

Birds flying high: A Diretiva (UE) 2016/681 e a proposta de Lei 137/XIII da Presidência do Conselho de Ministros

RICARDO RODRIGUES DE OLIVEIRA*

Resumo: Este texto dá a conhecer o desenvolvimento da Diretiva (UE) 2016/681 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativa à utilização dos dados dos registos de identificação dos passageiros (PNR) para efeitos de prevenção, deteção, investigação e repressão das infrações terroristas e da criminalidade grave. Em seguida, analisa-se a proposta de Lei do Conselho de Ministros para transposição deste texto para o ordenamento jurídico português, pois que o conhecimento desta legislação junto do público é ainda assaz incipiente. Contribui-se assim para refletir sobre as opções legislativas europeias e nacionais e sobre o seu impacto nos direitos e liberdades dos cidadãos.

Palavras-chave: *Diretiva (UE) 2016/681; PNR; aviação civil; dados pessoais*

Abstract: This text makes known the development of Directive (EU) 2016/681 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the use of passenger name record (PNR) data for the prevention, detection, investigation and prosecution of terrorist offences and serious crime. Then, it analyses the proposed legislation of the Council of Ministers for the transposition of this text into the Portuguese legal order, as the knowledge of this legislation by the public is still considerably incipient. This is thus a contribution to reflect on the European and national legislative choices and their impact on the rights and freedoms of citizens.

Keywords: *Directive (EU) 2016/681; PNR; civil aviation; personal data*

* Doutorando no Instituto Universitário Europeu (EUI), Investigador do Centro de Investigação em Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL) e Investigador da Jurisnova da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (FDUNL).

Introdução

Os meios de transporte de massas têm sido um alvo preferencial nos ataques terroristas em solo europeu. A aviação civil é disso exemplo cimeiro, sendo que são de realçar como mais recentes o plano falhado de um cidadão britânico de detonar explosivos de plástico escondidos nos seus sapatos num avião de Paris para Miami, a 22 de dezembro de 2001, o atentado abortado, de 9 de agosto de 2006, que pretendia detonar explosivos líquidos em vários voos transatlânticos entre o Reino Unido e os EUA e a tentativa de ataque a bordo de uma ligação entre Amesterdão e Detroit com explosivos de plástico escondidos na roupa interior de um passageiro nigeriano, a 25 de dezembro de 2009. Tendo sido planeados pela al-Qaeda, nenhum destes ataques se consumou.

Apesar da redução de ataques terroristas na Europa, boa parte destas atividades tem uma natureza transnacional e os agentes criminosos utilizam frequentemente a aviação civil para se deslocarem. Isto tem levado a um constante incremento na legislação e políticas de segurança nesta área. O mais recente exemplo disso na UE é a legislação em apreço neste artigo, a Diretiva (UE) 2016/681¹. O seu objetivo é a recolha e tratamento de registos de identificação dos passageiros (PNR na sigla em língua inglesa) de voos extra-UE² “para fins de prevenção, deteção, investigação e repressão das infrações terroristas e da criminalidade grave” (art. 1º).

Os dados PNR consistem em informações pessoais não verificadas disponibilizadas pelos clientes de serviços de transporte aéreo aquando dos processos de reserva e aquisição de voos. Os registos dos potenciais passageiros são recolhidos pelas companhias de aviação nos seus sistemas informáticos de reserva e controlo de partidas³ e são por elas utilizados para fins comerciais, nomeadamente marketing e gestão de passageiros frequentes. Alguns exemplos destas informações são as datas e itinerários das viagens,

¹ Diretiva (UE) 2016/681, relativa à utilização dos dados dos registos de identificação dos passageiros (PNR) para efeitos de prevenção, deteção, investigação e repressão das infrações terroristas e da criminalidade grave.

² Muito embora esteja prevista a extensão da sua aplicação a voos intra-UE nas legislações nacionais de transposição, nos termos do art. 2º.

³ Normalmente através de plataformas eletrónicas especializadas em reservas em massa, como o sistema Amadeus, disponível em <https://www.amadeus.net/home>. (acedido a 26/06/2018).

informações de contato, meios de pagamento e dados relativos às bagagens. Estes dados são mais completos que as informações antecipadas de passageiros (*Advance Passenger Information*)⁴, o conjunto de informações biométricas presentes na zona de leitura ótica dos passaportes e que se restringem, com algumas variações, ao nome, data e local de nascimento, sexo, número de identificação pessoal, altura e nacionalidade. Estes são verificados aquando do desembarque de voos provenientes de fora da União para controlo fronteiriço e combate à migração ilegal, sendo o sistema *Advance Passenger Information* uma espécie de ‘antecessor’ do PNR. Não obstante, a potencialidade de monitorização e o escopo de controlo⁵ deste sistema vão muito além do *Advance Passenger Information*, desde logo porque os “dados PNR são utilizados principalmente como uma ferramenta em matéria de informações criminais em vez de uma ferramenta de verificação da identidade”⁶.

A escolha deste tema deve-se à insuficiência de estudos sobre o PNR na literatura jurídica portuguesa⁷, especialmente relativos à Diretiva (UE) 2016/681 — a maioria dos trabalhos debruça-se sobre os acordos celebrados entre países terceiros e a União. Este texto está dividido em duas seções substantivas. A primeira dá a conhecer a Diretiva PNR, elucidando, em especial, sobre o seu contexto e o caminho percorrido pelas instituições europeias em termos legislativos e institucionais até à sua aprovação. Não há espaço para se fazer uma análise aturada dos diversos aspetos deste percurso ou sequer da Diretiva, preferindo-se antes um breve exame de alguns pontos essenciais que se ligam com a parte seguinte. O segundo trecho analisa a proposta nacional para transposição daquela legislação, realçando os pontos em que o texto português vai para além do europeu, e recorre aos pareceres requeridos pela AR a diversas entidades para

⁴ Reguladas pela Diretiva 2004/82/CE, relativa à obrigação de comunicação de dados dos passageiros pelas transportadoras.

⁵ Por exemplo, pelo tipo de crimes, voos afetados, a utilização dos dados para outros fins ser a exceção e não a regra ou ainda pelo período de retenção das informações API ser apenas de 24 horas.

⁶ Comunicação da Comissão sobre a abordagem global relativa à transferência dos dados do registo de identificação dos passageiros (PNR) para países terceiros (COM(2010) 492 final, 21.9.2010), p. 4.

⁷ Como apontou OLIVEIRA, Emellin. “O *Passanger Name Record* e a proteção de dados pessoais: Uma análise sobre a transferência da informação dos passageiros aos Estados”, *Anuário de Proteção de Dados*, 2018, p. 147-167.

apresentar algumas das críticas que podem ser assacadas a esta legislação no contexto do ordenamento jurídico português.

1. A Diretiva (UE) 2016/681

Com os ataques de 11 de setembro de 2001, os EUA decidiram renovar a sua legislação relativa à segurança no transporte aéreo, entrando, a par com outros países, numa espécie de “*deriva securitária*”⁸. Nos termos da seção 122.49b do *Code of Federal Regulations* e do art. 44909^o do *U.S. Code*, as companhias de aviação que operem voos com proveniência estrangeira que partam, aterrem ou passem pelos EUA devem transferir para a *Customs and Border Protection* do *Department of Homeland Security* os dados PNR dos passageiros transportados. As informações devem ser recolhidas a partir dos sistemas de reserva e transmitidas antes da partida dos aviões. Estes dados são processados pelos agentes da *Customs and Border Protection* para determinar que passageiros precisam de ser sujeitos a medidas adicionais de inspeção e controlo ou detidos no âmbito de uma investigação criminal.

1.1. *Pressões externas*

Perante a nova regulação norte-americana, a UE viu-se confrontada com uma situação complexa. Por um lado, a Diretiva 95/46/CE⁹ não previa esta transmissão de informações nem os acordos relativos ao nível de proteção adequado para transferências de dados pessoais entre a UE e os EUA¹⁰ criavam a base legal necessária para esta nova realidade. Por outro, as companhias aéreas preferiam violar as normas europeias em matéria de privacidade e partilha de dados pessoais a perderem direitos de aterragem e trânsito nos aeroportos norte-americanos.

Logo em junho de 2002, a Comissão avisou as autoridades dos EUA do conflito entre as novas exigências legislativas e o quadro legal

⁸ URBANO DE SOUSA, Constança. “Segurança *versus* privacidade: Breves notas a propósito do acordo UE-EUA sobre a transmissão de dados PNR (*Passenger Name Record*)”, *Themis*, ano XII, número 22/23, 2012, p. 51-65. Este texto é ainda útil pela maior densidade na análise cronológica dos acordos entre a UE e os EUA, em particular o de 2012, que se mencionará adiante.

⁹ Diretiva 95/46/CE, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

¹⁰ Decorrentes dos arts. 25^o ss. desta Diretiva.

européu¹¹ mas a situação arrastou-se algum tempo¹², até a Comissão encetar negociações para o estabelecimento de acordos internacionais que enquadrassem e acolhessem as obrigações das operadoras aéreas no panorama jurídico da União. Apesar do número crescente de países a recorrer a estes dados e a pedir a sua transmissão a companhias a atuar no espaço europeu¹³, a UE estabeleceu, até agora, acordos PNR com apenas 3 países terceiros: os EUA¹⁴, o Canadá¹⁵ e a Austrália¹⁶.

¹¹ De apontar ainda o Regulamento (CEE) 2299/89, relativo a um código de conduta para os sistemas informatizados de reserva, entretanto revogado pelo Regulamento (CE) 80/2009.

¹² Com significativa preocupação por parte das companhias aéreas visto que os EUA não abdicaram de impor penalidades àquelas que não cumprissem os requisitos de transmissão das informações a partir de 5 de março de 2003.

¹³ A 14 de julho de 2015, o chefe dos serviços administrativos fiscais do México, Aristoteles Nuñez, e o comissário europeu para as migrações, negócios internos e cidadania, Dimitris Avramopoulos, reuniram-se para lançar as negociações de um acordo PNR EU-México, resultando a reunião no *Joint statement: Beginning of negotiations between Mexico and the European Union on PNR data transmission* (STATEMENT/15/5374). Também a Nova Zelândia e a Coreia do Sul estão já a utilizar dados PNR e outros países têm vindo a adotar normas ou a testar a utilização deste sistema, como a África do Sul, a Arábia Saudita, o Japão e Singapura.

¹⁴ Acordo entre a União Europeia e os Estados Unidos da América sobre a transferência de dados contidos nos registos de identificação dos passageiros (PNR) pelas transportadoras aéreas para o Departamento da Segurança Interna dos Estados Unidos e sobre o tratamento dos dados em causa pelo mesmo departamento (Acordo PNR 2007) (JO L 204/18, 4.8.2007), entretanto substituído pelo Acordo entre os Estados Unidos da América e a União Europeia sobre a utilização e a transferência dos registos de identificação dos passageiros para o Departamento da Segurança Interna dos Estados Unidos (JO L 215, 11.8.2012).

¹⁵ Acordo entre a Comunidade Europeia e o Governo do Canadá sobre o tratamento dos dados relativos às informações antecipadas sobre os passageiros e aos registos de identificação dos passageiros (JO L 82/14, 21.3.2006). A revisão deste acordo em 2014 levou, porém, à sua suspensão pois que, no seguimento de um pedido de aprovação do texto pelo Conselho da União Europeia ao Parlamento Europeu, este pediu ao Tribunal de Justiça que se pronunciasse sobre a compatibilidade do acordo com o Direito da UE, nomeadamente com as normas relativas ao respeito pela vida privada e à proteção dos dados pessoais, e o Tribunal acabou por declarar que o acordo não podia ser concluído como estava por ser incompatível com direitos fundamentais reconhecidos na CDFUE, segundo o Parecer 1/15, 26 de julho de 2017 (2017/C 309/03, JO C 146, 4.5.2015).

¹⁶ Acordo entre a UE e a Austrália sobre o tratamento de dados originários da União Europeia contidos nos Registos de Identificação dos Passageiros (PNR) e a transferência desses dados pelas transportadoras aéreas para os serviços aduaneiros da Austrália (JO L 213/47,

Em 2003, foi apresentada uma comunicação da Comissão dirigida ao Conselho e ao Parlamento que definiu as bases para a atuação futura da UE relativamente aos dados PNR e, em particular, ao desenvolvimento das negociações com os EUA¹⁷. Um dos principais objetivos era (e mantém-se) a uniformização dos acordos e das políticas no âmbito da ação externa da UE através de critérios que “constituirão a base de negociações futuras sobre acordos PNR com países terceiros”¹⁸.

1.2. Harmonização do espaço comum

A criação de legislação para o mercado interno foi, porém, mais lenta que a celebração dos acordos internacionais. As iniciativas legislativas foram sendo justificadas com a pretensão de regular a utilização dos dados PNR entre os Estados-Membros, apesar do diminuto número de países a legislar internamente sobre esta matéria antes de 2016¹⁹. A primeira proposta

8.8.2008), entretanto substituído pelo Acordo entre a UE e a Austrália sobre o tratamento e a transferência de dados do registo de identificação dos passageiros (PNR) pelas transportadoras aéreas para o Serviço Aduaneiro e de Proteção das Fronteiras australiano (JO L 186, 14.7.2012).

¹⁷ Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu ‘Transferência de dados contidos nos registos de identificação dos passageiros aéreos (PNR – *Passenger Name Records*): uma abordagem global da UE’ (COM(2003) 826 final, 16.12.2003). Esta foi posteriormente desenvolvida pela Comunicação da Comissão sobre a abordagem global relativa à transferência dos dados do registo de identificação dos passageiros (PNR) para países terceiros (COM(2010) 492 final, 21.9.2010).

¹⁸ Comunicação (COM(2010) 492 final, 21.9.2010), p. 3. Nas conclusões (p. 12), é inclusivamente referido que “a UE deve examinar a possibilidade de substituir, a médio prazo, os acordos bilaterais por um acordo multilateral entre todos os países que utilizam dados PNR”.

¹⁹ Só o Reino Unido é que, até então, tinha um sistema completo de PNR em funcionamento, sendo que a Bélgica, Dinamarca, França, Holanda e Suécia estavam a adotar legislação na área ou mesmo a testar a sua implementação. Não obstante, segundo a proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à utilização dos dados dos registos de identificação dos passageiros para efeitos de prevenção, deteção, investigação e repressão das infrações terroristas e da criminalidade grave {SEC(2011) 132 final} {SEC(2011) 133 final} (COM(2011) 32 final, 2011/0023 (COD), 2.2.2011), p. 4, um dos receios que esteve na base da aprovação de legislação a nível europeu foi o facto de que, à medida que se verificasse um efeito de contágio legislativo entre os diversos países quanto a esta matéria, se chegasse ao ponto de coexistirem até “27 sistemas significativamente diferentes, daí resultando níveis

surgiu em 2007²⁰ mas, não tendo sido adotada pelo Conselho até então, tornou-se desadequada com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa²¹.

Em 2010, na seção intitulada ‘Uma Europa que protege’ do Programa de Estocolmo²², o Conselho exortava a Comissão a “propor a adoção de uma medida da União, que [garantisse] um elevado nível de proteção de dados, no domínio do PNR[,] no intuito de prevenir, detetar, investigar e reprimir infrações terroristas e formas graves de criminalidade com base numa avaliação de impacto”. Ainda nesse ano, a Comissão fez uma Comunicação sobre os pontos essenciais que deveriam orientar a política da União quanto a esse tipo de dados²³ e o Parlamento aprovou uma resolução²⁴ sobre esta abordagem global e, especificamente, sobre o papel dos acordos internacionais no combate ao terrorismo e outras formas de criminalidade transnacional²⁵. Ambos os documentos referem os recuos sentidos na evolução desta legislação e acolhem a ideia de desenvolvimentos legislativos futuros²⁶.

desiguais de proteção de dados pessoais na UE, lacunas de segurança, aumento dos custos e insegurança jurídica para as transportadoras aéreas e os passageiros”.

²⁰ Proposta de decisão-quadro do Conselho relativa à utilização dos dados dos Registos de Identificação dos Passageiros (*Passenger Name record* – PNR) para efeitos de aplicação da lei {SEC(2007) 1422} {SEC(2007) 1453} (COM(2007) 654 final, 2007/0237 (CNS), 6.11.2007).

²¹ Tratado de Lisboa que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, assinado em Lisboa em 13 de dezembro de 2007 (JO C 306, 17.12.2007).

²² Programa de Estocolmo – Uma Europa aberta e segura que sirva e proteja os cidadãos, p. 19.

²³ Comunicação (COM(2010) 492 final, 21.9.2010).

²⁴ Vinda na esteira da Resolução do Parlamento Europeu, de 20 de novembro de 2008, sobre uma proposta de decisão-quadro do Conselho relativa à utilização dos dados dos Registos de Identificação dos Passageiros (*Passenger Name Record* – PNR) para efeitos de aplicação da lei (P6_TA(2008)0561).

²⁵ Resolução do Parlamento Europeu, de 11 de novembro de 2010, sobre a abordagem global relativa à transferência dos dados do registo de identificação dos passageiros (PNR) para países terceiros, e sobre as recomendações da Comissão e do Conselho tendo em vista autorizar a abertura de negociações entre a União Europeia e a Austrália, o Canadá e os Estados Unidos da América (2012/C 74 E/02) no âmbito da Estratégia externa da UE relativamente aos dados dos registos de identificação dos passageiros (PNR) (P7_TA(2010)0397) (JO C 74E, 13.3.2012).

²⁶ Comunicação (COM(2010) 492 final, 21.9.2010), p. 5, e, indiretamente pelo acolhimento favorável daquela Comunicação, Resolução (P7_TA(2010)0397) (JO C 74E, 13.3.2012), p. 10.

No seguimento desta Comunicação, surgiu em 2011 uma proposta de Diretiva²⁷ informada pelas anteriores resoluções do Parlamento Europeu e por alguns pareceres de entidades de supervisão²⁸. Foi, porém, rejeitada a 24 de Abril de 2013 na votação da Comissão de Liberdades Civas do Parlamento Europeu²⁹ por dúvidas quanto à proporcionalidade do esquema de coleção, uso e retenção dos dados dos passageiros — especialmente pela irrelevância da sua condição de inocência ou suspeição — e ao respeito pelos seus direitos fundamentais, nomeadamente à proteção de dados.

A 30 de agosto de 2014, o Conselho Europeu apelou ao Parlamento e ao Conselho de Ministros que finalizassem o trabalho iniciado na proposta PNR. A 11 de novembro, a Comissão de Liberdades Civas do Parlamento Europeu voltou a discutir o assunto mas somente em 2015, com os dois atentados terroristas em Paris, é que se verificaram desenvolvimentos substanciais. No seguimento do ataque de janeiro, o Parlamento Europeu aprovou uma resolução sobre medidas de combate ao terrorismo em que incluía a Diretiva PNR como um dos seus compromissos legislativos a concretizar até ao final do ano. Nessa resolução igualmente instava a Comissão a tirar conclusões do acórdão do TJ sobre a Diretiva de conservação de dados³⁰ e a convidar peritos para “contribuírem com as suas opiniões e os seus princípios [...] relativamente à necessidade e à proporcionalidade do

²⁷ Proposta de Diretiva (COM(2011) 32 final, 2011/0023 (COD), 2.2.2011).

²⁸ Parecer da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados sobre a proposta de decisão-quadro do Conselho relativa à utilização dos dados dos Registos de Identificação dos Passageiros (*Passenger Name Record* – PNR) para efeitos de aplicação da lei (JO C 110, 1.5.2008), Parecer conjunto dos GT29 (145, 5.12.2007) e do Grupo de Trabalho em matéria de Polícia e de Justiça (01/07, 18.12.2007) sobre a proposta de Decisão-Quadro do Conselho relativa à utilização dos dados dos Registos de Identificação dos Passageiros (*Passenger Name Record* – PNR) para efeitos de aplicação da lei, apresentada pela Comissão em 6 de novembro de 2007 (02422/07/PT) e Opinião de 2008 da Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia sobre a proposta de decisão-quadro do Conselho relativa à utilização dos dados dos Registos de Identificação dos Passageiros (*Passenger Name Record* – PNR) para efeitos de aplicação da lei.

²⁹ Apesar da forte militância em prol da sua aprovação pelo *rapporteur* dessa Comissão, o eurodeputado britânico Timothy Kirkhope.

³⁰ Acórdão do TJ, C-301/06, *Irlanda/ Parlamento Europeu e Conselho*, ECLI:EU:C:2009:68, sobre a Diretiva 2006/24/CE, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações, e que altera a Diretiva 2002/58/CE.

PNR”, bem como incentivava o Conselho a desenvolver a legislação sobre proteção de dados³¹ para que o processo legislativo pudesse correr em simultâneo com o da Diretiva PNR³².

Esta posição seria reiterada em julho, na Agenda Europeia para a Segurança, em que o Parlamento reconheceu “o apelo urgente da Comissão para concluir os trabalhos sobre a adoção da Diretiva PNR da UE” e comprometeu-se a fazê-lo até ao final do ano, incitando a própria Comissão a manter o seu suporte ao processo, nomeadamente “fornecendo elementos adicionais relevantes para a necessidade e proporcionalidade”³³. Pouco tempo após o segundo atentado em Paris, em novembro, o Parlamento aprovou outra resolução em que sublinhava, no âmbito do “reforço do intercâmbio de informações sobre a radicalização terrorista na Europa”, o seu compromisso em elaborar a Diretiva PNR até ao final do ano. A demora em aprovar esta legislação prendeu-se sobretudo com as razões que levaram à sua rejeição pela Comissão de Liberdades Cívicas do Parlamento Europeu em 2013, como a necessidade de “garantir que essa diretiva [seria] conforme com os direitos fundamentais e livre de quaisquer práticas discriminatórias

³¹ O chamado pacote de proteção de dados que estava a ser preparado para renovar (reformular, na nomenclatura institucional europeia) a legislação em matéria de dados pessoais e sua proteção através da substituição da Diretiva 95/46/CE já estava a ser planeado há algum tempo e a Diretiva PNR é que o veio acompanhar, acelerada, de certo modo, pelos ataques terroristas em Bruxelas, a 22 de março de 2016. Toda esta legislação foi aprovada em maio desse ano e dela constam o Regulamento (UE) 2016/679, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (RGPD), a Diretiva (UE) 2016/680, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados, e que revoga a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho e a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições, órgãos, organismos e agências da União e à livre circulação desses dados e que revoga o Regulamento (CE) 45/2001 e a Decisão 1247/2002/CE (COM/2017/08 final – 2017/02 (COD)).

³² Resolução do Parlamento Europeu, de 11 de fevereiro de 2015, sobre medidas de combate ao terrorismo (P8_TA(2015)0032) (2015/2530(RSP)), parágrafo 13.

³³ Resolução do Parlamento Europeu, de 9 de julho de 2015, sobre a Agenda Europeia para a Segurança (P8_TA(2015)0269) (2015/2697(RSP)), parágrafo 27.

com base na estigmatização ideológica, religiosa ou étnica, e [que respeitaria] plenamente os direitos de proteção de dados dos cidadãos da UE”³⁴.

Apesar de toda esta aparente emergência, a Diretiva PNR só foi aprovada em abril de 2016, no seguimento dos atentados terroristas de março em Bruxelas. O texto foi aprovado com 461 votos a favor, 179 contra e 9 abstenções, tendo entrado em vigor a 24 de maio. O processo de aprovação foi bastante rápido em comparação a todo o historial anterior. Apesar de ter seguido o processo legislativo ordinário e de terem havido discussões junto do Conselho logo a 18 de novembro e a 15 de dezembro de 2015, a primeira leitura e emissão de uma opinião pelo Parlamento Europeu deram-se a 14 de abril de 2016, sendo o texto aprovado com alterações. Será novamente discutido em Conselho a 15 e a 18 de abril, sendo aprovado, de novo em primeira leitura, a 21, e assinado pelos presidentes do Parlamento Europeu e do Conselho em simultâneo aos textos de proteção de dados a 27 desse mês.

1.3. A transposição

Dois anos volvidos, a 25 de maio de 2018, cessou o prazo de transposição da Diretiva (UE) 2016/681. Ao contrário do pacote de proteção de dados, esta legislação imiscui de forma considerável nos dados pessoais mas não o faz com o objetivo principal de reforçar a sua proteção. Como já foi referido, o PNR não pretende ser um instrumento de controlo de identidades mas é, assumidamente, um instrumento de retenção de informações no âmbito da agenda europeia de política criminal. Foi desenhado para que as autoridades recolham e processem informações dos cidadãos europeus no âmbito de contra-terrorismo e combate à criminalidade grave, utilizando a

³⁴ Resolução do Parlamento Europeu, de 25 de novembro de 2015, sobre a prevenção da radicalização e do recrutamento de cidadãos europeus por organizações terroristas (P8_TA(2015)0410) (2015/2063(INI)), parágrafo 42. É relevante replicar as considerações subsequentes do Parlamento Europeu em que este dizia “que a diretiva PNR da UE será apenas uma medida de luta contra o terrorismo e que é necessária uma estratégia holística e abrangente no domínio do combate ao terrorismo e à criminalidade organizada, que envolva a política externa, a política social, a política da educação e os órgãos policiais e judiciais, de forma a prevenir o recrutamento de cidadãos europeus por organizações terroristas”.

aviação civil meramente como ferramenta para obtenção desses dados em massa (comumente designados em língua inglesa por *big data*).

A 21 de fevereiro de 2018 teve lugar uma conferência sobre o futuro do PNR promovida pela presidência búlgara do Conselho da União Europeia que contou com a presença de diversos governantes, altos representantes e profissionais de 24 Estados-Membros, bem como da Austrália, EUA e Suíça e agentes das instituições e agências europeias, nomeadamente o Coordenador da Luta Antiterrorista, Gilles de Kerchove, o Secretário-Geral do Conselho da União Europeia, Jeppe Tranholm-Mikkelsen, o Supervisor Europeu de Proteção de Dados, Giovanni Buttarelli, e membros da Comissão, Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Europol, eu-Lisa e FRONTEX. Nela abordaram-se temas como a qualidade, fiabilidade, troca, proteção e uso efetivo dos dados PNR, os desafios extraordinários e potenciais soluções no que concerne a implementação da Diretiva, nomeadamente tendo em conta o trabalho desenvolvido pelo Grupo de Trabalho Informal sobre o PNR, o *state of play* dos diversos Estados-Membros, as relações com países terceiros e o papel da Europol no tratamento das informações, bem como as melhores práticas no uso deste sistema no combate ao terrorismo e criminalidade grave³⁵.

Alguns dias depois, a 26 de fevereiro, o Conselho da União Europeia emitiu uma nota referindo que a implementação é regularmente discutida no Grupo de Trabalho Informal sobre o PNR, presidido pela Alemanha à altura, e em diversas reuniões organizadas pela Comissão³⁶. Deu-se conta igualmente do progresso alcançado nos meses anteriores, resultado da confiança mútua sentida entre Estados-Membros nestas reuniões e da assistência P2P através da troca aberta de experiências e lições aprendidas, bem como da assistência financeira e legal prestada pela Comissão diariamente

³⁵ Note from the Presidency of the Council of the European Union to the Working Party on Information Exchange and Data Protection (DAPIX) on the Conference on the future of PNR data – effective use and challenges (Sofia, 21 february 2018) (6104/18, 23.2.2018). Outras iniciativas foram tendo lugar ao longo dos anos, nomeadamente sob a alçada do DAPIX, mas este texto apenas se debruça sobre os acontecimentos mais recentes e relevantes até à data da sua escrita.

³⁶ Note from the Presidency of the Council of the European Union to the Permanent Representatives Committee/Council on the Directive (EU) 2016/681 on the use of Passenger Name Record (PNR) data for the prevention, detection, investigation and prosecution of terrorist offences and serious crime – Implementation of the PNR Directive / Exchange of views (6017/18, 26.2.2018).

em cooperações bilaterais. Na seção de *exchange of views*, a instituição sublinhou a importância deste instrumento na resposta ao terrorismo e à criminalidade grave e convidou os ministros competentes a trocarem ideias sobre o estado de implementação da legislação, nomeadamente refletindo sobre questões como saber se todos os mecanismos possíveis estariam a ser postos em prática para assegurar uma adoção rápida das legislações nacionais de transposição, quais seriam os principais desafios ainda a abordar e que tipo de apoio esperariam de outros Estados-Membros ou da Comissão para facilitar a implementação tempestiva.

Apesar destes esforços, a transposição da Diretiva tem-se arrastado. Logo em novembro de 2016, a Comissão emitiu um plano de implementação com seis marcos que os países deveriam atingir em alturas bem definidas para a transporem³⁷. Igualmente foram sendo incluídas as matérias PNR nos sucessivos relatórios sobre a segurança na União e o último destes à data da escrita do presente artigo dava conta de que, até 7 de junho de 2018³⁸, somente catorze Estados-Membros³⁹ haviam comunicado à Comissão terem adotado as medidas necessárias para transpor a Diretiva⁴⁰. Nove destes países produziram legislação através dos parlamentos nacionais e, daqueles que ainda não tinham apresentado medidas de transposição, cinco já tinham, pelo menos, textos em vigor que permitiam às autoridades recolher informações PNR. Vinte e quatro

³⁷ De acordo com o *Commission staff working document 'Implementation Plan for Directive (EU) 2016/681 of the European Parliament and of the Council of 27 April on the use of passenger name record (PNR) data for the prevention, detection, investigation and prosecution of terrorist offences and serious crime'* (SWD(2016) 426 final, 28.11.2016), estes são: i) produzir legislação que implemente a Diretiva; ii) estabelecer as UIPs; iii) desenvolver soluções técnicas para o tratamento dos dados PNR; iv) obter recursos humanos para as UIPs; v) envolver as autoridades competentes; e vi) assegurar a conectividade das transportadoras aéreas. As UIPs são as entidades que devem recolher os dados PNR providenciados pelas transportadoras aéreas e proceder ao seu tratamento, nos termos do art. 6.º da Diretiva (UE) 2016/681.

³⁸ Data da primeira reunião entre a Comissão e os Estados-Membros após 25 de maio de 2018 para debater a aplicação da Diretiva.

³⁹ Sendo que a Dinamarca preferiu utilizar da sua prerrogativa de *opt out* quanto a este documento.

⁴⁰ Alemanha, Bélgica, Croácia, Eslováquia, Estónia, Hungria, Irlanda, Itália, Letónia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Polónia e Reino Unido. As medidas nacionais de transposição que vão sendo comunicadas à Comissão ficam disponíveis em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/NIM/?uri=CELEX:32016L0681> (acedido a 25/07/2018).

Estados-Membros já possuíam os meios técnicos exigidos para processar os dados, enquanto que os outros três estariam a finalizar a implementação de soluções técnicas. Finalmente, doze países encontravam-se numa fase avançada de estabelecer conectividade com as companhias de aviação e em onze havia, pelo menos, uma transportadora a transmitir informações em tempo real às UIPs.

A Comissão considerou assim que, na globalidade, foram feitos avanços importantes no sentido da aplicação da Diretiva mas que ainda há lacunas relevantes a tratar e que, “dada a importância crucial deste instrumento para a resposta comum da UE ao terrorismo e à criminalidade grave, a Comissão recorrerá a todas as medidas ao seu dispor para garantir a aplicação do direito da União, incluindo procedimentos por infração, se for caso disso [pois que] a não transposição constitui um entrave à eficácia global do mecanismo (...), diminui a segurança jurídica para as transportadoras aéreas (...) e prejudica a proteção efetiva dos dados pessoais em toda a UE”⁴¹. Nesse sentido, a 19 de julho de 2018, a Comissão enviou cartas de notificação a catorze países⁴² por não terem comunicado a adoção tempestiva de legislação que transpusesse plenamente a Diretiva. Estes tiveram até meados de setembro para responder, sob pena de aplicação de sanções.

Até junho de 2018, o Grupo de Trabalho Informal sobre o PNR reuniu-se quatro vezes, sendo que no último encontro, a 5 e 6 desse mês em Haia, a Austrália apresentou o seu esquema de implementação PNR⁴³ para permitir um termo de comparação com as práticas de autoridades extra-europeias e para mostrar propostas de solução a problemas operacionais específicos⁴⁴.

⁴¹ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu e ao Conselho ‘Décimo quinto relatório sobre os progressos alcançados rumo a uma União da Segurança genuína e eficaz’ (COM(2018) 470 final, 13.6.2018), p. 12.

⁴² Áustria, Bulgária, Chipre, Eslovénia, Espanha, Estónia, Finlândia, França, Grécia, Luxemburgo, Países Baixos, Portugal, República Checa e Roménia.

⁴³ Na reunião de abril tinha sido o Canadá a fazê-lo.

⁴⁴ *Note from the General Secretariat of the Council to the Working Party on Information Exchange and Data Protection (DAPIX) on the Update on the Informal Working Group on PNR* (10139/18, 21.6.2018).

1.4. Alguns contras à Diretiva no ordenamento jurídico europeu

Parece, especialmente à luz de algumas críticas que podem ser tecidas ao texto atual e que já vinham das redações e discussões anteriores, que a aprovação da Diretiva PNR não deveu a sua entrada na ordem jurídica da União somente à oportunidade surgida com o pacote de proteção de dados aprovado pela mesma altura. Esta é uma legislação fruto do ambiente de terror que grassava, de certa maneira, na Europa em 2015 e 2016. Apesar do nível de violência em solo europeu não ser comparável a regiões em conflito ou com relevante presença de agentes e organizações terroristas, a intensidade das transmissões destes fenómenos na Europa pelos meios de comunicação social, os sentimentos de proximidade e vizinhança e, talvez, a estranheza causada pelo terrorismo no Ocidente, *inter alia*, têm condicionado fortemente as políticas nacionais e europeias no seu combate. É até razoável afirmar que, em circunstâncias distintas, esta legislação diretamente tão intrusiva da intimidade dos cidadãos não passaria no crivo da proporcionalidade e da necessidade nas discussões legislativas das instituições europeias. Aliás, a reprovação de 2013 é espelho disso mesmo.

Esta é uma legislação que dá um passo considerável na monitorização dos movimentos dos cidadãos europeus, possivelmente lesando as liberdades de circulação de maneira contrária ao Direito da União supra-legal⁴⁵. Um mecanismo que permite a transmissão dos dados pessoais dos passageiros de transporte aéreo (por agora) de voos extra-UE (por agora) por parte de UIPs para autoridades competentes nos diversos Estados-Membros em todos os voos para que se proceda a uma “avaliação dos passageiros antes da sua chegada prevista (...) ou da sua partida prevista (...), a fim de identificar as pessoas que, pelo facto de poderem estar implicadas numa infração terrorista ou numa forma de criminalidade grave, devem ser sujeitas a um controlo mais minucioso”⁴⁶ ou, caso a caso, através de “pedidos devidamente fundamentados, baseados em motivos suficientes (...) para fornecer e tratar dados PNR, em casos específicos, para efeitos de prevenção, deteção, investigação e repressão de infrações terroristas ou da criminalidade

⁴⁵ E, ao contrário do que defende OLIVEIRA, Emellin, *op. cit.*, não parece que esteja em causa somente a mitigação do princípio de presunção de inocência mas a sua total desconsideração.

⁴⁶ Alínea a) do n.º 2 do art. 6º da Diretiva (UE) 2016/681.

grave⁴⁷ fora do âmbito restrito de uma investigação judiciária autorizada ou mandatada por um tribunal ou órgão judicial independente, não parece ser totalmente conducente com as “medidas adequadas” de controlo que assegurem a “livre circulação de pessoas” previstas nos termos do n.º 2 do art. 3º do Tratado de Lisboa⁴⁸ nem com o direito de “qualquer cidadão da União (...) de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros” expresso no n.º 1 do art. 45º da CDFUE.

Para além destes “pedidos devidamente fundamentados, baseados em motivos suficientes”, poderem redundar em solicitações pró-forma das entidades nacionais — que poderão nem sequer ser OPCs — justificadas em razões de natureza investigatória que não são passíveis de controlo e verificação *ex ante* pelas UIPs, pelas autoridades nacionais responsáveis pela proteção de dados ou por um tribunal, esta legislação apresenta ainda um risco potencial de contágio. O medo que infetou a sua génese já levou alguns Estados-Membros a aprovar legislação PNR para outros meios de transporte⁴⁹ e alguns países já notificaram a Comissão quanto a quererem incluir os voos intra-UE nas suas legislações internas⁵⁰. A juntar aos riscos

⁴⁷ Alínea b) do n.º 2 do art. 6º da Diretiva (UE) 2016/681.

⁴⁸ Em que se lê, de forma completa, que “[a] União proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno”.

⁴⁹ Veja-se, a título de exemplo, a *Loi du 25 Décembre 2016 relative au traitement des données des passagers* (2016-12-25/43, 25.1.2017), especialmente os seus arts. 4º e 54º quanto aos meios de transporte incluídos no esquema PNR belga.

⁵⁰ Aliás, muito embora o Parlamento Europeu se tenha oposto à inclusão de voos intra-EU, no Conselho da União Europeia de 18 de Abril de 2016 os Estados-membros ignoraram aquela oposição e não só declararam que iriam utilizar a abertura permitida pelo art. 2º da proposta de Diretiva quanto à possibilidade de inclusão daquelas ligações nas legislações nacionais como ainda demonstraram querer acrescentar dados PNR provenientes também de transportadores não aéreos, isto é, entidades que fornecem serviços relacionados com viagens, incluindo a reserva de voos, como agências de viagens e operadores turísticos (*‘I/A’ item note from the General Secretariat of the Council to the Permanent Representatives Committee/Council on the Draft Directive of the European Parliament and of the Council on the use of passenger name record (PNR) data for the prevention, detection, investigation and prosecution of terrorist offences and serious crime (first reading) – Adoption of the legislative act (LA + S) = Statement (7829/16 ADD 1, 18.4.2016)*). Até ao dia 1 de Junho de 2018, estes eram a Alemanha, Bélgica, Bulgária, Croácia, Eslováquia,

para a proteção das informações pessoais que representam aqueles pedidos sem ‘fiscalização’, a verdade é que o sistema PNR não pode ser, em boa verdade, imposto em todos os meios de transporte pelo que a eficiência e eficácia deste sistema, de um ponto de vista global, estarão sempre comprometidas. Basta pensar nas inúmeras ligações ferroviárias locais ou regionais que não requerem qualquer informação pessoal dos passageiros para pensar em uma, de muitas, formas dos terroristas ou criminosos escaparem totalmente a este sistema. E mesmo que se impusesse esta medida a esses outros meios, seria (praticamente) impossível processar os dados de todos os utentes em tempo útil⁵¹. De facto, será que colocar um manto de suspeição sobre todos os passageiros é a forma mais adequada de combater o terrorismo e a criminalidade grave? Serão realmente úteis os dados de milhares de não suspeitos para as potenciais investigações criminais que se preveem, especialmente quando o sentido de oportunidade e a celeridade são, por vezes, essenciais ao sucesso investigatório? As razões por detrás deste meio de obtenção de dados estão truncadas pelo *fumus* de que há uma vontade de monitorização dos cidadãos por detrás de tudo isto. Aliás, nem sequer há relatórios públicos de proporcionalidade que demonstrem a adequação de se impôr um sistema PNR em certos meios de transporte, quanto mais na aviação civil (o meio de transporte já mais controlado e, quiçá, seguro que existe na atualidade, deste ponto de vista), através do balanço entre a intrusão nos dados pessoais e os efeitos, de facto, produzidos em termos de combate à criminalidade.

A proteção dos meios utilizados na aviação, nomeadamente os espaços aeroportuários e as aeronaves, não é o objetivo específico desta legislação, ao contrário de outras normas relacionadas⁵². A Diretiva não se restringe ao combate aos crimes praticáveis no e contra o *airside* (espaço restrito) dos

Hungria, Itália, Letónia, Lituânia, Malta, Polónia, Reino Unido e Suécia. A Comunicação (COM(2018) 470 final, 13.6.2018), p. 12, refere que são 19 e não 13 países a terem decidido aplicar a Diretiva a voos intra-UE mas, como não os nomeia, não é possível confirmar quais serão os restantes 6 Estados-membros.

⁵¹ WORTH, Jon, *Why Belgium’s plan for PNR for rail and buses/coaches must be stopped*, Jon Worth Euroblog, disponível em <https://jonworth.eu/why-belgiums-plan-for-pnr-for-rail-and-busescoaches-must-be-stopped/> (acedido a 25/07/2018).

⁵² Como as relativas ao controlo de passageiros nos termos do Regulamento (CE) 300/2008, relativo ao estabelecimento de regras comuns no domínio da segurança da aviação civil, que revoga o Regulamento (CE) 2320/2002 (JO L 97, 9.4.2008), e a sua atualização pelo

aeroportos e contra os aviões mas a diversos tipos de criminalidade grave e terrorismo. Ou seja, a ligação à aviação civil é meramente instrumental, sendo esta um meio relativamente inócuo de obter grandes quantidades de dados pessoais. Inócuo no sentido de que as rotinas de segurança que se desenvolveram ao longo dos anos em torno do transporte aéreo, pela sua natureza crescentemente intrusiva, ‘entorpeceram’ a sensibilidade tanto de viajantes como de políticos na balança entre a privacidade individual e o bem de interesse público que é a segurança. Donde, os dados PNR serão provavelmente encarados pela opinião pública, de forma incorreta, como um mal necessário que deve ser acolhido sem relevante oposição ou consternação, como se de mais um controlo se tratasse.

2. A proposta nacional e a Diretiva

A AR chegou a pronunciar-se sobre a proposta de Diretiva (COM(2011) 32 final, 2011/0023 (COD), 2.2.2011), a primeira resenha PNR a nível da União⁵³. A Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, a pedido da Comissão de Assuntos Europeus, apreciou o seu respeito pelo princípio da subsidiariedade e considerou que este não era violado por aquela proposta visto que os seus objetivos não poderiam ser realizados individualmente de forma suficiente pelos Estados-Membros mas somente a nível coletivo. Assim sendo, uma Diretiva seria, no entender da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e

Regulamento (CE) 272/2009, que complementa as normas de base comuns para a proteção da aviação civil definidas no anexo ao Regulamento (CE) 300/2008.

⁵³ Também já tinha emitido a Resolução 71/2009 sobre a Proposta de Decisão Quadro COM (2007) 654 final SEC (2007) 1422 e 1453, relativa à utilização dos dados do registo de identificação de passageiros (*passenger name record* — PNR) para efeitos de aplicação da lei para fins de combate ao terrorismo e à criminalidade organizada de 23.7.2009 (série I, número 157, 14.8.2009), em que recomendava ao Governo referir às instituições europeias que essa Proposta não mostrava cabalmente a importância de um sistema PNR uniforme nem o estabelecia, visto que apenas impunha a criação de um mecanismo nacional por parte dos Estados-Membros. Daqui talvez se possa extrair já uma vontade bastante antecipada da AR de ver aplicado um sistema PNR em todo o espaço da União, vontade essa que se mantém até hoje, embora quicá com pouca discussão parlamentar sobre todas as suas implicações, nomeadamente ao nível da (des)proporcionalidade da intrusão na privacidade dos cidadãos.

Garantias, o instrumento mais adequado para aproximar as diferentes legislações nacionais e atingir os objetivos da proposta. Um aspeto interessante a referir é que, tanto em 2011 como na proposta legislativa de 2018, a inclusão de voos intra-UE ao esquema PNR nacional foi sempre a opção preferencial de Portugal, suscitando até “algumas preocupações” que certos Estados-Membros apenas pretendessem aplicar este sistema a voos extra-UE. Mesmo com este elemento adicional, a Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias considerou que vinte e sete sistemas PNR diferentes criariam “lacunas de segurança, aumento dos custos e insegurança jurídica para as transportadoras aéreas e os passageiros” e que, por tudo isso, a proposta de Diretiva não violava o princípio da subsidiariedade⁵⁴.

No dia 6 de junho de 2018, deu entrada na AR a proposta de Lei 137/XIII do Conselho de Ministros que regula a transferência, pelas transportadoras aéreas, dos dados dos registos de identificação dos passageiros, bem como o tratamento desses dados, transpondo a Diretiva (UE) 2016/681⁵⁵. Foi admitida no dia seguinte, tendo seguido imediatamente para a Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias. O texto desta proposta — apresentado pelo Governo à AR com prioridade e urgência visto o seu atraso face ao prazo de transposição — é muito semelhante ao da Diretiva, reforçando o argumento de que as Diretivas são de tal modo

⁵⁴ Relatório da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias de 16.3.2011 (série II-A, número 125, 14.4.2011), pp. 102 ss.

⁵⁵ Curioso verificar, porém, que esta não parece ser a primeira vez que um esquema PNR é introduzido no ordenamento jurídico nacional pois que a Portaria 603/2015 de 21.7.2015 (série II, número 151, 5.8.2015) veio autorizar a Polícia Judiciária a realizar uma despesa tendo em vista a compra de um sistema PNR, cujo procedimento de contratação foi classificado como confidencial. Os custos diluíram-se pelos anos 2015 e 2016 (101 191,97€ no primeiro e 910 727,68€ no segundo ano), tendo sido financiados por fundos europeus disponibilizados pelo Programa de Prevenção e Luta contra o Crime da União Europeia em cerca de 90%, mas nada mais é referido no documento sobre o propósito e funcionamento deste esquema, nem o público afectado. Com início em janeiro de 2014, o que coloca esta contratação fora dos períodos mais críticos de atividade terrorista na Europa, a própria organização policial apenas adianta que esta é uma “ferramenta de investigação de entradas e saídas de pessoas por via aérea, com capacidades analíticas e preditivas que [permitem] agilizar a identificação e resposta ao crime organizado”. Disponível em <https://www.policiajudiciaria.pt/piu-pt/> (acedido a 3/08/2018).

cada vez mais minuciosas que os textos nacionais de transposição pouco mais são que cópias ligeiramente emendadas das fontes europeias⁵⁶.

A proposta nacional específica que a UIP mencionada na Diretiva será, em Portugal, o Gabinete de Informações de Passageiros, que atua junto do Ponto Único de Contato para a Cooperação Policial Internacional e cujo coordenador será nomeado pelas tutelas da administração interna e justiça de entre agentes dos órgãos de polícia criminal. Também se referem a composição e estrutura do Gabinete, bem como as técnicas de tratamento de dados e a designação e formação dos futuros trabalhadores, remetendo-se para documentos legais complementares (art. 3º). Não parece que haverá assim, por ora, uma UIP comum a Portugal e outro Estado-Membro.

Um segundo desenvolvimento diz respeito às sanções previstas nestes diplomas. No art. 14º da Diretiva 2016/681 refere-se que os Estados-Membros definem as sanções a aplicar perante a violação das normas presentes nas leis nacionais, bem como as medidas adequadas para forçar a sua aplicação, com especial enfoque nas penas (nomeadamente pecuniárias) que podem recair sobre as transportadoras caso não transmitam os dados de forma correta. Já a proposta de Lei 137/XIII concretiza aquele enunciado criando, primeiro, um dever de sigilo profissional (art. 18º) sobre todos aqueles que tratem os dados recolhidos ou que deles tenham conhecimento, sob pena de prisão nos termos do art. 383º do CP⁵⁷. No art. 19º definem-se pesadas sanções para as companhias de aviação, nomeadamente sujeitando-as a coimas entre 20 000€ e 100 000€, por viagem, caso transfiram as informações dos passageiros “de forma incorreta, incompleta, falsificada ou após o prazo” (n.º 1) e a sanções de 10 000€ a 50 000€ se não enviarem os dados *Advance Passenger Information* conforme o n.º 5 do art. 4º ou se o fizerem em formatos e seguindo protocolos não reconhecidos nos termos do art. 17º (n.º 2). A negligência é punível (n.º 3) e as coimas, cuja aplicação é da responsabilidade da CNPD (n.º 4), reverterem a favor desta

⁵⁶ Já o anexo I às conclusões da Presidência do Conselho Europeu ‘Declaração Laeken sobre o futuro da União’ (DOC/01/18, 14-15.12.2001), p. 5, referia que as Diretivas têm evoluído gradualmente no sentido de uma maior minúcia legislativa. Introduzindo alguns dos problemas de classificação dos atos da UE, veja-se HARTLEY, Trevor, *The foundations of European Union Law*, 8.ª ed., Oxford University Press, 2014, p. 108 ss.

⁵⁷ Decreto-Lei 48/95, de 15 de março, sucessivamente alterado e republicado por último pela Lei 16/2018, de 27 de março.

e do Estado (n. 5º). É ainda feita uma remissão para outro diploma (ainda a ajustar no final do procedimento legislativo) para tratar das violações às normas respeitantes à proteção de dados, às quais se aplicará um regime contraordenacional.

Não há mais diferenças relevantes a assinalar entre a Diretiva e a proposta de Lei, salvo, no anexo II, a abertura de escopo do crime de exploração sexual na listagem de infrações a investigar para efeitos desta legislação⁵⁸ e alguns ajustes de terminologia penal. Diversas entidades emitiram pareceres sobre esta proposta, sendo que aí foram levantadas questões relevantes quanto à sua adequação ao sistema jurídico português. Na próxima seção serão afluídos alguns dos pontos mencionados nestes pareceres, com especial incidência naqueles que parecem criticar a proposta com maior veemência ou exigir uma revisão das suas normas⁵⁹.

2.1. A CNPD

A CNPD já se havia pronunciado sobre esta matéria em pareceres relativos ao funcionamento da UIP nacional e às tecnologias envolvidas no tratamento de dados destinados ao Ministério da Justiça⁶⁰. Reproduziu neste último parecer algumas das suas conclusões anteriores, reforçando parte das críticas prévias e elaborando novas em face do potencial efeito negativo desta nova legislação nos direitos dos cidadãos.

O primeiro comentário negativo de relevo prende-se com a não identificação das autoridades com competência para aceder aos dados. De facto, no n.º 1 do art. 7º referem-se apenas as “entidades policiais e aduaneiras e as autoridades judiciárias” autorizadas a tratar com crimes graves e terrorismo quando elas deveriam ser enumeradas explicitamente,

⁵⁸ Por oposição a “exploração sexual de crianças” presente no n.º 3 do anexo II da Diretiva.

⁵⁹ À altura da escrita do presente texto, ainda não estavam disponíveis os pareceres da Ordem dos Advogados e do Conselho Superior do Ministério Público. O parecer e nota técnica anexa da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias começam precisamente por criticar o Governo por não ter feito acompanhar a proposta de todos os contributos e pareceres resultantes das consultas e audições obrigatórias que terá levado a cabo.

⁶⁰ Parecer 61/2017, processo 18564/2017, e Parecer 62/2017, processo 18572/2017. Relevante é também o Parecer 39/2011, processo 3303/11, relativo à proposta de Diretiva (COM(2011) 32 final, 2011/0023 (COD), 2.2.2011).

em prol dos princípios da transparência e da certeza jurídica. Tem razão a CNPD ao referir que a “formulação genérica do articulado é inibidora de um escrutínio rigoroso quanto à transposição correta da Diretiva” mas, por outro lado, também só avança com a Polícia Judiciária como exemplo de entidade competente. Parece que outras poderiam caber aqui, nomeadamente a Polícia de Segurança Pública, a GNR e o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, já que há criminalidade grave incluída no anexo II da proposta de Lei que não consta da lista de crimes sob competência reservada de investigação da Polícia Judiciária, nos termos do art. 7º da Lei de organização e investigação criminal⁶¹. Isso mesmo reconhece a CNPD ao mencionar que não todos mas somente a “grande maioria” dos crimes elencados na Diretiva estão sob a sua competência reservada⁶².

Seguidamente, aponta para a falta de base legal flagrante na proposta de Lei no que respeita ao Gabinete de Informações de Passageiros e ao Ponto Único de Contacto para a Cooperação Policial Internacional. Segundo o n.º 1 do art. 4º da Diretiva, os Estados-Membros devem criar uma autoridade ou designar uma seção de uma autoridade já existente que tenha competência para prevenir, detetar, investigar ou reprimir infrações terroristas e crimes graves. Ora, um gabinete “não é, em si, uma autoridade nem é competente na aceção da Diretiva”⁶³, mesmo estando sob a alçada do Ponto Único de Contacto para a Cooperação Policial Internacional, porque este também não o é. Nos termos do n.º 1 do art. 23º-A da Lei de segurança interna⁶⁴, o Ponto Único de Contacto para a Cooperação Policial Internacional é um centro operacional que coordena a cooperação policial, não uma autoridade. O seu Gabinete de Gestão, segundo o n.º 4, é, de facto, constituído por elementos de OPCs que o coordenam mas serem estes elementos provenientes de autoridades competentes não torna o Ponto Único de Contacto para a Cooperação Policial Internacional uma autoridade ou entidade competente em si para o combate à criminalidade grave e ao terrorismo, faltando a devida base legal.

⁶¹ Lei 49/2008, de 27 de agosto, sucessivamente alterada e republicada por último pela Lei 57/2015, de 23 de junho.

⁶² Parecer 31/2018, processo 9827/2018, p. 2v.-3.

⁶³ Parecer 31/2018, processo 9827/2018, p. 3v.

⁶⁴ Lei 53/2008, de 29 de agosto, sucessivamente alterada e republicada por último pelo Decreto-lei 49/2017, de 24 de maio.

Surge ainda um potencial *spilling effect* que, embora importante, talvez tenha contornos diferentes dos mencionados no parecer da CNPD. É referido que os dados transmitidos às autoridades estrangeiras devem ser reencaminhados em cópia para o Ponto Único de Contacto para a Cooperação Policial Internacional. No entanto, nos termos do n.º 3 do art. 8º da proposta de Lei, não se diz que as informações transmitidas devem ser dadas a conhecer ao centro operacional mas parece antes que somente tem de ser dada a conhecer a própria transmissão. Ou seja, o Ponto Único de Contacto para a Cooperação Policial Internacional tem de saber que houve uma receção de dados por parte do Gabinete de Informações de Passageiros no âmbito da sua atividade de gestão da cooperação policial mas não parece derivar obrigatoriamente da norma que os dados transmitidos lhe tenham de ser fornecidos em cópia, como afirma a CNPD. Até porque, no número anterior, se diz que o Gabinete de Informações de Passageiros pode transmitir autonomamente (“por sua iniciativa”) dados que tenha armazenado para entidades de outros Estados-Membros. Onde, talvez não haja lugar ao derrame, nestas situações concretas, de mais dados do que já sucede na atividade normal de tratamento de dados PNR.

Não obstante, a falta de clareza do texto permite a interpretação que acabou por levar a cabo a CNPD. Mais, convém frisar que a quantidade de dados a tratar será maciça e não há referências na proposta à capacidade ou aos meios técnicos de tratamento das informações, especificamente no que concerne a configuração das bases de dados ou os graus de acesso⁶⁵. Se, na prática, se verificar que há uma duplicação do tratamento dos dados pessoais através da remissão de cópias para o Ponto Único de Contacto para a Cooperação Policial Internacional então não só haverá um problema de potencial falta de legitimidade (que já ocorre, de qualquer modo) como este requisito adicional ao processo a implementar gorá boa parte das expectativas de combate à criminalidade do legislador europeu.

O ponto seguinte parece ser de especial preocupação, muito embora a sua formulação se desvie do problema principal. Nos termos da alínea a) do n.º 1 do art. 6º, as informações PNR devem ser comparadas com “bases de dados das forças e serviços de segurança”. Ora, para a CNPD o problema é a falta de menção explícita destas bases de dados porque o

⁶⁵ Parecer 31/2018, processo 9827/2018, p. 5.

fim descrito pode não corresponder às finalidades impressas na legislação europeia e, assim, poderiam consultar-se bases não idóneas. Não parece, porém, que faça sentido limitar as bases de dados a que deve ter acesso o Gabinete de Informações de Passageiros porque, se por um lado, os fins pelos quais o deve fazer estão mencionados expressamente na proposta e estes alinham-se tanto com o restante texto como com a Diretiva PNR, por outro, é conveniente ter aqui alguma margem de liberdade administrativa para produzir resultados significativos e úteis. Estar a nomear as bases de dados que são relevantes para alcançar os fins desta legislação poderia torná-la desatualizada de cada vez que surgisse uma nova, se renovasse ou se extinguisse uma determinada base. E raramente se saberá de antemão onde estarão as entradas que poderão fazer *match* com as informações introduzidas na busca do sistema.

Sendo que os fins estão limitados, o que importa é, na verdade, não restringir as bases de dados a consultar num momento histórico concreto mas sim garantir que quaisquer *hits* que surjam para além do catálogo de fins específicos sejam descartados ou que sejam aproveitados depois de criada a base legal que permita ir além destes escopos (e dos crimes enumerados no anexo) e que assim possam surgir investigações criminais dentro dos limites da legalidade. Ou seja, que os conhecimentos que sejam fortuitamente obtidos nestas comparações de dados e que não sejam relevantes nos termos desta legislação sejam tratados de forma juridicamente isenta e, de preferência, com base legal expressa⁶⁶.

A derradeira crítica da CNPD encerra, quase por acidente, um dos aspetos mais controversos deste tipo de bases de dados. É da competência da CNPD a aplicação de coimas às transportadoras aéreas que violem as suas obrigações de transferência de dados, segundo o n.º 4 do art. 19º da proposta de Lei. No seu parecer, porém, dá a entender que tal não cabe nas suas atribuições, bem como considerou que, sendo “uma autoridade de garantia dos direitos fundamentais, (...) afigura-se absurda a imputação de uma competência sancionatória por desrespeito de uma obrigação que consiste em transmitir a terceiros dados pessoais de todos os passageiros, recolhidos inicialmente com uma finalidade bem distinta”. Apesar do foco

⁶⁶ À semelhança da admissibilidade dos meios de prova no âmbito de escutas telefónicas presente no n.º 7 do art. 187º do Código do Processo Penal, Decreto-lei 78/87, de 17 de fevereiro, sucessivamente alterado e republicado por último pela Lei 1/2018, de 29 de janeiro.

principal de atenção da CNPD ser (ou parecer ser) a falta de atribuições na legislação que rege a sua atividade, o que escreve em seguida é o que bem poderia ser a sua crítica substantiva fundamental a esta proposta mas que não o é, quicá, por se tratar de legislação de origem europeia e, assim sendo, por não ter esta referência grande cabimento como crítica *per se*. Escreve a CNPD que essa competência ainda mais absurda é “por se inserir num quadro legislativo de evidente violação do princípio da proporcionalidade e de intrusão excessiva na privacidade das pessoas”⁶⁷. Este sim é um ponto que merecia ser explorado por parte desta entidade neste parecer em face da falta de tradição nacional de recolha e tratamento de *big data* dos cidadãos nacionais e que, infelizmente, parece surgir quase por acaso.

2.2. O Conselho Superior da Magistratura e a Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias

O parecer do CSM⁶⁸ é bastante mais sucinto e a sua apreciação resume-se à enumeração de alguns pontos que os magistrados consideraram mais relevantes, embora sem os explorarem aprofundadamente nem tecendo críticas como a CNPD.

São de mencionar, somente, dois aspetos. Primeiro, que a ontologia jurídica usada no catálogo de crimes anexo à proposta de Lei, como mencionado anteriormente, precisa de ser ajustada de forma plena à nomenclatura da ordem jurídica interna, até para facilitar a aplicação das normas pelos tribunais. Por outro lado, o CSM não encontra, ao contrário da CNPD, quaisquer incompatibilidades entre a Diretiva e a proposta no que respeita à criação e funcionamento do Gabinete de Informações de Passageiros e do Ponto Único de Contacto para a Cooperação Policial Internacional, concluindo, no geral, que a proposta é compatível com os termos da Diretiva. Parece ser a posição da CNPD mais avisada e o parecer dos magistrados menos aturado do que poderia ter sido.

O parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias é igualmente omissivo quanto a uma análise substantiva,

⁶⁷ Parecer 31/2018, processo 9827/2018, p. 5v.

⁶⁸ 2018/GAVPM/5633, 2.7.2018.

ficando antes por referências formais, nomeadamente que ver com a comumente designada Lei formulário⁶⁹. É acompanhado de uma ficha técnica bastante detalhada sobre a evolução e o contexto legislativos da proposta de Lei, tanto a nível nacional como europeu, e, à parte a crítica já mencionada feita à falta de junção dos pareceres e resultados das consultas obrigatórias que o Governo deverá ter levado a cabo, a Comissão apenas sublinhou a má técnica legislativa de vários artigos da proposta⁷⁰ remeterem para diplomas ainda em apreciação pela AR. Embora reconheça não ser algo inédito, a verdade é que isto torna “difícil assegurar que haverá aprovação (e atempada) destas leis [de remissão], se serão ambas promulgadas e se poderão sair publicadas subsequentemente, de modo a que estas referências possam ser coordenadas aquando da publicação e, assim, fazer sentido”⁷¹.

Conclusão

Apesar das críticas presentes nos diferentes pareceres, e muitas outras que lhe podem (e devem) ser assacadas⁷², no dia 6 de julho de 2018, a proposta foi aprovada na generalidade em apenas 25 minutos⁷³, tendo em seguida descido à Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, comissão competente para a discutir na especialidade. Foi apresentada pela Secretária de Estado Adjunta e da Administração Interna, Isabel Oneto, e debatida em reunião plenária, por arrastamento da agenda do Governo, em simultâneo com as propostas de Lei 125/XIII/3.a, sobre as regras relativas ao tratamento de dados pessoais para efeitos de prevenção, deteção, investigação ou repressão de infrações

⁶⁹ Lei 74/98, de 11 de novembro, sucessivamente alterada e republicada por último pela Lei 43/2014, de 11 de julho.

⁷⁰ Arts. 10º, 12º, 14º, 16º e 20º.

⁷¹ Nota técnica anexa ao Parecer de 4.7.2018, p. 6.

⁷² A título de exemplo, veja-se *CARPANELLI, Elena, e LAZZERINI, Nicole. “PNR: Passenger Name Record, Problems Not Resolved? The EU PNR conundrum after Opinion 1/15 of the CJEU”, in *Air & Space Law*, v. 42, n. 4 e 5, 2017, p. 377-402.*

⁷³ MARCELINO, Valentina, “Governo quer todas as polícias com acesso às informações de quem viaja de avião”, *Diário de Notícias*. Disponível em https://www.dn.pt/edicao-do-dia/07-jul-2018/interior/governo-quer-todas-as-policias-com-acesso-as-informacoes-de-quem-viaja-de-aviao-9561024.html?target=conteudo_fechado, (acedido a 3/08/2018).

penais ou de execução de sanções penais e que transpõe a Diretiva (UE) 2016/680, e 126/XIII/3.a, que altera o regime jurídico aplicável ao tratamento de dados referentes ao sistema judicial. Por fim, foi aprovada com os votos do Partido Socialista e do Partido Social Democrata, tendo votado contra o Bloco de Esquerda, Os Verdes e o Partido Comunista Português e tendo-se absterido o Partido do Centro Democrático e Social-Partido Popular e o Pessoas-Animais-Natureza.

Da discussão parlamentar é relevante, porém, extrair alguns comentários que apontam precisamente para a natureza algo insidiosa do esquema PNR. Começou o deputado José Manuel Pureza, do Bloco de Esquerda, a ridicularizar a transformação de dados antes puramente comerciais em chaves essenciais para a “investigação de crimes de terrorismo e de alta criminalidade”. Ademais, criticou que se introduza na ordem legal portuguesa uma medida que se intromete abusivamente “em todas as nossas vidas e o [faça] de uma forma totalmente desproporcionada, violando assim, grosseiramente, os princípios elementares do Estado de direito”, e, em seguida, questionou a manutenção na posse de entidades administrativas de dados pertencentes a pessoas não tidas como suspeitas, a omissão expressa das autoridades competentes do texto da proposta e a transmissão dos dados da Polícia Judiciária para o sistema de segurança interna⁷⁴.

No final do debate, o deputado do Partido Comunista Português António Filipe realçou outros aspetos importantes, nomeadamente a “policialização das companhias aéreas [e o facto destas passarem] a recolher um conjunto de dados relativos a todos os passageiros, dados esses que migram imediatamente para um gabinete de controlo que, imagine-se, está sob a égide do secretário geral do Sistema de Segurança Interna, não havendo, aqui, sequer, autoridades judiciais envolvidas”⁷⁵. De facto, a falta de um mandato judicial ou instrumento semelhante no esquema PNR é uma das características mais criticáveis do regime. Por isso, quando Isabel Oneto apresenta a medida referindo que, na “sequência de ações de prevenção criminal que tenham de ser desenvolvidas, terá de ser feita a comunicação às autoridades judiciais, nomeadamente ao Ministério Público ou a um

⁷⁴ Debate parlamentar de 6.7.2018 (série I, XIII legislatura, sessão legislativa 3, número 104), pp. 39-40.

⁷⁵ *Idem*, p. 43.