



NOTA PRÁTICA nº 7 / 2015  
30 de Dezembro de 2015

Retenção de dados de tráfego e Lei nº  
32/2008, de 17 de Julho

Pretende-se com esta nota prática dar conta da discussão jurídica, em Portugal e na Europa, a propósito da obrigação de os operadores de comunicações procederem à retenção de dados. Esta questão foi suscitada pelo Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 8 de Abril de 2014. No caso específico português supõe ponderar se está em vigor, ou não, a Lei nº 32/2008, de 17 de Julho.

1.

A Lei nº 32/2008, de 17 de Julho, transpõe para o ordenamento jurídico português a chamada Diretiva Europeia de Retenção de Dados<sup>1</sup>. Este diploma legal nacional, em cumprimento da obrigação de transposição daquela Diretiva, veio obrigar os operadores de comunicações a proceder à retenção de dados (designadamente de tráfego).

O Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 8 de Abril de 2014, no chamado caso *Digital Rights Ireland*<sup>2</sup>, declarou inválida a Diretiva de Retenção de Dados.

2.

É pacificamente aceite a necessidade da retenção de dados, como ferramenta auxiliar de investigação criminal. A sua falta, naqueles países onde a mesma não tem consagração legal, tem privado as autoridades criminais e judiciárias de uma importante fonte de informação e prova. É também assumido que esta retenção

<sup>1</sup> 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

<sup>2</sup> Processos apensos C 293/12 e C 594/12, respetivamente *Digital Rights Ireland Ltd (C 293/12)* contra *Minister for Communications, Marine and Natural Resources, Minister for Justice, Equality and Law Reform, Commissioner of the Garda Síochána*, Irlanda, *The Attorney General*, sendo intervenientes: *Irish Human Rights Commission*, e *Kärntner Landesregierung (C 594/12)*, Michael Seitlinger, Christof Tschohl e outros.



de dados deve ser primacialmente circunscrita a processos de investigação criminal, no seio da justiça penal – não é consensualmente admitido que seja utilizável para fins de segurança nacional ou *intelligence*.

É igualmente assumido que, sendo a retenção de dados (em especial de tráfego) imprescindível, aquilo que importa discutir não é a sua existência, mas antes as condições em que se processa: as salvaguardas de segurança na guarda e acesso, a destruição dos dados, após o período de retenção e o controlo judicial na sua utilização – designadamente pela restrição à investigação de crimes mais graves.

O próprio texto do Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 8 de Abril de 2014 é explícito neste sentido, da necessidade da retenção, regulamentada, de retenção de dados.

### 3.

Não obstante, na sequência daquele acórdão do TJUE, por decisão parlamentar ou de tribunais constitucionais, 10 dos Estados-Membros da União Europeia vieram a declarar inválidas as leis nacionais que transpunham a Diretiva de Retenção de Dados. Noutros 16 Estados-membros, pelo contrário, não aconteceu assim. Nestes últimos, tem sido sustentado, por um lado, que a validade formal das leis domésticas não foi posta em causa; por outro lado, que as exigências substanciais da deliberação do Tribunal do Luxemburgo, de uma forma ou outra, estavam previamente satisfeitas.

### 4.

Portugal é um dos 16 Estados-Membros nos quais se tem entendido que a decisão de 8 de Abril de 2014 não interferiu no quadro legal vigente. Com efeito, desde logo no campo legislativo, não foi sentida necessidade de introdução de qualquer alteração normativa – não foi mesmo apresentada, até à data, nenhuma iniciativa legislativa a este propósito.

Quanto à jurisprudência respeitante à aplicação prática da Lei nº 32/2008, a mesma é muito escassa. Além disso, nenhuma das decisões conhecidas de tribunais superiores portugueses se pronunciou especificamente quanto ao impacto do Acórdão de 8 de Abril na lei portuguesa. Assim aconteceu com as decisões proferidas durante 2015 pelos tribunais superiores a este propósito, que são apenas três, todas elas do Tribunal da Relação de Évora: o Acórdão de 6 de Janeiro de 2015, no processo 6793/11.2DLSB-A.E1, o Acórdão de 20 de Janeiro de 2015, no processo 648/14.6GCFAR-A.E1 e o Acórdão de 19 de Maio de 2015, no processo 54/15.5GCBNV-A.E1. Em todas estas deliberações se refere a Lei 32/2008, que é aplicada ao caso concreto, assumindo-se portanto que está em vigor. Todas são muito posteriores à decisão de 8 de Abril de 2014. Todavia, em nenhuma delas, de forma alguma, se põe em causa a validade da lei.



## 5.

A específica questão objeto de deliberação pelo TJUE não foi, desde Abril de 2014 até ao presente, especificadamente submetida aos tribunais portugueses – sem prejuízo de poder, naturalmente, ainda vir a sê-lo no futuro. Afigura-se porém que o não foi até agora porque o entendimento comum, pacificamente partilhado pela comunidade judiciária e pelos operadores de telecomunicações, é o de que a Lei 32/2008 está em vigor.

É importante sublinhar que a Lei 32/2008, além da transposição da Diretiva 2006/24/CE, introduziu um mais alargado quadro, muito complexo, de regulamentação do processo de retenção de dados (por exemplo, entre outras, as regras que devem ser observadas na retenção, as pessoas habilitadas a aceder os dados ou as condições de armazenamento e de acesso aos dados). Neste exercício, a lei nacional foi muito para lá das exigências da Diretiva. Desta forma, a maior parte das exigências que vieram a ser feitas pelo acórdão do TJUE estariam já anteriormente consideradas no direito interno. Por essa razão, tem sido entendido que a decisão do tribunal do Luxemburgo não afeta a validade da lei nacional.

Como exemplo do que se disse, a lei portuguesa estipula condições de acesso aos dados, exigindo que a divulgação seja precedida de ordem de um juiz (Artigo 9º, nº 1, da Lei nº 32/2008). Esta condição coincide com a exigência do Tribunal de Justiça, quando declara e tira consequências negativas do facto de a Diretiva não prever, no acesso aos dados, a exigência de autorização de uma autoridade independente.

Por outro lado, o Tribunal valora negativamente a circunstância de a Diretiva não prever a obrigação de destruir os dados após o período de retenção. A lei portuguesa estatui exatamente o oposto, impondo a destruição dos dados após o período de retenção (artigo 7º, nº 1, alínea e, da Lei nº 32/2008).

Em relação à conservação dos dados, o TJUE sublinhou também a falta de requisitos reguladores da mesma. Mais uma vez, a lei portuguesa prevê regras que traduzem importantes salvaguardas a este propósito (por exemplo, definindo quem são aqueles que estão autorizados a aceder os dados, as estritas condições de armazenamento e outros).

Estas considerações, aplicadas a Portugal, foram confirmadas, no âmbito europeu, pelas conclusões da 10ª Reunião do *Consultative Forum of Prosecutors General of the Member States of the European Union*, realizada na Haia, a 11 de Dezembro de 2015<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Nesta reunião todos os presentes, procuradores-gerais europeus ou seus representantes, foram unânimes em considerar a retenção de dados uma ferramenta essencial na investigação criminal, reconhecendo-se, embora, haver necessidade de a submeter a condições (salvaguardas e garantias): desde logo, a limitação a formas sérias de criminalidade; depois, a sujeição do acesso a uma autoridade judicial, independente; em terceiro lugar, à circunstância de os dados retidos serem conservados em segurança, de forma regulada, dentro da União Europeia. Por outro lado, a fixação mais rigorosa de um período de retenção, bem como a ulterior destruição dos dados retidos foram apontados como condicionalismos necessários. O *Consultative Forum* apelou mesmo a uma nova iniciativa europeia a este propósito, como forma de, após a decisão do TJUE de 8 de Abril de 2014, se repor o equilíbrio entre o direito à privacidade, por um lado, e o direito à segurança dos cidadãos, por outro.



6.

Sem embargo, é consensualmente reconhecido que algumas das condições descritas pelo acórdão do TJUE, pela sua natureza, serão objetivamente insuscetíveis de serem satisfeitas. Ou seja, o Tribunal de Justiça aponta para condições que não são viáveis ou que, sendo-o, tornam a retenção inútil. Assim, o Tribunal afirma que a retenção de dados não pode ser permitida no quadro da Diretiva, por ser indiscriminada (deveria, de acordo com o Tribunal, incidir apenas sobre alvos suspeitos de criminalidade grave) e, por outro lado, por os dados conservados não se referirem apenas a pessoas suspeitas, mas ao comum dos cidadãos. Além disso, o tribunal censura a retenção generalizada e indiscriminada de dados (e não a retenção de dados especificados), cobrindo toda a informação respeitante às comunicações, o que é visto como desproporcional.

7.

Sem prejuízo de todo o respeito que merece a decisão do Tribunal, afigura-se que aponta, com estas últimas questões, para uma discussão inconsistente e inconsequente. Na verdade, é o próprio Tribunal quem reconhece que a retenção de dados é necessária e útil. Porém, se assim é, a retenção de dados tem que ser indiscriminada, por um lado e tem que abranger todos os cidadãos, por outro. De facto, no momento em que os dados são retidos e conservados, não é possível saber se, porventura, aqueles dados poderão vir a ser necessários, como prova de um crime. Somente após ter ocorrido um crime, os dados entretanto retidos de forma generalizada e indiscriminada assumirão valor probatório. Nos casos em que há um suspeito já identificado em investigação, existem outros instrumentos para obter a informação a ele respeitante que venha a ser necessária (interceção de comunicações, por exemplo). É precisamente quando não se obteve previamente prova dos factos ou da identidade do suspeito que é útil o recurso a dados retidos – estes podem aliás ser a única forma de descobrir quem praticou um determinado crime. Porém, nessa altura, é necessário que os ditos dados estejam já retidos e conservados (todos os dados, em relação a todos os cidadãos). É por isso que a retenção de dados, tal como é entendida no quadro da Diretiva e da Lei nº 32/2008, apenas é útil se os dados se referirem a todos os cidadãos, de forma indiscriminada.

Aliás, por toda a Europa, de forma generalizada, a comunidade jurídica não tem conseguido alcançar, nesta parte, o sentido da decisão afirmação do Tribunal.