

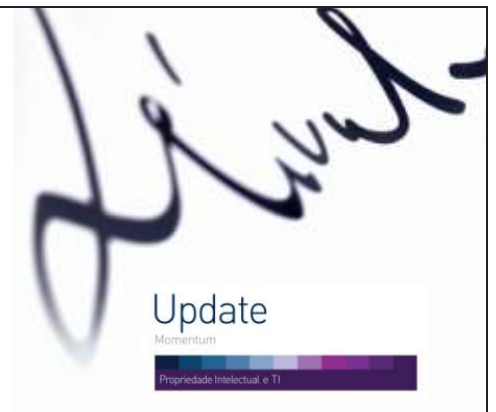
11 de abril de 2014

A DECLARAÇÃO DE INVALIDADE DA DIRETIVA 2006/24/CE: PRESENTE E FUTURO DA REGULAÇÃO SOBRE CONSERVAÇÃO DE DADOS POR PARTE DE FORNECEDORES DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÕES ELETRÓNICAS

Na passada terça-feira, dia 8 de Abril de 2014, o Tribunal de Justiça (da União Europeia) declarou inválida 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 (geralmente conhecida como *Data Retention Directive*), transposta para o ordenamento jurídico português pela Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho.

A Diretiva, surgida no contexto da proliferação de legislações nacionais em matéria de combate ao terrorismo, apresentou-se, em 2006, com o propósito declarado de harmonizar as disposições dos Estados membros em matéria de conservação de dados para efeitos de investigação, deteção e repressão de crimes graves, em particular de criminalidade organizada e terrorismo. Para tal, impõe a Diretiva a adoção, pelos Estados membros, de medidas destinadas a garantir a disponibilidade, durante um período mínimo de 6 meses e máximo de 2 anos, de dados de tráfego e de localização, bem como de dados conexos necessários para identificar o assinante ou o utilizador de serviços de comunicações eletrónicas.

Na densificação das categorias de dados a conservar, a Diretiva prevê, em síntese, a obrigatoriedade de os Estados membros adotarem medidas que obriguem os fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas a conservar os dados necessários para (i) encontrar e identificar a fonte de uma comunicação; (ii) encontrar e identificar o destino de uma comunicação; (iii) identificar a data, hora e duração de uma comunicação; (iv) identificar o tipo de comunicação e (v) identificar o equipamento de telecomunicações dos utilizadores, ou o



que se considera ser o seu equipamento, tanto no que respeita a comunicações telefónicas nas redes fixas e móvel, como na Internet.

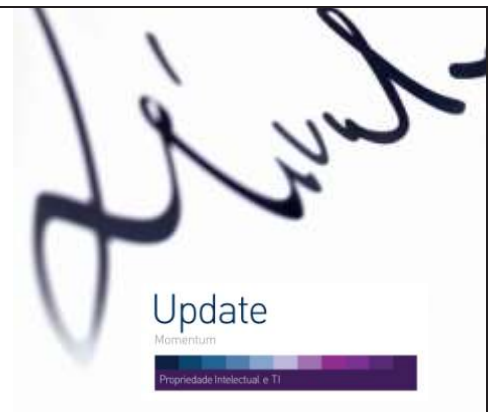
Em face do alargado âmbito de aplicação, objetivo e subjetivo, da Diretiva – que implicaria, nas palavras do acórdão, «*uma interferência com direitos fundamentais de praticamente toda a população europeia*» -, o seu período de transposição foi constantemente acompanhado de vozes no plano doutrinário pronunciando-se sobre a sua desconformidade com o Direito da UE ou com as Constituições nacionais, e, simultaneamente, de efetivas declarações de inconstitucionalidade de normas resultantes da transposição da Diretiva, como sucedeu em países como a Bulgária (2008), Roménia (2009), Alemanha (2010), Chipre (2011) e República Checa (2011).

Foi neste contexto que, em 2012, na sequência dos reenvios prejudiciais provenientes da Irlanda e da Áustria no âmbito dos processos apensos C-293/12 e C-594/12, respetivamente, o Tribunal de Justiça foi chamado a pronunciar-se sobre a validade da Diretiva à luz do Direito da União.

Na decisão proferida nos referidos processos de que ora tratamos, o Tribunal começou por entender que os dados conservados ao abrigo desta Diretiva permitem, no seu todo, retirar conclusões precisas sobre a vida privada dos titulares dos dados retidos, tal como os hábitos quotidianos, os locais permanentes ou temporários de residência, os seus movimentos diários, atividades desenvolvidas, relações sociais, bem como locais frequentados.

Embora reconheça a importância superior que o combate à criminalidade grave, em particular ao crime organizado e ao terrorismo, reveste para a garantia da segurança pública, o Tribunal entende que a vantagem conferida pelos mecanismos previstos na Diretiva no âmbito da investigação criminal deste tipo de crimes não justifica a imposição de medidas desta natureza a um âmbito tão alargado de indivíduos e sem qualquer restrição subjetiva, geográfica ou temporal (ousaríamos ler aqui, simultaneamente, uma tomada de posição a propósito do recentemente conhecido caso *PRISM*).

Entre outros argumentos que se prendem com a ausência de critérios objetivos para a definição dos prazos aplicáveis à conservação dos dados, ou mesmo de adaptação desse período às categorias de dados existentes, bem como de inexistência de mecanismos que previnam eventuais situações de abuso da informação assim recolhida, o Tribunal conclui, sem se pronunciar sequer quanto às demais questões que lhe são colocadas, pela invalidade da Diretiva, por violação dos direitos à reserva da intimidade da vida privada e à proteção de



dados pessoais e ao princípio da proporcionalidade – servindo-se, para o efeito, das normas contidas nos artigos 7.º, 8.º e 52.º, n.º 1 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em vigor desde 1 de Dezembro de 2009 (artigo 6.º do Tratado da União Europeia).

Perante este acórdão do Tribunal de Justiça, a questão que imediatamente se pode colocar diz respeito ao âmbito de eficácia da declaração de invalidade da Diretiva 2006/24 CE, surgindo a este título a dúvida sobre se tal decisão vincula os tribunais ou autoridades portuguesas. Decisiva quanto à determinação de quais sejam, afinal, os efeitos práticos da pronúncia da passada terça-feira, a questão não surge, no entanto, absolutamente linear.

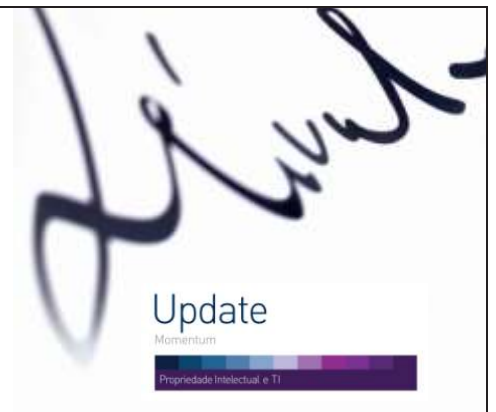
Por um lado, e pelo facto de a decisão ter resultado de questões prejudiciais (artigo 267.º do TFUE) colocadas pelo Supremo Tribunal Irlandês e pelo Tribunal Constitucional Austríaco, a mesma não implica que a Diretiva 2006/24 CE se ache afastada da ordem jurídica, já que para tanto se exigiria que a decisão do Tribunal tivesse resultado de um recurso de anulação (artigo 263.º do TFUE): ou seja, o juízo do Tribunal de Justiça não se traduziu numa qualquer *declaração com força obrigatória geral* – a Diretiva 2006/24/CE permanece, nestes termos, vigente.

Por outro lado, e em consequência, é também claro que a decisão do Tribunal de Justiça em nada afeta a vigência da Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho, já que, não obstante este diploma consubstancie o ato nacional de transposição daquela Diretiva, a validade de atos nacionais só pode ser apreciada pelos tribunais nacionais..

Finalmente, e ainda em consequência de a decisão ter sido proferida em sede de reenvio prejudicial, surge a circunstância de, em tese, a mesma apenas produzir efeitos entre as partes envolvidas nos processos nos quais foram colocadas as competentes questões prejudiciais. Assim, e pelo menos a título de princípio, estaria fora de causa qualquer vinculação de órgãos portugueses (legislativos, jurisdicionais ou administrativos) a esta decisão.

Deve em todo caso salientar-se que esta não vinculação dos órgãos portugueses (ou de outro qualquer Estado membro da União) assume, na realidade, carácter meramente tendencial ou até, teórico. E isto por dois motivos essenciais.

Em primeiro lugar, e não obstante o que há pouco se disse quanto à manutenção da vigência quer da Diretiva 2006/24 CE quer da Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho, a verdade é que o Direito da UE dita, desde 8 de Abril de 2014 – e com efeitos retroagindo à data de entrada em vigor da Diretiva, 3 de Maio de 2006 – que soluções

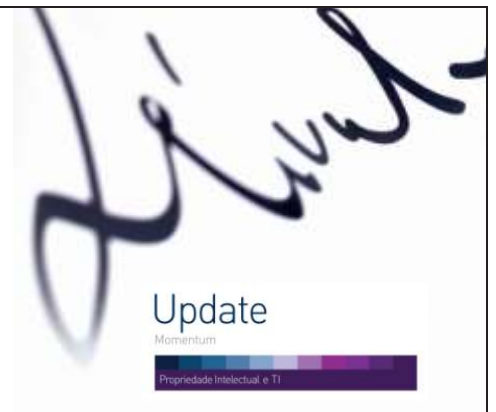


que obriguem, nos termos em que o faz a Diretiva, os operadores de serviços de comunicações a conservar dados de tráfego e de localização para efeitos da sua eventual transmissão a autoridades criminais se mostram contrárias aos princípios enformadores do Direito da UE. Nestes termos, e na medida em que a Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho segue de perto aquilo que resulta da Diretiva, parece não oferecer dúvidas o facto de este diploma nacional se mostrar como um ato contrário ao Direito da UE. O que, e por exemplo, convoca a questão de saber se o Estado Português poderá vir a ser condenado, em sede de ação de incumprimento (artigos 258.º e 260.º do TFUE) pela circunstância de manter no ordenamento um diploma nacional que, de acordo com o que já ditou o Tribunal de Justiça, se mostra desconforme ao Direito da UE. Mais ainda, um problema – de enorme relevância prática - que igualmente se coloca é o de saber se atos praticados ao abrigo da Lei n.º 32/2008 podem, agora, e pelo facto de as suas soluções se revelarem desconformes com o Direito da União, ser sindicadas no âmbito de processos em curso ou já transitados. Este é um aspeto que merece, contudo, uma reflexão mais alargada não compatível com os propósitos da presente nota.

Em segundo lugar, e como decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de efeitos dos seus acórdãos que resultem de reenvios prejudiciais de validade – como foi o caso – a verdade é que tais decisões, embora formalmente apenas vinculem as partes em litígio, constituem *razão suficiente para que qualquer outro juiz [ou mesmo outra autoridade pública] considere[m] o ato como não válido para os efeitos de uma decisão que lhe cumpra proferir*. Ou seja: qualquer tribunal português deverá assumir que a Diretiva 2004/26 CE constitui um ato inválido, isto sem prejuízo de, e ainda de acordo com aquela jurisprudência, poder a vir colocar de novo questões ao Tribunal de Justiça relativas à sua validade. Mas a partir daqui surgem as principais questões:

1. Significa isso que qualquer tribunal português poderá não aplicar as disposições constantes da Lei n.º 32/2008?
2. E quanto aos operadores de telecomunicações? Poderão estes recusar-se, de forma legítima (ou seja, sem que com isso se achem a praticar quaisquer crimes ou contraordenações), a cumprir as obrigações a que estão adstritos por via daquele diploma?

A resposta a estas questões, não sendo unívoca, parece, no entanto, e por agora, ser negativa. É que, e como se disse, a decisão do Tribunal de Justiça em nada afeta a validade da Lei portuguesa. Por ser assim, não poderiam nem tribunais, nem órgãos policiais, nem particulares, em princípio, querer desvincular-se de



normas nacionais que, para todos os efeitos, ainda se encontram totalmente vigentes. Ocorre, no entanto, que a consideração do efeito do *primado* conduz a solução oposta, ou seja, ao dever de desaplicação (a cargo dos juízes ou outras autoridades públicas) das normas que se revelem desconformes com o Direito da UE.

Note-se, no entanto, e como notas finais, que, por um lado, é previsível que toda esta situação venha a ser clarificada através de uma mais do que provável revogação da Diretiva 2006/24/CE. Na altura em que tal acontecer, daí decorrerá, em princípio, a obrigação de, em conformidade, os Estados membros procederem à adaptação da sua legislação na matéria – o que, em relação ao ordenamento português, se traduzirá numa alteração significativa à Lei n.º 32/2008, que a adequa ao respeito pelos direitos à reserva da intimidade da vida privada e à proteção de dados pessoais e ao princípio da proporcionalidade, ou seja, aos concretos fundamentos que motivaram a decisão do Tribunal de Justiça da passada terça-feira. Por outro lado, nada impede que, na base destas mesmas razões, venha o Tribunal Constitucional Português, desde que solicitado para o efeito, a pronunciar-se, em sentido positivo, sobre a inconstitucionalidade de algumas das disposições da Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho.

Em conclusão: a decisão do Tribunal de Justiça de que neste texto se deu conta significa o verdadeiro *ponto de partida* para que, em matéria de obrigação de retenção de dados telefónicos por parte de operadores, nada permaneça como até agora. A matéria exige, pois, atenção e acompanhamento: eis ao que os Autores desta nota se vinculam de ora em diante.

David Silva Ramalho | José Duarte Coimbra
dsr@servulo.com | jds@servulo.com

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

A presente publicação da Sérvulo & Associados tem fins exclusivamente informativos. O seu conteúdo não constitui aconselhamento jurídico nem implica a existência de relação entre advogado cliente. A reprodução total ou parcial do conteúdo depende da autorização expressa da Sérvulo & Associados.

Rua Garrett, n.º 64 1200-204 Lisboa - Portugal Tel: (+351) 21 093 30 00 Fax: (+351) 21 093 30 01/02
geral@servulo.com www.servulo.com