

II Simpósio

# SEGURANÇA INFORMÁTICA E CIBERCRIME

## Os dados do tráfego *reloaded*: O Relatório da Comissão Europeia de Abril de 2011 e as Perspetivas Jurisprudenciais do TJUE

*Manuel David Masseno*

## Colocação do problema:

- o **acesso, pelos Poderes Públicos, aos “dados de tráfego”** como uma das questões mais controversas na regulação europeia da Sociedade da Informação
- ponto nevrálgico na **ponderação entre a eficácia da investigação criminal e a salvaguarda das Liberdades Fundamentais**, bem como na efectivação de outros interesses, como os dos titulares de direitos intelectuais

O **objecto** em questão, isto é, de que dados estamos a falar:

- **“Dados”**: os **dados de tráfego e os dados de localização**, bem como os dados conexos necessários para identificar o assinante ou o utilizador” (Art.º 2.º n.º 2 alínea a) da Directiva 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 electrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações)

## Especificando:

- “**Dados de tráfego**’ são quaisquer dados tratados para efeitos do envio de uma comunicação através de uma rede de comunicações electrónicas [...]”
- “**Dados de localização**’ são quaisquer dados tratados numa rede de comunicações electrónicas que indiquem a posição geográfica do equipamento terminal de um utilizador de um serviço de comunicações electrónicas publicamente disponível.” (Art.º 2.º alíneas b) e c) da Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas)

## **Antecedentes**, normativos:

Numa primeira fase, o **objectivo** foi o da protecção contra o processamento privado destes dados:

- “1. [...] os dados de tráfego relativos a assinantes e utilizadores tratados e armazenados pelo fornecedor de uma rede pública de comunicações ou de um serviço de comunicações electrónicas publicamente disponíveis **devem ser eliminados ou tornados anónimos quando deixem de ser necessários** para efeitos da transmissão da comunicação.
- 2. Podem ser tratados dados de tráfego necessários para efeitos de facturação dos assinantes e de pagamento de interligações. O referido tratamento **é lícito apenas até final do período durante o qual a factura pode ser legalmente contestada ou o pagamento reclamado.**” (Art.º 6.º da Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas, redação inicial)

## **Antecedentes**, normativos:

No mesmo instrumento, era já prevista a possibilidade de retenção de dados:

- “Os Estados-Membros podem adoptar **medidas legislativas para restringir o âmbito dos direitos e obrigações** previstos [...] que essas restrições constituam uma **medida necessária, adequada e proporcionada numa sociedade democrática para salvaguardar a segurança nacional** (ou seja, a segurança do Estado), **a defesa, a segurança pública, e a prevenção, a investigação, a detecção e a repressão de infracções penais ou a utilização não autorizada do sistema de comunicações electrónicas**. [...] Para o efeito, os Estados-Membros podem designadamente **adoptar medidas legislativas prevendo que os dados sejam conservados durante um período limitado**, pelas razões enunciadas no presente número.”

Com **cautelas** reforçadas, ligadas ao **respeito pelos Direitos dos Homem**:

- “[...] Todas as **medidas** referidas no presente número deverão ser **conformes com os princípios gerais do direito comunitário, incluindo** os mencionados nos n.ºs 1 e 2 do **artigo 6.º** do Tratado da União Europeia.” (Art.º 15.º n.º 1 da Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas)
- **Reafirmação do *Princípio da Especialidade*** (Actuais Art.ºs 4.º n.º 1 e 5.º do Tratado da União Europeia).

## **Antecedentes**, materiais (a *occasio legis*):

- os **atentados terroristas** de Madrid de 11 de Março de 2004 e de Londres de 7 de Julho de 2005, e as
- **dificuldades na investigação policial**, apenas superadas pelo acesso aos dados de conexão telefónica
- **pressão das opiniões públicas e dos Governos sobre o Parlamento Europeu** no sentido de ser relaxada a, habitual, atitude “garantista” dos Direitos Fundamentais no Processo de Co-decisão
- O que permite qualificar a **Directiva de 2006** como uma peça de “**Legislação de Emergência**”, com as inerentes restrições hermenêuticas

## Conteúdo essencial da Directiva:

- Trata-se de disciplinar “[...] as obrigações dos fornecedores de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de uma rede pública de comunicações em matéria de conservação de determinados dados por eles gerados ou tratados, tendo em vista **garantir a disponibilidade desses dados para efeitos de investigação, de detecção e de repressão de crimes graves**, tal como definidos no direito nacional de cada Estado-Membro.” (Art.º 1. n.º 1)
- E “Os Estados-Membros devem assegurar que as categorias de dados [...] sejam conservadas por **períodos não inferiores a seis meses e não superiores a dois anos**, no máximo, a contar da data da comunicação.” (Art.º 6.º)

Este regime tem estado sob, intenso, escrutínio da **Jurisprudência**:

- em face do **Princípio do Primado** do Direito da U.E. sobre os Direitos nacionais, os **Tribunais Constitucionais** apenas têm podido avaliar as Leis de transposição e considerado inconstitucionais vários preceitos das mesmas, como ocorreu já na **Alemanha**, na **Roménia** e na **República Checa**
- mas o **Tribunal de Justiça da União Europeia** está em vias de o fazer relativamente à própria Directiva, como veremos

**Portugal** assumiu uma **atitude moderada e garantística dos Direitos Fundamentais** na transposição:

- **Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho**, relativa conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações;
- **Lei n.º 109/2009**, de 15 de Setembro, aprova a ***Lei do Cibercrime***;

Possível, ponto de viragem é o **Relatório da Comissão** ao Conselho e ao Parlamento Europeu - **Avaliação da Diretiva relativa à Retenção de Dados** (COM(2011) 225final) de 18 de Abril de 2011:

- avaliação **obrigatória** em face do Art.º 14.º da própria **Diretiva**, até 15 de Setembro de 2010...
- assumiu a necessidade da Diretiva, e **pediu aos Estados-membros elementos e dados de suporte**
- Carta enviada a 15 de Julho, **só 10 responderam**, Portugal não fez...

## “The moment of truth for the Data Retention Directive’

[...] It goes without saying that such a massive invasion of privacy needs profound justification. This justification is not established if the retention of all such information is only considered ‘a useful tool’ for law enforcement authorities or if it just ‘helps’ solving serious crimes.”

**Peter Hustinx** - Autoridade Europeia para a Protecção de Dados, Conferência sobre a Diretiva, Bruxelas, 3 Dezembro de 2010

## Questões essenciais:

- **Base Jurídica**, articulada com os objetivos da Diretiva (Art.º 1.º)
  - relação com **a construção do mercado interno** (Art.º 114.º do TFUE)
  - não com cooperação policial, ou com acesso aos dados retidos
- **Acesso aos dados**: Autoridades, métodos e condições (Art.º 4.º)
  - quem pode ter acesso e em que circunstâncias?

- **Âmbito da retenção e categorias de dados cobertas** (Art.ºs 1.º)
  - “anonimizadores”, por exemplo;
- **Períodos de retenção** (Art.ºs 6.º e 12.º)
- **Proteção de dados** e Autoridades de Supervisão (Art.ºs 7.º e 9.º)
- **Estatísticas** (Art.º 10.º)
- **Análise de dados**
- **Balanço da Jurisprudência**
  - **Nacional e do TEDH e do TJUE**

Em conclusão, a **Comissão Europeia** assume uma abertura a **alterações** à Diretiva:

- Depois de uma avaliação do impacto, sobretudo em termos de eficácia diante de políticas alternativas:
  - aprofundar a **harmonização**;
  - **compensação dos custos** dos operadores de comunicações eletrónicas; e sobretudo
  - assegurar uma melhor observância da **proporcionalidade**: **limitação dos objetivos e dos tipos de dados** a serem retidos, eventual **redução dos prazos** de retenção, **controle independente dos acessos**, **limitação das autoridades com acesso**, reforço das **medidas técnicas de segurança** e prevenção da *data mining*;

Em conclusão, a **Comissão Europeia** assume uma abertura a **alterações** à Diretiva:

- Depois de uma avaliação do impacto, sobretudo em termos de eficácia diante de políticas alternativas:
  - aprofundar a **harmonização**;
  - **compensação dos custos** dos operadores de comunicações eletrónicas; e sobretudo
  - assegurar uma melhor observância da **proporcionalidade**: **limitação dos objetivos e dos tipos de dados** a serem retidos, eventual **redução dos prazos** de retenção, **controle independente dos acessos**, **limitação das autoridades com acesso**, reforço das **medidas técnicas de segurança** e prevenção da *data mining*;

O **Tribunal Superior da Irlanda** suscitou junto do TJUE a questão da **validade da Directiva** em face dos Tratados, em 5 de Maio de 2010

- trata-se de determinar **se uma vigilância em massa é compatível com a salvaguarda dos Direitos Fundamentais**
- em suma, volta a consideração da ***Proporcionalidade***, mesmo não indicada expressamente no texto da Decisão
- Cabe recordar que a **U.E. está vinculada pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem LF**, pela sua **Carta dos Direitos Fundamentais** e pelas **tradições constitucionais comuns aos Estados membros** (Art.º 6.º do Tratado da U.E.)

## Que perspetivas?

- trata-se de determinar **se uma vigilância em massa é compatível com a salvaguarda dos Direitos Fundamentais**
- em suma, volta a consideração da ***Proporcionalidade***, mesmo não indicada expressamente no texto da Decisão
- Cabe recordar que a **U.E. está vinculada pela CEDH e pela Carta dos Direitos Fundamentais** e pelas **tradições constitucionais comuns aos Estados membros** (Art.º 6.º do Tratado da U.E.)

- **Tribunal Europeu dos Direitos do Homem**
  - Acórdão de 4 de Dezembro de 2008
    - “In conclusion, the Court finds that the blanket and indiscriminate nature of the powers of retention of the fingerprints, cellular samples and DNA profiles of persons suspected but not convicted of offences, as applied in the case of the present applicants, fails to strike a fair balance between the competing public and private interests and that the respondent State [So] the retention at issue constitutes a disproportionate interference with the applicants' right to respect for private life and cannot be regarded as necessary in a democratic society.”

- **Tribunal de Justiça da União Europeia**
  - **Acórdão** de 9 de Novembro de 2010, Casos **Schecke** (C-92/09) e **Eifert** (C-93/09)
    - dados de todos os beneficiários de ajudas no âmbito da PAC
    - princípio da proporcionalidade
  - **Acórdão** de 10 de Fevereiro de 2009, Caso **Irlanda c. o Parlamento e o Conselho** (C-301/06)
    - base jurídica da Diretiva

**Obrigado**