

O DIREITO

Ano 147.º (2015), IV

Diretor: JORGE MIRANDA

Fundadores

António Alves da Fonseca

José Luciano de Castro

Antigos Diretores

José Luciano de Castro

António Baptista de Sousa (Visconde de Carnaxide)

Fernando Martins de Carvalho

Marcello Caetano

Inocêncio Galvão Telles

Diretor

Jorge Miranda

Diretores-Adjuntos

António Menezes Cordeiro

Luís Bigotte Chorão

Propriedade de JURIDIREITO – Edições Jurídicas, Lda.

NIPC 506 256 553

Sede e Redação: Faculdade de Direito de Lisboa – Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa

Editora: Edições Almedina, SA

Rua Fernandes Tomás n.º 76, 78, 80

Telef.: 239 851 904 – Fax: 239 851 901

3000-167 Coimbra – Portugal

editora@almedina.net

Publicação: quatro números anuais

Tiragem: 300 exemplares

Assinatura anual € 70,00 (12,5% de desconto sobre o total dos números avulsos)

Número avulso € 20,00

Coordenação e revisão: Veloso da Cunha

Execução gráfica: DPS – Digital Printing Services, Lda.

Depósito legal: 229122/05

N.º de registo na ERC – 124475

ÍNDICE

ARTIGOS DOUTRINAIS

RUI SOARES PEREIRA/DAVID SILVA RAMALHO <i>Os processos especiais no direito processual penal português</i>	823
PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ <i>A tutela ressarcitória no Direito dos Contratos Públicos: interesse contratual positivo ou negativo e perda de chance</i>	853
OSVALDO FERREIRA DE CARVALHO <i>O estado de necessidade econômico-financeiro e o impacto sobre os direitos fundamentais</i>	897
ALEXANDRE GUERREIRO <i>Intervenção militar na Síria e o Conselho de Segurança das Nações Unidas: Obligatio erga omnes ou a descredibilização das instituições internacionais?</i>	969
DAVID SILVA RAMALHO/JOSÉ DUARTE COIMBRA <i>A declaração de invalidade da Diretiva 2006/24/CE: presente e futuro da regulação sobre conservação de dados de tráfego para fins de investigação, deteção e repressão de crimes graves</i>	997
MARGARIDA SEPÚLVEDA TEIXEIRA <i>Apreciação da Matéria de Facto em Sede de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade</i>	1047

*A declaração de invalidade da Diretiva 2006/24/CE: presente e futuro da regulação sobre conservação de dados de tráfego para fins de investigação, deteção e repressão de crimes graves**

DR. DAVID SILVA RAMALHO**

DR. JOSÉ DUARTE COIMBRA***

SUMÁRIO: § 1.º *A Diretiva 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho: 1.1. Origem e significado contextual; 1.2. Tensões e resistências: as vicissitudes da Diretiva e das respetivas leis de transposição. § 2.º O Acórdão do TJ de 8 de abril de 2014: 2.1. A questão de fundo; 2.2. Os efeitos do Acórdão. § 3.º As implicações do Acórdão DRI no contexto português: 3.1. A Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, perante o julgo do TJ; 3.2. O estatuto atual da obrigação de conservação e transmissão de dados ao abrigo da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho: consequências práticas do Acórdão DRI. § 4.º Balanço e perspetivas de futuro.*

Colocado perante duas questões prejudiciais de validade da 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)¹, veio o Tribunal de Justiça, no passado dia 8 de abril de 2014 (processos apensos C-293/12 e 594/12), a declará-la inválida, por violação dos artigos 7.º, 8.º e n.º 1 do artigo 52.º da Carta dos Direitos

* O texto tem origem e será publicado no *Liber Amicorum Manuel Simas Santos* e encontra-se atualizado até janeiro de 2015.

** Mestrando na *Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Investigador do *Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências Criminais*. Advogado na *Sérvulo & Associados*.

*** Mestrando e Assistente Convidado na *Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Investigador do *Centro de Investigação de Direito Público*. Advogado Estagiário na *Sérvulo & Associados*.

¹ 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, e que altera a Diretiva 2002/58/CE.

Fundamentais da União Europeia. Confirmando as suspeitas de desconformidade há muito identificadas na Diretiva e, também no plano constitucional, em legislação de transposição dos Estados-Membros, a declaração do Tribunal coloca, no entanto, uma dúvida central, relativa aos efeitos do Acórdão em matéria de (in)validade e (in)aplicabilidade das respetivas legislações nacionais de transposição, o que, no caso português, significa questionar qual o estatuto, atual e futuro, da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho.

§ 1.º A Diretiva 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho

1.1. *Origem e significado contextual*

I. A História recente tem demonstrado que o equilíbrio entre, por um lado, o respeito pelo direito à reserva da intimidade da vida privada e à proteção dos dados pessoais e, por outro, a necessidade de conservação de alguns desses dados para fins de prevenção, investigação e repressão criminal, tem sido particularmente difícil de alcançar devido à oscilação periódica da prevalência atribuída a cada um desses conjuntos de interesses por parte do legislador e da opinião pública.

Enquanto o primeiro conjunto tende a destacar-se em tempos menos turbulentos, em que os cidadãos se voltam para si mesmos e reivindicam o afastamento do Estado da sua esfera individual, o segundo prospera quando acontecimentos particularmente graves e impressionantes (em particular, relacionados com terrorismo ou outro tipo de criminalidade grave) abalam a confiança e tranquilidade da sociedade e suscitam nos seus membros, simultaneamente, a noção da prevalência dos interesses da comunidade em relação aos do indivíduo, e o sentimento de aproximação ao Estado, acompanhada da legitimação de condutas mais agressivas em prol da recuperação do sentimento de segurança perdido.

A alternância entre estes dois polos em matéria de conservação de dados pessoais é facilmente identificável na evolução do Direito da União Europeia das últimas duas décadas.

II. Numa primeira fase, com a entrada em vigor da Diretiva 95/46/CE², o legislador comunitário³, ao procurar estabelecer um regime geral de proteção

² Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

³ Já antes, porém, o Conselho da Europa e, ainda que mais sinteticamente, a ONU e a OCDE se haviam debruçado, no mesmo sentido, sobre a questão da conservação de dados – cf. JEREMY

de dados no espaço europeu, sujeitou o tratamento de dados pessoais a critérios de necessidade, pertinência e não excessividade em relação às concretas finalidades prosseguidas e limitou genericamente a sua conservação ao período necessário para a prossecução das finalidades para que os mesmos são recolhidos ou para que devem ser tratados posteriormente⁴.

Pouco tempo depois entrou em vigor a Diretiva 97/66/CE⁵, com o objetivo de promover a harmonização das disposições dos Estados-Membros⁶

WARNER, «The Right to Oblivion: Data Retention from Canada to Europe in Three Backward Steps», *University of Ottawa Law & Technology Journal*, vol. 2, n.º 1 (2005), pp. 80-100; ROLF H. WEBER, «Data Retention Revisited – Integration into Data Protection Framework?», *Computer Law Review international*, Vol. 14, n.º 1 (2013), pp. 8-10; e ROLF H. WEBER/ULRIKE I. HEINRICH, *Anonymization*, Londres/Nova Iorque: Springer, 2012, pp. 30-35.

⁴ Cf. alíneas b), c) e e) do n.º 1 do artigo 6.º da Diretiva 95/46/CE.

⁵ Diretiva 97/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de dezembro de 1997 relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das telecomunicações.

⁶ A forma de grafar «Estado-Membro» não é uniforme nos textos jurídicos de língua portuguesa (doutrinários, jurisprudenciais ou até mesmo legais), apesar de a forma «Estado-Membro» poder ser tida como prevalecente face às alternativas «Estado-membro», «Estado membro» ou «Estado Membro». Parece por isso útil, mesmo que a título de excursão, tentar definir algumas premissas sobre o ponto. Na versão publicada dos Tratados em língua portuguesa, a opção por «Estado-Membro» é clara. Compulsadas as fontes oficiais nas quais se aborda o tema da formação de palavras na língua portuguesa (e independentemente do *real* valor jurídico ou da bondade científica que lhes seja de atribuir), parece ser de adotar «Estado-Membro» e, no plural, «Estados-Membros». Se a utilização de maiúscula quanto a «Estado» não oferece dúvidas, por estar em causa, na terminologia do Acordo Ortográfico de 1945 (aprovado pelo Decreto n.º 35:228, de 8 de dezembro de 1945), um «alto conceito político» (cf. a Base XLII, na qual o exemplo é expressamente referido, sendo certo que a alínea d) do parágrafo 1.º da Base XIX do Acordo Ortográfico de 1990 [aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 26/91, de 23 de agosto], ao referir-se ao uso de maiúscula em «nomes que designam instituições» parece poder ser interpretado no mesmo sentido), já surge mais duvidoso o estatuto do componente «Membro», embora possam assumir-se, convencionalmente, duas proposições: (i) quanto ao uso de hífen, este parece não poder recusar-se, tendo em conta (i.1) a unidade semântica de que indiscutivelmente goza a expressão e (i.2) correspondentemente, a circunstância de estar em causa, segundo a «Terminologia Linguística para os Ensinos Básico e Secundário (TLEBS, aprovada em anexo à Portaria n.º 1488/2004, de 24 de dezembro), um composto morfossintático coordenado, isto é, uma sequência na qual os dois nomes possuem o mesmo estatuto ou importância, facto que também implica a forma «Estados-Membros» no plural; (ii) já a utilização de maiúscula em «Membro» é seguramente duvidosa: nem o AO 1945 nem o AO 1990 abordam o tema, sendo certo que, utilizado singularmente, o vocábulo «membro» (com o significado de «parte», «aderente» nunca deverá ser grafado com maiúscula. No entanto, a utilização de maiúscula parece poder justificar-se pela circunstância de «Membro» trazer, neste contexto, uma implícita referência ao Estado que possua esse estatuto (Portugal, Espanha, etc.). Para além disso, parece legítima a analogia com a exceção referida na segunda parte da Base XLVI do AO 1945, no termos da qual será de utilizar maiúscula para nomes que designem cargos, postos ou dignidades hierárquicas «se assim o exigirem práticas oficiais», o