

PARECER/2020/82

I. Pedido

O Secretário de Estado da Presidência do Conselho de Ministros solicitou à Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD) a emissão de parecer sobre o Projeto de Decreto-Lei que estabelece o responsável pelo tratamento dos dados e regula a intervenção do profissional de saúde no sistema STAYAWAY COVID.

A CNPD emite parecer no âmbito das suas atribuições e competências, enquanto autoridade nacional de controlo dos tratamentos de dados pessoais, conferidas pela alínea c) do n.º 1 do artigo 57.º e pelo n.º 4 do artigo 36.º do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016 (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados – RGPD), em conjugação com o disposto no artigo 3.º, no n.º 2 do artigo 4.º e na alínea a) do n.º 1 do artigo 6.º, todos da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto.

Como nota prévia, não pode deixar de se referir que o pedido à CNPD foi realizado em 16 de julho de 2020, data da aprovação, «na generalidade», do diploma em causa (cf. consta no ponto 1 do Comunicado do Conselho de Ministros de 16 de julho de 2020), tendo sido estabelecido um prazo de cinco dias para a emissão de parecer. Independentemente das circunstâncias especiais inerentes à situação de pandemia e à reconhecida urgência na adoção de medidas legislativas e outras, decorre de imperativo legal, acima indicado, que a consulta à CNPD seja prévia e não posterior à aprovação dos diplomas, sob pena de o parecer emitido não ter efetiva utilidade e ser prejudicada a razão subjacente a essa consulta.

II. Apreciação

O diploma legislativo em apreço¹, conforme consta do seu preâmbulo, «visa conferir enquadramento legal ao responsável pelo tratamento dos dados e regular a intervenção do

¹ O presente projeto de diploma reveste a forma de decreto-lei, quando, em rigor, a previsão legal de um tratamento de dados pessoais, por traduzir o condicionamento ou regulamentação do exercício de direitos, liberdades e garantias, deveria ter sido precedido de autorização da Assembleia da República (cf. alínea *b*) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição da República Portuguesa). Reconhece-se, contudo, que o tratamento de dados pessoais realizado pelo sistema STAYAWAY COVID se fundamenta, no que diz respeito à *restrição* aos direitos fundamentais do titular dos dados (o utilizador da aplicação), no consentimento do próprio, nos termos da alínea



profissional de saúde no sistema STAYAWAY COVID», na sequência das recomendações feitas pela CNPD nesse sentido.

Quanto ao preâmbulo do decreto-lei, assinalam-se duas notas: uma relativa precisamente ao parágrafo em que se menciona o que foi recomendado pela CNPD, no sentido de clarificar que não foi a CNPD que fez a avaliação de impacto sobre a proteção de dados (AIPD), mas sim que *apreciou a avaliação de impacto*, a qual foi de facto realizada pelos promotores do sistema; a segunda nota é no sentido de ser inserida no preâmbulo do diploma a referência à audição da Comissão Nacional de Proteção de Dados.

Quanto ao articulado do projeto de diploma, é de destacar, desde logo, positivamente, no n.º 2 do artigo 1.º, a assunção do sistema STAYAWAY COVID como «um instrumento complementar e voluntário de resposta à situação epidemiológica». O carácter voluntário da aplicação foi defendido pela CNPD como um requisito essencial, do ponto de vista da garantia dos direitos e liberdades dos cidadãos, para o funcionamento deste tipo de aplicações de contactos de proximidade, como decorre dos pontos 29-35 da Deliberação/2020/277², e cuja fundamentação se dá aqui como reproduzida.

Resulta ainda do n.º 2 do artigo 1.º que a finalidade do tratamento de dados é a notificação aos utilizadores do STAYAWAY COVID da «exposição individual a fatores de contágio por SARS-CoV-2, decorrente de contacto com utilizador da aplicação a quem posteriormente tenha sido diagnosticada a doença COVID-19», contribuindo assim para a identificação e acompanhamento de contactos entre cidadãos como meio complementar para a interrupção das cadeias de transmissão do vírus, como indicado no preâmbulo do projeto.

a) do n.º 2 do artigo 9.º do RGPD, e não no presente diploma. Nessa medida, e considerando as circunstâncias atuais, a CNPD limita-se a assinalar este aspeto.

² Deliberação/2020/277, de 29 de junho de 2020, relativa à avaliação de impacto sobre a proteção de dados do sistema STAYAWAY COVID, submetida pelo INESC TEC, na qualidade de um dos promotores do projeto, disponível em https://www.cnpd.pt/home/decisooes/Delib/DEL_2020_277.pdf



Embora não expressamente identificada como tal, considera-se que a finalidade é específica, explícita e legítima, em conformidade com a exigência da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 5.º do RGPD.

O projeto de decreto-lei determina que «[a] Direção-Geral de Saúde (DGS) é a autoridade de saúde gestora do sistema STAYAWAY COVID, sendo, nos termos das suas competências legais, a responsável pelo tratamento (...)». Nessa qualidade, o projeto remete genericamente para a DGS a definição do funcionamento do sistema, as várias operações de tratamentos de dados, a articulação entre todos os intervenientes no sistema e a contratação com a SPMS – Serviços Partilhados do Ministério da Saúde, E.P.E., dos serviços e meios técnicos necessários ao adequado funcionamento do sistema (cf. artigo 3.º).

Atendendo aos fins do tratamento e ao facto de os dados pseudonimizados a serem tratados pelo sistema STAYAWAY COVID constituírem dados pessoais de saúde, na aceção das alíneas 1), 5) e 15) do artigo 4.º do RGPD, só pode ser responsável por este tratamento quem detenha atribuições e competências legais na área da saúde e ajustadas à finalidade concreta da aplicação. Sobre esta matéria já a CNPD se pronunciou nos pontos 73-76 da Deliberação/2020/277, cuja argumentação se dá aqui como reproduzida.

Sendo certo que o Diretor-Geral de Saúde é a autoridade nacional de saúde³, com específicas competências neste contexto, designadamente no domínio da vigilância epidemiológica e de sistemas de alerta e resposta a situações de emergência de saúde pública, parece que, se o diploma pretende atribuir a responsabilidade pelo tratamento à «autoridade de saúde», deveria referir o Diretor-Geral de Saúde como responsável pelo tratamento. De todo o modo, deixa-se claro que, na perspetiva da proteção de dados, tendo em conta as atribuições da DGS⁴, nada obsta a que a DGS assuma essa qualidade de responsável, desde que não seja aqui qualificada como autoridade de saúde.

³ Como se pode ler no n.º 3 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 82/2009, de 2 de abril: «A autoridade de saúde de âmbito nacional é o director-geral da Saúde».

⁴ Cf. alínea *b*) do n.º 2 do artigo 2.º do Decreto Regulamentar n.º 14/2012, de 26 de janeiro – Lei Orgânica da DGS.

O artigo 4.º do projeto de decreto-lei aqui em apreciação pretende regular a intervenção do profissional de saúde, em cumprimento do n.º 1 do artigo 1.º do diploma, que tem como objeto, além de estabelecer o responsável pelo tratamento, *regula[r] a intervenção do profissional de saúde no sistema STAYAWAY COVID.*

Prevê-se que o profissional de saúde obtenha e comunique ao utilizador da aplicação o código de legitimação (CL) para que este possa, se assim o entender, inserir esse código na aplicação com vista à comunicação posterior da sua condição de diagnóstico positivo⁵.

Todavia, verifica-se que muito pouco é efetivamente regulado neste artigo. Senão, vejamos.

Em primeiro lugar, no n.º 1 do artigo 4.º refere-se que o *profissional de saúde obtém e comunica ao utilizador da aplicação STAYAWAY COVID que seja diagnosticado com a doença COVID-19 o código de legitimação*, sem se determinar através de que aplicação o médico toma conhecimento do diagnóstico da doença. Ora, parece que em causa poderão estar duas aplicações – SINAVE e Trace COVID-19 –, afigurando-se que um elemento tão essencial ao funcionamento da STAYAWAY COVID, como é o da fonte de informação relativa ao diagnóstico positivo de um utilizador e a partir do qual se pode solicitar o CL, deve ser definido neste diploma legal.

Em segundo lugar, não é sequer determinada pelo legislador a qualificação do profissional de saúde com capacidade para validar o diagnóstico médico. Com efeito, considera-se que a obtenção de um código de legitimação de diagnóstico, que representa uma vertente primordial da fidedignidade da aplicação, na medida em que certifica que uma determinada pessoa está infetada com o vírus SARS-CoV-2, só poderá ser concretizada por um médico e não por outro profissional de saúde⁶. Consequentemente, não se entende porque não fica esta questão

⁵ Para melhor compreensão do funcionamento do sistema e das suas interações entre a legitimação do diagnóstico de uma pessoa infetada com o vírus e o envio dessa informação para o servidor de publicação de diagnóstico, ver os pontos 13-21 da Deliberação/2020/277, da CNPD, acima referenciada.

⁶ Cf. artigo 7.º do Regulamento n.º 689/2019, de 5 de setembro.

definida na lei, desde já, em vez de deixar em aberto a possibilidade de o responsável pelo tratamento decidir noutro sentido.

Mais, não é definido – como deveria ser no plano legislativo – qual o universo de profissionais de saúde (médicos) que se prevê que intervenham no sistema, se apenas os do setor público ou se também os do setor privado, o que poderá resultar num alcance bastante diferenciado da aplicação, comprometendo desde logo a sua finalidade e eficácia.

Em terceiro lugar, estando previsto que o sistema STAYAWAY COVID trate, juntamente com o código de legitimação, a data dos primeiros sintomas ou do teste de diagnóstico, para efeitos de seleção do número de chaves TEK⁷ a enviar ao serviço de publicação de diagnóstico, deve o diploma legal expressamente prever a utilização secundária da informação que foi recolhida no âmbito do acompanhamento do doente, para uma finalidade diferente.

Essa questão está completamente ausente do texto do projeto, com a consequência de não ficar delimitada a informação que pode transitar de um sistema de informação de saúde para um servidor do sistema STAYAWAY COVID. Se se compreende que alguns elementos do tratamento de dados pessoais sejam definidos pela DGS – já em consonância com a SPMS e depois de conhecidos todos os meios técnicos disponíveis no curto prazo –, nomeadamente os relativos à autenticação do profissional de saúde, cabe à lei estabelecer critérios e aduzir salvaguardas, de modo a revestir-se da previsibilidade que lhe é exigida, o que não se verifica no caso em apreço. Recordar-se, a este propósito, que a alínea *j*) do n.º 2 do artigo 9.º do RGPD admite a realização de tratamentos de dados pessoais de saúde no domínio da saúde pública desde que o direito nacional preveja medidas adequadas e específicas que salvaguardem os direitos e liberdades do titular dos dados.

No que diz respeito às garantias dos direitos, é essencial salvaguardar que no serviço de legitimação de diagnóstico (SLD) não sejam inseridos dados identificáveis dos doentes.

⁷ TEK – Temporary Exposure Key: identificadores pseudoaleatórios gerados diariamente no dispositivo do utilizador e aí armazenados por 14 dias.

Assim, nos termos em que está redigido, o artigo 4.º do projeto, ao não determinar, pelo menos, que profissional de saúde está em causa, que dados pessoais devem ser utilizados pelo médico e qual a aplicação onde os mesmos residem, constitui uma norma em branco, sem densificação suficiente para dar a imprescindível previsibilidade ao tratamento de dados pessoais de saúde.

E para suprir essa incompletude normativa, não é suficiente o artigo 2.º, que, sob a epígrafe “Proteção de dados pessoais e cibersegurança”, remete para orientações feitas a nível europeu, no contexto das aplicações e outros recursos tecnológicos de combate à COVID-19, para as Diretrizes n.º 4/2020 do Comité Europeu de Proteção de Dados⁸, para os requisitos de cibersegurança da Agência Europeia de Cibersegurança (ENISA)⁹ e para a Recomendação (UE) 2020/518 da Comissão, de 8 de abril¹⁰, prescrevendo que este conjunto de instrumentos, não vinculativos, deverá ser respeitado pelo sistema STAYAWAY COVID.

Assim, considera-se que o legislador foi excessivamente minimalista na regulação relativa ao funcionamento do sistema STAYAWAY COVID, remetendo todos os aspetos concretos do tratamento de dados pessoais para uma definição posterior a ser feita pela DGS, enquanto responsável pelo tratamento, incluindo no que diz respeito à interoperabilidade com aplicações similares de outros Estados.

Apesar de a aplicação já estar estruturalmente desenvolvida do ponto de vista técnico, não se antecipando, por conseguinte, alterações significativas por parte do responsável pelo tratamento, e de a CNPD já ter apreciado, no âmbito da consulta prévia sobre a AIPD, várias vertentes do futuro tratamento de dados, sempre seria de o legislador introduzir algumas

⁸ https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/linee-guida/guidelines-042020-use-location-data-and-contact-tracing_en

⁹ <https://www.enisa.europa.eu/topics/wfh-covid19>

¹⁰ JO L 114, 14.4.2020

salvaguardas quanto a um tratamento de dados pessoais, que ao envolver tecnologias digitais de rastreio de proximidade, suscita apreensões legítimas, no plano ético e no plano legal¹¹.

A este quadro acresce o facto de uma parte substancial do tratamento de dados não ser controlada pelo responsável pelo tratamento, mas sim por uma parceria de duas das maiores empresas privadas de tecnologia (interface GAEN, criada pela Google e pela Apple).

Atendendo ao universo potencial de utilizadores da aplicação e ao objetivo do sistema STAYAWAY COVID, considera a CNPD caber ao legislador nacional traçar os limites do seu funcionamento, prevendo uma monitorização constante do comportamento da aplicação e de alterações que sejam introduzidas no plano do sistema operativo dos dispositivos móveis, assumindo ainda a importância da funcionalidade de *remote switch* que o sistema contém e em que condições deve esta ser utilizada.

Por último, assinala-se que o projeto de decreto-lei não assume o carácter excecional e temporário do sistema STAYAWAY COVID, e do tratamento de dados pessoais que este implica, não fixando um qualquer prazo ou período temporal, mesmo flexível por referência à verificação de certas condições (*v.g.*, fim da situação de pandemia/epidemia), para o seu término.

Ora, em cumprimento dos princípios enunciados nas alíneas *a)*, *b)*, *c)* e *e)* do n.º 1 do artigo 5.º do RGPD, entende a CNPD que essa é uma questão essencial, que deveria ser inserida no diploma.

¹¹ Sobre algumas destas preocupações, ver pontos 31, 87 e 89 da Deliberação/2020/277. Ver ainda Posição do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, de 29 de junho de 2020, sobre Aplicações digitais móveis para controlo da transmissão da COVID-19 – aspetos éticos relevantes. https://www.cnecv.pt/files/1593523643_62f80ed69c317b6cee76810d493bb77a_posic-a-o-cnecv-apps-mo-veis-controlo-covid19-29-06-2020.pdf

III. Conclusão

Com base nas observações e com os fundamentos acima expostos, a CNPD considera que:

1. O preâmbulo do diploma deve ser revisto à luz das duas observações feitas, quanto à clarificação sobre a AIPD e quanto à introdução da referência sobre a audição da CNPD;
2. Deve ser explicitado no diploma que o profissional de saúde com competência para validar um diagnóstico de infecção por SARS-CoV-2 é um médico, pelo que o perfil de acesso ao sistema de legitimação de diagnóstico deverá respeitar essa regra;
3. Deve ser efetivamente objeto de regulação o universo de médicos abrangidos, a reutilização de informação clínica dos doentes e os seus limites, determinando-se que não sejam inseridos no serviço de legitimação de diagnóstico (SLD) dados identificáveis dos doentes.
4. Deverão ser introduzidas salvaguardas quanto ao tratamento de dados pessoais, designadamente: limitando a utilização de dados apenas para a finalidade aqui fixada; prevendo a monitorização contínua do comportamento da aplicação no que diz respeito à interface GAEN e eventuais alterações; definindo em que condições pode ser ativada a funcionalidade de *remote switch* para proteção dos utilizadores;
5. Deverá ser aditada uma norma que determine a natureza transitória e excecional deste tratamento de dados, prevendo-se o seu término, de forma flexível, por referência ao final da pandemia/epidemia ou quando verificadas algumas condições especificadas.

Aprovado na reunião de 21 de julho de 2020



Filipa Calvão (Presidente)