do direito da UE, o projeto de disposições do protocolo previsto tem de cumprir este requisito, tanto no que se refere aos dados pessoais incluídos no pedido, como aos incluídos na resposta a tal pedido. **Por conseguinte, o CEPD manifesta-se especialmente apreensivo, em relação a esta disposição, com a redação do projeto de artigo 6.º, n.º 3, alínea c), e do n.º 13 do projeto de relatório explicativo, que parecem implicar que os países terceiros requerentes que são partes no protocolo previsto podem não estar vinculados ao cumprimento do princípio da proporcionalidade quando enviam pedidos a um Estado-Membro da UE.** Além disso, não há total clareza a respeito da possibilidade, nos termos destas disposições, de invocar o princípio da proporcionalidade como motivo de recusa.

Também não é claro se as partes estariam vinculadas às obrigações de assegurar, no contexto do protocolo previsto, as condições e garantias estabelecidas no artigo 15.º da Convenção de Budapeste¹⁶. **O CEPD recomenda que se esclareça que as obrigações estabelecidas nos termos do artigo 15.º da Convenção de Budapeste são também plenamente aplicáveis no contexto desta cooperação transfronteiriça.**

Disposições relativas a garantias em matéria de proteção de dados

O CEPD considera essencial que o texto provisório divulgado ao público seja complementado por disposições específicas relativas às garantias em matéria de proteção de dados, que devem posteriormente ser avaliadas juntamente com outras disposições, a fim de assegurar que o projeto de protocolo adicional se traduz num acordo sustentável para a partilha de dados pessoais com países terceiros para efeitos de aplicação da lei, plenamente compatível com os Tratados da UE e com a Carta dos Direitos Fundamentais da UE.

Ao estabelecer condições processuais para o acesso aos dados pessoais, o projeto de disposições transitórias relativas ao pedido de informações de registo de nomes de domínio e à divulgação acelerada de dados informáticos armazenados em caso de emergência poderá já ter impacto no nível de proteção dos dados pessoais, podendo igualmente carecer de alteração, a fim de assegurar a aplicação operacional de garantias adequadas em matéria de proteção de dados. **A este respeito, o CEPD gostaria de salientar uma vez mais a necessidade de que as garantias em matéria de proteção de dados sejam aplicáveis a qualquer intercâmbio de dados pessoais no contexto do protocolo previsto¹⁷, incluindo em relação à transferência de dados pessoais¹⁸.**

O CEPD considera que as disposições específicas relativas às garantias em matéria de proteção de dados devem refletir princípios fundamentais e, em especial, a licitude, a equidade e a transparência, a limitação da finalidade, a minimização dos dados, a exatidão, a limitação da conservação, a integridade e a confidencialidade. De igual modo, o CEPD gostaria de salientar a importância de

¹⁵ Ver igualmente o artigo 8.º, n.º 2, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

¹⁶ Ver, nomeadamente, o artigo 6.º, n.º 4, entre parênteses.

¹⁷ O artigo 6.º, n.º 4, parece limitar a aplicação das garantias, bem como do artigo 15.º da Convenção, unicamente às informações divulgadas e não aos dados pessoais incluídos no pedido.

¹⁸ De acordo com o n.º 9 do projeto de relatório explicativo, esta última disposição só pode/deve ser aplicável a transferências de dados pessoais no âmbito de equipas de investigação conjunta.

assegurar os direitos fundamentais das pessoas (acesso, retificação, apagamento), devendo as eventuais restrições respeitar o princípio da proporcionalidade e de vias efetivas de recurso judicial para os titulares dos dados, em caso de violações das garantias em matéria de proteção de dados. O exercício destes direitos exige igualmente a notificação do titular dos dados, desde que tal já não coloque a investigação em risco. Estes princípios, direitos e obrigações estão igualmente em conformidade com a versão atualizada da Convenção do Conselho da Europa para a proteção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de carácter pessoal (Convenção 108+), na qual muitas das partes na Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime são igualmente partes. Em conformidade com a Convenção 108+, tais princípios, direitos e obrigações devem aplicar-se a todas as autoridades da parte requerente que tratem dados, a fim de assegurar a continuidade da proteção. **Para mais pormenores a respeito dos requisitos da UE nesta matéria, o CEPD remete para o seu contributo para a consulta pública de 2019¹⁹.**

O CEPD reitera a importância da participação das autoridades de proteção de dados no processo de redação do protocolo adicional e está preparado para contribuir e prestar assistência ao T-CY na preparação do texto provisório das disposições relativas às garantias em matéria de proteção de dados.

Pelo Comité Europeu para a Proteção de Dados

A Presidente

(Andrea Jelinek)

¹⁹ https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpbcontributionbudapestconvention_en.pdf.