

FORUM

DE PROTEÇÃO DE DADOS

N.º 01 JULHO 2015 SEMESTRAL

EM FOCO

O NOVO QUADRO LEGAL EUROPEU

OPINIÃO DE JOSÉ VITOR MALHEIROS

TJUE - RETENÇÃO DE DADOS

DEVICE FINGERPRINTING

FORUM

DE PROTEÇÃO DE DADOS



COMISSÃO NACIONAL
DE PROTECÇÃO DE DADOS

7 EDITORIAL

OPINIÃO

- 10 UM MUNDO DE COISAS A ESCONDER**
José Vítor Malheiros

EM FOCO

- 20 NOTAS SOBRE O REGIME SANCIONATÓRIO DA PROPOSTA DE REGULAMENTO GERAL SOBRE A PROTECÇÃO DE DADOS DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO**
José Lobo Moutinho e David Silva Ramalho
- 36 O MODELO DE SUPERVISÃO DE TRATAMENTOS DE DADOS PESSOAIS NA UNIÃO EUROPEIA: DA ATUAL DIRETIVA AO FUTURO REGULAMENTO**
Filipa Calvão

JURISPRUDÊNCIA

- 52 ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (GRANDE SECÇÃO)**
- 79 ANOTAÇÃO**
Clara Guerra e Filipa Calvão

DOCUMENTOS

- 86 PARECER 9/2014 DO GRUPO DO ARTIGO 29.º SOBRE A APLICAÇÃO DA DIRETIVA 2002/58/CE AO *DEVICE FINGERPRINTING***

ANOTAÇÃO

Neste acórdão o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) declara a invalidade da Diretiva 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2006, 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, que altera a Diretiva 2002/58/CE. A declaração de invalidade tem por fundamento a violação do princípio da proporcionalidade na restrição que a Diretiva opera dos direitos ao respeito pela vida privada e familiar e à proteção de dados pessoais, consagrados nos artigos 7.º e 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (UE).

A declaração de invalidade da Diretiva não implica diretamente a invalidade da lei nacional que a transponha, mas é imperativo avaliar a conformidade desta com o Direito da União Europeia, em especial com a Carta dos Direitos Fundamentais da UE.

A Diretiva 2006/24/CE caracterizava-se por ser uma diretiva derogatória, na medida em que era um ato normativo exclusivamente restritivo dos direitos consagrados nos artigos 7.º e 8.º da Carta, derogando para o efeito os artigos 5.º, 6.º e 9.º da Diretiva 2002/58/CE, os quais contêm um conjunto de salvaguardas de proteção desses mesmos direitos fundamentais.

Tendo a Diretiva sido considerada inválida, afastaram-se consequentemente as derrogações nela previstas do artigo 5.º (confidencialidade das comunicações), do artigo 6.º (dados de tráfego), do artigo 9.º (dados de localização) da Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas.

De igual modo, ficou sem efeito a alteração introduzida pelo artigo 11.º da Diretiva 2006/24/CE ao artigo 15.º da Diretiva 2002/58/CE, a qual excluía a aplicabilidade do n.º 1 do artigo 15.º aos dados conservados ao abrigo da Diretiva 2006/24/CE, esvaziando em grande parte a possibilidade aí admitida de os Estados membros adotarem medidas legislativas de restrição de direitos.

Com efeito, nos termos do n.º 1 do artigo 15.º da Diretiva 2002/58/CE, os Estados membros podem adotar medidas legislativas para restringir o âmbito dos direitos e obrigações previstos nos artigos 5.º e 6.º, nos n.ºs 1 a 4 do artigo 8.º, e no artigo 9.º, incluindo a possibilidade de os dados serem conservados durante um período limitado, para fins designadamente de prevenção, deteção, investigação e repressão de infrações penais, sempre que essas restrições constituam uma medida necessária, adequada e proporcionada numa sociedade democrática.

Por conseguinte, mesmo admitindo que, em execução do acórdão, a Lei n.º 32/2008, de 18 de julho, pudesse corresponder às medidas legislativas previstas no n.º 1 do artigo 15.º da Diretiva 2002/58/CE, na disponibilidade dos Estados membros, a lei nacional teria sempre de observar os princípios e acatar os limites impostos às restrições de direitos pelo artigo 15.º da Diretiva 2002/58/CE, interpretados à luz do seu Considerando 11.

Aí se desenvolve que as medidas a tomar pelos Estados membros devem estar em conformidade com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), segundo a interpretação da mesma na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Essas medidas devem ser adequadas, rigorosamente proporcionais ao objetivo a alcançar e necessárias numa sociedade democrática e devem estar sujeitas, além disso, a salvaguardas adequadas, em conformidade com a CEDH.*

Também o Considerando 2 da Diretiva 2002/58/CE oferece enquadramento geral para o tratamento de dados pessoais, reforçando que *esta diretiva visa assegurar o respeito dos direitos fundamentais e a observância dos princípios reconhecidos pela Carta dos Direitos Fundamentais da UE, em especial os direitos consignados nos artigos 7.º e 8.º da Carta.*

Sendo certo que a Carta vincula os Estados membros, por força do Tratado sobre a União Europeia, tendo por isso aqueles de respeitar os direitos e observar os princípios nela consagrados (cf. n.º 1 do artigo 51.º), a Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, que transpôs a Diretiva 2006/24/CE para a ordem jurídica portuguesa, tem de ser avaliada na perspetiva da sua congruência com a Carta dos Direitos Fundamentais da UE.

O exercício que nos propomos aqui fazer consiste numa apreciação, ainda que sumária, da conformidade da Lei n.º 32/2008 com o Direito da UE, seguindo, especificamente, os fundamentos expostos no acórdão em relação às várias disposições da Diretiva e verificando se todos ou alguns deles se justificam quanto às normas da Lei portuguesa.

Começa-se por notar que a Lei n.º 32/2008, ao contrário da Diretiva, especifica os crimes cuja prevenção, deteção e repressão justifica a imposição deste tratamento de dados pessoais (cf. alínea g) do n.º 1 do artigo 2.º), e sujeita ainda a controlo judicial prévio o acesso aos dados pelas autoridades competentes (cf. alínea a) do n.º 1 do artigo 7.º). Todavia, outros aspetos de regime sobre os quais incide o juízo de invalidade do Tribunal encontram-se previstos também na Lei nacional. Vejamos.

O TJUE reconhece que as medidas previstas na Diretiva, e que grosso modo correspondem à imposição do dever de conservação de dados de tráfego e de localização gerados no contexto de comunicações eletrónicas e do dever da sua transmissão a autoridades competentes para a finalidade de investigação, deteção e repressão de crimes graves, são legítimas e adequadas ao fim visado. Mas, quanto à necessidade de tais medidas, conclui pela violação do princípio da proporcionalidade nessa vertente.

O principal argumento em que assenta tal juízo prende-se com o facto de a conservação dos dados constituir uma restrição aos direitos fundamentais à vida privada e à proteção de dados pessoais (cf. §§26-27, 31, 33-34 do acórdão), não se excluindo a sua incidência no exercício da liberdade de expressão (cf. §28 do acórdão), e de afetar a totalidade da população. Ou seja, o tratamento de dados pessoais e consequente restrição daqueles direitos fundamentais abrange de maneira geral todas as pessoas, todos os meios de comunicação eletrónica e todos os dados relativos ao tráfego [...] (§57 do acórdão), aplicando-se mesmo a pessoas em relação às quais não haja indícios que levem a acreditar que o seu comportamento possa ter umnexo, ainda que indireto ou longínquo, com infrações graves (§58 do acórdão), traduzindo-se tal conservação num tratamento automático de dados pessoais com risco significativo de acesso ilícito aos mesmos.

Sucedede que a Lei n.º 32/2008 padece do mesmo vício.

O dever de conservação dos dados imposto às operadoras dos serviços de comunicação eletrónica respeita a todos os dados de tráfego e de localização de todos os clientes ou utilizadores das comunicações eletrónicas no território nacional. Sem que se atenda a um específico indício que permita associar uma pessoa a um concreto crime, mesmo que apenas como suspeito. E sem que se exceção deste dever de conservação os dados de tráfego e de localização daqueles que, nos termos de outros diplomas legais, estão vinculados e protegidos pelo segredo profissional (cf. §58 do acórdão).

Prevendo este diploma legal um tratamento de dados pessoais automático, relativo aos dados de todos os clientes ou utilizadores de comunicações eletrónicas, que não permite uma seleção dos dados sujeitos a conservação em função da ligação do seu titular, ainda que indireta, a crimes graves, nem permite excluir dessa conservação dados das pessoas que, legalmente, não podem ser objeto de controlo por estarem abrangidos pelo sigilo profissional, só pode concluir-se pela invalidade do mesmo por violação do princípio da proporcionalidade na restrição dos direitos ao respeito pela vida privada e à proteção dos dados pessoais (artigos 7.º e 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE).

Para além deste juízo geral de desnecessidade do tratamento de dados por ela previsto e imposto, a Lei n.º 32/2008 está também quanto a outros aspetos específicos em contradição com o Direito da União Europeia.

Desde logo, a Lei omite também, tal como a Diretiva, critérios objetivos que permitam definir o perfil e limitar o número das pessoas com autorização de acesso e de utilização posterior dos dados conservados ao estritamente necessário (cf. §62 do acórdão). Na verdade, a alínea d) do n.º 1 do artigo 7.º da Lei n.º 32/2008 não apresenta critérios que densifiquem o conceito de «pessoas especialmente autorizadas», limitando-se a repetir a fórmula consagrada na Diretiva e que foi objeto de censura pelo TJUE.

No que às medidas de segurança diz respeito, o mesmo artigo 7.º limita-se também a repetir, com algumas adaptações, o disposto no artigo 7.º da Diretiva, sem especificar regras quanto às medidas de segurança, nem as adaptar à quantidade, sensibilidade e especial risco de acesso ilícito (cf. §66 do acórdão).

Em relação ao prazo de conservação dos dados pessoais, embora a Lei, no seu artigo 6.º, preveja um prazo mais curto do que o máximo admitido pela Diretiva, não se indica qualquer elemento que permita compreender a razão de ser do prazo de um ano legalmente fixado – não sendo a opção legislativa neste ponto livre, por também estar sujeita ao princípio da proporcionalidade, sobram dúvidas quanto à observância do mesmo.

Em todos estas normas denota-se a ausência de especificação legal dos termos e condições em que pode ser realizado o tratamento de dados imposto, de modo a restringi-lo ao estritamente necessário à prossecução da respetiva finalidade, em clara violação do princípio da proporcionalidade.

Além disso, incorrendo no mesmo vício que a Diretiva, a Lei não impõe que os dados sejam conservados dentro do território da União, não estando assim garantida a fiscalização por entidades independentes como determina o n.º 3 do artigo 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE (cf. §68 do acórdão).

Em conclusão, a Lei n.º 32/2008 contém normas que preveem a restrição ou ingerência nos direitos fundamentais ao respeito pela vida privada e à proteção dos dados pessoais (artigos 7.º e 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE) com grande amplitude e intensidade em clara violação do princípio da proporcionalidade.

A terminar, duas observações. A primeira para sublinhar que a presente análise se limita à avaliação da conformidade da Lei n.º 32/2008 com a Carta dos Direitos Fundamentais da UE; mas a idêntica conclusão se chega se o padrão de avaliação for a Constituição da República Portuguesa: com os mesmos fundamentos, verifica-se uma restrição desproporcionada dos direitos à reserva da intimidade da vida privada e à proteção de dados pessoais, em violação do disposto no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição. Aliás, têm-se sucedido nos Estados membros as declarações de inconstitucionalidade ou de invalidade das leis nacionais de retenção de dados.

A segunda observação prende-se com o alcance do acórdão do TJUE, que não se restringe a este concreto domínio da retenção de dados pessoais. Na verdade, a jurisprudência nele vertida repercute-se ainda em vários instrumentos jurídicos europeus e nacionais, os quais, na ânsia de satisfazerem de modo eficaz outros interesses relevantes, padecem precisamente do mesmo vício de fundo: a violação grosseira do princípio da proporcionalidade. Não pode, por isso, deixar de se alertar para a necessidade de se ter presente tal jurisprudência na apreciação da validade de outras normas jurídicas vigentes ou em preparação.

Clara Guerra e Filipa Calvão