

I

(Resoluções, recomendações e pareceres)

PARECERES

AUTORIDADE EUROPEIA PARA A PROTECÇÃO DE DADOS

Parecer da Autoridade Europeia para a Protecção de Dados sobre o relatório de avaliação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre a Directiva relativa à conservação de dados (Directiva 2006/24/CE)

(2011/C 279/01)

A AUTORIDADE EUROPEIA PARA A PROTECÇÃO DE DADOS,

Tendo em conta o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e, nomeadamente, o artigo 16.º,

Tendo em conta a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e, nomeadamente, os artigos 7.º e 8.º,

Tendo em conta a Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados ⁽¹⁾,

Tendo em conta a 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 ⁽²⁾,

Tendo em conta o Regulamento (CE) n.º 45/2001 relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos comunitários e à livre circulação desses dados ⁽³⁾ e, nomeadamente, o seu artigo 41.º,

ADOPTOU O PRESENTE PARECER:

I. INTRODUÇÃO

I.1. Publicação do relatório

1. Em 18 de Abril de 2011, a Comissão apresentou o seu relatório de avaliação sobre a Directiva relativa à conservação de dados (a seguir designado «o relatório de avaliação») ⁽⁴⁾. O relatório de avaliação foi enviado, a título informativo, à AEPD no próprio dia. Pelas razões expostas na

parte I.2, *infra*, a AEPD emite o presente parecer por sua iniciativa, em conformidade com o artigo 41.º do Regulamento (CE) n.º 45/2001.

2. Antes da adopção da comunicação, a AEPD teve a oportunidade de apresentar observações informais. A AEPD congratula-se pelo facto de diversas observações terem sido tidas em conta pela Comissão na elaboração da versão final do documento.
3. A Comissão elaborou o relatório de avaliação para dar cumprimento à obrigação prevista no artigo 14.º da Directiva relativa à conservação de dados de avaliar a aplicação da directiva e os seus efeitos nos operadores económicos e nos consumidores, a fim de apurar se é necessário alterar as suas disposições ⁽⁵⁾. A AEPD congratula-se com o facto de, apesar de não ser uma exigência formal do artigo 14.º, a Comissão também ter tido em conta no relatório «implicações da Directiva em matéria de direitos fundamentais, tendo em conta as críticas que, em termos gerais, têm sido formuladas relativamente à conservação de dados» ⁽⁶⁾.

I.2. Motivação e objectivo do presente parecer da AEPD

4. A Directiva relativa à conservação de dados constituiu uma resposta da UE a desafios prementes em matéria de segurança, na sequência dos graves ataques terroristas ocorridos em Madrid, em 2004, e em Londres, em 2005. Apesar do objectivo legítimo de criação de um regime de conservação de dados, ouviram-se críticas em relação ao forte impacto que a medida teve na privacidade dos cidadãos.
5. A obrigação de conservação de dados em conformidade com a Directiva relativa à conservação de dados permite que as autoridades competentes nacionais reconstituam a utilização que qualquer pessoa faça da Internet ou do telefone na UE num período que pode ir até dois anos.

⁽¹⁾ JO L 281 de 23.11.1995, p. 31.

⁽²⁾ JO L 201 de 31.7.2002, p. 37, com a redacção que lhe foi dada pela Directiva 2009/136/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2009 (JO L 337 de 18.12.2009, p. 11).

⁽³⁾ JO L 8 de 12.1.2001, p. 1.

⁽⁴⁾ COM(2011) 225 final.

⁽⁵⁾ A Directiva relativa à conservação de dados Directiva 2006/24/CE foi adoptada em 15 de Março de 2006 e publicada no JO L 105 de 13.4.2006, p. 54. O prazo para a emissão do relatório foi fixado em 15 de Setembro de 2010; ver o artigo 14.º, n.º 1, da Directiva relativa à conservação de dados.

⁽⁶⁾ Ver p. 1 do relatório de avaliação.

6. A conservação de dados de telecomunicações constitui, sem sombra de dúvida, uma ingerência no direito à vida privada das pessoas visadas, consagrado no artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (a seguir designada «CEDH») e no artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.
7. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (a seguir designado «TEDH») tem reafirmado sistematicamente que o «mero armazenamento de dados relacionados com a vida privada de uma pessoa equivale a uma ingerência na aceção do artigo 8.º [CEDH]» (7). No que se refere aos dados telefónicos em particular, o TEDH declarou que a «divulgação dessa informação às autoridades policiais sem a autorização do assinante também equivale [...] a uma ingerência num direito consagrado no artigo 8.º [CEDH]» (8).
8. Decorre do artigo 8.º, n.º 2, da CEDH e do artigo 52.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que uma ingerência pode ser justificada, se estiver prevista na lei, servir uma finalidade legítima e for necessária numa sociedade democrática para atingir essa finalidade legítima.
9. A AEPD já reconheceu que a disponibilidade de determinados dados de tráfego e localização podem ser essenciais para as autoridades responsáveis pela aplicação da lei no combate ao terrorismo e a outras formas de criminalidade grave. No entanto, a AEPD tem reiteradamente manifestado dúvidas quanto à justificação para a conservação de dados à escala prevista tendo em conta os direitos à vida privada e à protecção de dados (9). Estas dúvidas têm sido partilhadas por muitas organizações da sociedade civil (10).
10. A AEPD tem acompanhado de perto a criação, aplicação e avaliação da directiva desde 2005, de diferentes formas. A AEPD emitiu um parecer crítico em 2005, na sequência da publicação da proposta de directiva da Comissão (11). Após a adopção da directiva, a AEPD tornou-se membro do grupo de peritos «Plataforma relativa à conservação de dados» mencionado no considerando 14 da Directiva relativa à conservação de dados (12). Além disso, a AEPD participa nos trabalhos do Grupo de Trabalho de Protecção de Dados do Artigo 29.º, que publicou vários documentos sobre a matéria, sendo o mais recente um relatório datado de Julho de 2010 sobre a aplicação prática da directiva (13). Por último, a AEPD interveio num processo do Tribunal de Justiça da União Europeia em que era contestada a validade da directiva (14).
11. É inegável a importância do relatório de avaliação e do processo de avaliação (15). A Directiva relativa à conservação de dados constitui um exemplo claro de uma medida da UE que visa assegurar a disponibilidade de dados gerados e tratados no quadro de comunicações electrónicas para actividades de aplicação da lei. Agora que a medida já está em vigor há vários anos, uma avaliação da sua aplicação prática deve demonstrar a necessidade e a proporcionalidade reais da medida face aos direitos à vida privada e à protecção de dados. A este respeito, a AEPD referiu-se à avaliação como o «momento da verdade» para a Directiva relativa à conservação de dados (16).
12. O processo de avaliação actual também tem implicações para outros instrumentos que regulam a gestão da informação, nomeadamente o tratamento de grandes volumes de dados pessoais, no domínio da liberdade, da segurança e da justiça. Numa comunicação de 2010, a Comissão concluiu que os mecanismos de avaliação dos diferentes instrumentos apresentam uma grande variação (17). A AEPD considera que o procedimento de avaliação actual deveria ser utilizado como modelo para estabelecer um padrão para a avaliação de outros instrumentos da UE e para garantir que apenas permanecem em vigor as medidas que realmente se justificam.
13. Perante este quadro, a AEPD pretende partilhar as suas reflexões sobre as conclusões do relatório de avaliação num parecer público. Esta iniciativa surge no início do processo, com o objectivo de dar um contributo eficaz e construtivo para os debates que se avizinham, eventualmente no contexto de uma nova proposta legislativa, como refere a Comissão no relatório de avaliação (18).

I.3. Estrutura do parecer

14. O presente parecer analisa e debate o conteúdo do relatório de avaliação do ponto de vista da privacidade e da protecção de dados. Pretende-se analisar se a actual Directiva relativa à conservação de dados cumpre os requisitos destes dois direitos fundamentais, designadamente se a necessidade de conservação de dados regulada na directiva tem sido demonstrada de uma forma suficiente.

15. O presente parecer está estruturado da seguinte forma: a parte II apresenta o conteúdo principal da Directiva relativa

(7) Ver, por exemplo, o acórdão do TEDH de 4 de Dezembro de 2008, *S. e Marper contra Reino Unido*, 30562/04 e 30566/04, ponto 67.

(8) Ver o acórdão do TEDH de 2 de Agosto de 1984, *Malone contra Reino Unido*, A-82, ponto 84.

(9) Ver o parecer da AEPD de 26 de Setembro de 2005 (JO C 298 de 29.11.2005, p. 1). Durante uma conferência organizada pela Comissão, em Dezembro de 2010, a AEPD referiu-se ao instrumento como «o mais invasivo da vida privada alguma vez adoptado pela UE em termos de escala e do número de pessoas que afecta»; ver o discurso de 3 de Dezembro de 2010, que está disponível no sítio Internet da AEPD (<http://www.edps.europa.eu>) em Publicações >> Discursos e Artigos >> 2010.

(10) Ver, a este respeito, a carta de 22 de Junho de 2010 de um grupo alargado de organizações da sociedade civil às comissárias Cecilia Malmström, Viviane Reding e Neelie Kroes (http://www.vorratsdatenspeicherung.de/images/DRletter_Malmstroem.pdf).

(11) Ver o parecer da AEPD mencionado na nota de rodapé 9.

(12) Ver igualmente a Decisão da Comissão de 25 de Março de 2008 (JO L 111 de 23.4.2008, p. 11).

(13) Ver o WP 172 de 13 de Julho de 2010, Relatório 1/2010 sobre a segunda acção de aplicação conjunta.

(14) Ver o acórdão do TJUE de 10 de Fevereiro de 2009, *Irlanda contra Parlamento Europeu e Conselho*, C-301/06. Ver também ponto 29, adiante, em relação ao processo.

(15) No seu parecer de 2005, a AEPD já tinha salientado a importância da obrigação de avaliar o instrumento (ver nota de rodapé 9, pontos 72-73).

(16) Ver o discurso de 3 de Dezembro de 2010 mencionado na nota de rodapé 9.

(17) COM(2010) 385 de 20 de Julho de 2010, *Apresentação geral da gestão da informação no domínio da liberdade, segurança e justiça*, p. 24. Ver, a respeito desta comunicação, o Parecer da AEPD de 30 de Setembro de 2010, que se encontra disponível no sítio Internet da AEPD (<http://www.edps.europa.eu>) em Consultas >> Pareceres >> 2010.

(18) Ver p. 32 do relatório de avaliação.

à conservação de dados e a sua relação com a Directiva 2002/58/CE relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (a seguir designada «Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas»)⁽¹⁹⁾. A parte III descreve brevemente as alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa, pois são especialmente pertinentes para a matéria em apreço e têm um impacto directo na percepção, avaliação e eventual revisão das regras da UE relativas à conservação de dados. A secção mais extensa do parecer, a parte IV, contém a análise da validade da Directiva relativa à conservação de dados face aos direitos à vida privada e à protecção de dados e tendo em conta as conclusões do relatório de avaliação. Na parte V são analisados eventuais caminhos a seguir. O parecer termina, na parte VI, com uma conclusão.

II. AS REGRAS DA UE EM MATÉRIA DE CONSERVAÇÃO DE DADOS

16. No contexto do presente parecer, conservação de dados designa a obrigação imposta aos fornecedores de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações de conservarem dados de tráfego e localização, bem como os dados conexos necessários para identificar o assinante ou utilizador durante um determinado período. Esta obrigação está estabelecida na Directiva relativa à conservação de dados, que especifica no artigo 5.º, n.º 1, as categorias de dados a conservar. Segundo o artigo 6.º da directiva, os Estados-Membros asseguram que os dados referidos sejam conservados por períodos não inferiores a seis meses e não superiores a dois anos, no máximo, a contar da data da comunicação.
17. Só devem ser conservados os dados gerados ou tratados pelos fornecedores no âmbito da prestação dos serviços de comunicações em questão (artigo 3.º), incluindo as chamadas telefónicas falhadas. Nos termos da directiva, não podem ser conservados quaisquer dados que revelem o conteúdo das comunicações (artigo 5.º, n.º 1).
18. Os dados são conservados 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» (artigo 1.º, n.º 1).
19. A Directiva relativa à conservação de dados não estipula mais regras respeitantes às condições nas quais as autoridades competentes nacionais podem ter acesso aos dados conservados. Essas condições devem ser definidas pelos Estados-Membros e não são abrangidas pela directiva. O artigo 4.º da directiva sublinha que as regras nacionais devem cumprir os requisitos da necessidade e da proporcionalidade, sob reserva, nomeadamente, da CEDH.
20. A Directiva relativa à conservação de dados está directamente relacionada com a Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas. Esta directiva, que especifica e complementa a Directiva 95/46/CE relativa à conservação de dados, de carácter mais geral, determina que os Estados-Membros devem garantir a confidencialidade das comunicações e respectivos dados de tráfego⁽²⁰⁾. A Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas estipula que os dados de tráfego e localização gerados pela utilização de serviços de comunicações electrónicas devem ser eliminados ou tornados anónimos quando deixem de ser necessários para efeitos da transmissão da comunicação, excepto nos casos e na extensão em que sejam necessários para efeitos de facturação⁽²¹⁾. Sujeito ao consentimento do utilizador, determinados dados poderão ser guardados pelo tempo necessário para o fornecimento de um serviço de valor acrescentado.
21. Com base no artigo 15.º, n.º 1, da Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas, os Estados-Membros podem adoptar medidas legislativas para restringir o âmbito das obrigações atrás referidas, sempre que «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 [...]». No artigo 15.º, n.º 1, da Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas, é feita referência explícita à questão da conservação de dados. Os Estados-Membros podem «adoptar medidas legislativas prevendo que os dados sejam conservados durante um período limitado».
22. A Directiva relativa à conservação de dados destinava-se a harmonizar as iniciativas dos Estados-Membros no âmbito do artigo 15.º, n.º 1, no que se refere à conservação de dados para a investigação, detecção e repressão de crimes graves. Importa salientar que a Directiva relativa à conservação de dados constitui *uma* excepção à obrigação geral consagrada na Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas de eliminar os dados quando estes deixam de ser necessários⁽²²⁾.
23. Com a adopção da Directiva relativa à conservação de dados, foi inserida uma alínea suplementar (1-A) no artigo 15.º da Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas, segundo a qual o artigo 15.º, n.º 1, não se aplica a dados cuja conservação seja exigida pela Directiva relativa à conservação de dados para os fins mencionados no artigo 1.º, n.º 1, dessa directiva.
24. É referido no relatório de avaliação, como se verá adiante na parte IV.3, que os artigos 15.º, n.º 1, e 15.º, n.º 1-B têm sido utilizados por vários Estados-Membros para justificar a utilização de dados conservados ao abrigo da Directiva relativa à conservação de dados também para outros fins⁽²³⁾. A AEPD tem-se referido a esta situação como um «vazio jurídico» no quadro regulamentar, que prejudica a finalidade da Directiva relativa à conservação de dados, nomeadamente a criação de condições de concorrência equitativas para o sector⁽²⁴⁾.

⁽¹⁹⁾ Ver nota de pé-de-página 2.

⁽²⁰⁾ Ver artigo 5.º da Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas.

⁽²¹⁾ Ver artigos 6.º e 9.º da Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas.

⁽²²⁾ Ver também o WP29 no Relatório de 13 de Julho de 2010 mencionado na nota de rodapé 13, p. 1.

⁽²³⁾ Ver p. 4 do relatório de avaliação. Ver também, a este respeito, o considerando 12 da Directiva relativa à conservação de dados.

⁽²⁴⁾ Ver o discurso de 3 de Dezembro de 2010 mencionado na nota de rodapé 9, p. 4.

III. ALTERAÇÃO DO CONTEXTO JURÍDICO GERAL APÓS LISBOA

25. O contexto jurídico geral da UE pertinente para a Directiva relativa à conservação de dados mudou bastante com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa. Uma alteração importante foi a abolição da estrutura de pilares, que estabelecia diferentes procedimentos legislativos e mecanismos de recurso para os diferentes domínios da competência da UE.
26. Com a anterior estrutura de pilares, eram recorrentes os debates sobre a base jurídica correcta de um instrumento da UE, caso o objecto remetesse para competências da UE nos diferentes pilares. A escolha da base jurídica tinha importância, pois determinava diferentes procedimentos legislativos respeitantes, por exemplo, aos requisitos de voto no Conselho (maioria qualificada ou unanimidade) ou à participação do Parlamento Europeu.
27. Estes debates eram muito pertinentes para a conservação de dados. Uma vez que a Directiva relativa à conservação de dados visava a harmonização da obrigação dos operadores e, por conseguinte, a eliminação de obstáculos ao mercado interno, a base jurídica seria o artigo 95.º do anterior Tratado CE (o antigo primeiro pilar). No entanto, a questão poderia ser abordada do ponto de vista da aplicação da lei, argumentando que a finalidade da conservação dos dados era o combate aos crimes graves, no âmbito da cooperação policial e judiciária em matéria penal do anterior Tratado CE (o antigo terceiro pilar) ⁽²⁵⁾.
28. Nessa ocasião, a Directiva relativa à conservação de dados foi adoptada com base no artigo 95.º do anterior Tratado CE, regendo apenas as obrigações dos operadores. A directiva não continha regras relativas ao acesso aos dados conservados e à sua utilização pelas autoridades responsáveis pela aplicação da lei.
29. Após a sua adopção, a validade da directiva foi contestada junto do Tribunal de Justiça. Argumentava-se que a directiva deveria ter sido baseada no terceiro pilar em vez do primeiro, pois os dados eram conservados para uma finalidade (a investigação, detecção e repressão de crimes graves) sob a competência da UE no terceiro pilar ⁽²⁶⁾. No entanto, dado que a conduta das autoridades competentes tinha sido explicitamente excluída do âmbito da directiva, o Tribunal de Justiça concluiu que o Tratado CE fora correctamente utilizado como base para a directiva ⁽²⁷⁾.
30. Desde o início, a AEPD defendeu que, se a UE adoptasse um instrumento relativo à conservação de dados, esse instrumento deveria regular não só a obrigação dos operadores, como também o acesso e a utilização ulterior pelas autoridades responsáveis pela aplicação da lei. No seu parecer de 2005 sobre a proposta da Comissão, a AEPD sublinhou que o acesso e a utilização ulterior pelas autoridades competentes nacionais eram elementos essenciais e indissociáveis do objecto ⁽²⁸⁾.
31. Como se verá pormenorizadamente mais adiante, os efeitos negativos de a regulação da UE incidir apenas sobre metade do objecto são confirmados no relatório de avaliação em apreço. A Comissão conclui que as divergências a nível das legislações nacionais em matéria de acesso e utilização ulterior pelas autoridades competentes suscitaram «dificuldades consideráveis» aos operadores ⁽²⁹⁾.
32. Com a abolição da estrutura de pilares após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, as duas áreas de competência da UE pertinentes foram reunidas no TFUE, que permite a adopção de legislação da UE sujeita ao mesmo procedimento legislativo. Este novo contexto permitiria a adopção de um novo instrumento único relativo à conservação de dados, que regulasse não só as obrigações dos operadores, como também o acesso e a utilização ulterior pelas autoridades responsáveis pela aplicação da lei. Conforme se explica na parte IV.3, adiante, os direitos à vida privada e à protecção de dados exigem que, se for considerada uma medida da UE revista relativa à conservação de dados, essa medida deve pelo menos regular o objecto na sua totalidade.
33. Além de abolir a estrutura de pilares, o Tratado de Lisboa também conferiu à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que anteriormente não era vinculativa e inclui os direitos à vida privada e à protecção de dados nos seus artigos 7.º e 8.º, o mesmo valor jurídico dos tratados ⁽³⁰⁾. Foi, ainda, incluído no artigo 16.º do TFUE um direito subjectivo à protecção de dados, criando uma base jurídica distinta para os instrumentos da UE de protecção dos dados pessoais.
34. A protecção dos direitos fundamentais é, há muito, uma pedra basilar da política da UE, e o Tratado de Lisboa veio reforçar o compromisso com estes direitos no quadro da UE. As alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa motivaram a Comissão a anunciar, em Outubro de 2010, a promoção de uma «cultura de direitos fundamentais» em todas as etapas do processo legislativo e a declarar que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia «deve constituir um guia para as políticas da União» ⁽³¹⁾. A AEPD considera que o actual processo de avaliação é uma boa oportunidade para a Comissão dar provas deste compromisso.

⁽²⁵⁾ A primeira proposta de regras da UE relativas à conservação de dados (uma decisão-quadro) baseou-se no anterior Tratado da União Europeia e foi apresentada pela França, Irlanda, Suécia e Reino Unido. Ver o documento do Conselho n.º 8958/04 de 28 de Abril de 2004. A esta proposta seguiu-se uma outra da Comissão baseada no Tratado CE. Ver COM(2005) 438 de 21 de Setembro de 2005.

⁽²⁶⁾ Este argumento baseou-se no acórdão do Tribunal de Justiça nos «processos PNR»; ver acórdão do TJUE de 30 de Maio de 2006, *Parlamento contra Conselho e Comissão*, C-317/04 e C-318/04.

⁽²⁷⁾ Ver acórdão do TJUE de 10 de Fevereiro de 2009, *Irlanda contra Parlamento Europeu e Conselho*, C-301/06, pontos 82 e 83.

⁽²⁸⁾ Ver o parecer de 2005, ponto 80. Ver também, a este respeito, a parte IV.3 do presente parecer.

⁽²⁹⁾ Ver a p. 31 do relatório de avaliação.

⁽³⁰⁾ Ver o artigo 6.º, n.º 1, TUE.

⁽³¹⁾ COM(2010) 573 de 19 de Outubro de 2010, *Estratégia para a aplicação efectiva da Carta dos Direitos Fundamentais pela União Europeia*, p. 4.

IV. A DIRECTIVA RELATIVA À CONSERVAÇÃO DE DADOS CUMPRE OS REQUISITOS EM MATÉRIA DE PRIVACIDADE E PROTECÇÃO DE DADOS?

35. O relatório de avaliação expõe diversas limitações da actual Directiva relativa à conservação de dados. A informação fornecida no relatório mostra que a directiva não conseguiu cumprir a sua principal finalidade, a saber, harmonizar as legislações nacionais em matéria de conservação de dados. A Comissão observa que existem diferenças «consideráveis» entre as legislações de transposição no que respeita à limitação das finalidades, ao acesso aos dados, aos períodos de conservação, à protecção e segurança dos dados e às estatísticas⁽³²⁾. Segundo a Comissão, as diferenças devem-se, em parte, à variação expressamente prevista na directiva. A Comissão refere, contudo, que para além desta variação, «as divergências nacionais na aplicação da conservação de dados suscitaram dificuldades consideráveis aos operadores» e que «continua a haver falta de segurança jurídica para as empresas»⁽³³⁾. Como é natural, essa falta de harmonização é prejudicial para todas as partes envolvidas: cidadãos, empresas, operadores comerciais e autoridades responsáveis pela aplicação da lei.
36. De um ponto de vista do respeito pela vida privada e da protecção de dados, o relatório também justifica a conclusão de que a Directiva relativa à conservação de dados não cumpre os requisitos decorrentes do direito à vida privada e do direito à protecção de dados. Foram identificadas várias deficiências: não foi suficientemente demonstrada a necessidade de conservação de dados prevista na Directiva relativa à conservação de dados, teria sempre sido possível regulamentar a conservação de dados de uma forma menos invasiva da privacidade, e a Directiva relativa à conservação de dados tem falta de «previsibilidade». Estes três aspectos serão explicados em pormenor adiante.

IV.1. Não foi suficientemente demonstrada a necessidade de conservação de dados prevista na Directiva relativa à conservação de dados

37. Uma ingerência no direito à vida privada e à protecção dos dados pessoais só é permitida se constituir uma medida necessária para atingir um fim legítimo. A necessidade da conservação de dados a título de medida de aplicação da lei tem suscitado constantemente um forte debate⁽³⁴⁾. Na proposta de directiva, referia-se que as restrições aos direitos à vida privada e à protecção de dados eram «necessárias para atingir os objectivos, em geral reconhecidos, de prevenção e combate à criminalidade e ao terrorismo»⁽³⁵⁾. No entanto, no parecer de 2005, a AEPD indicou não estar ainda convicta desta afirmação, pois carecia de mais provas⁽³⁶⁾. Mesmo sem provas suplementares, o considerando 9 da Directiva relativa à conservação de dados refere que «a conservação de dados se tem revelado um instrumento de investigação necessário e eficaz de repressão penal em vários Estados-Membros».

38. Devido à insuficiência de provas, a AEPD argumentou que a Directiva relativa à conservação de dados se baseava meramente no pressuposto de que a conservação de dados, nos termos em que era desenvolvida na Directiva relativa à conservação de dados, constituía uma medida necessária⁽³⁷⁾. Assim, a AEPD solicitou à Comissão e aos Estados-Membros que utilizassem o relatório de avaliação para fornecerem provas suplementares que confirmassem a validade do pressuposto da necessidade da medida de conservação de dados e da forma como era regulada na Directiva relativa à conservação de dados.
39. Em relação a este aspecto, a Comissão declara no relatório de avaliação que «[a] maioria dos Estados-Membros considera que as normas da UE em matéria de conservação de dados continuam a ser um instrumento necessário para a aplicação da lei, a protecção das vítimas e os sistemas de justiça criminal». É ainda referido que a conservação de dados desempenha um «papel fundamental» na investigação criminal, que é «no mínimo, importante e, em alguns casos, indispensável» e que, sem a conservação de dados, certas condenações por infracções penais «nunca poderiam ter sido alcançadas»⁽³⁸⁾. A Comissão conclui, portanto, que a UE deve «apoiar e regulamentar a conservação de dados enquanto medida de segurança»⁽³⁹⁾.
40. É, no entanto, duvidoso que a Comissão esteja de facto em condições de concluir que a maioria dos Estados-Membros considera a conservação de dados um instrumento necessário. Não são indicados os Estados-Membros que constituem essa maioria, que numa União de 27 Estados-Membros deveriam ser pelo menos 14 para se poder falar na maioria dos Estados-Membros. Os Estados-Membros referidos em concreto no capítulo 5, no qual se baseiam as conclusões, são, no máximo, 9⁽⁴⁰⁾.
41. Além disso, a Comissão parece basear-se sobretudo em declarações dos Estados-Membros, nomeadamente se consideram a conservação de dados um instrumento necessário para efeitos de aplicação da lei. Porém, estas declarações indicam apenas que os Estados-Membros em questão gostariam que existissem regras da UE em matéria de conservação de dados e não permitem concluir, por si só, da necessidade da conservação de dados como medida de aplicação da lei, apoiada e regulamentada pela UE. As declarações relativas à necessidade devem estar sustentadas em provas suficientes.
42. Demonstrar a necessidade de uma medida invasiva da privacidade não é uma tarefa fácil, em especial para a Comissão, que depende em grande medida da informação fornecida pelos Estados-Membros.
43. No entanto, se já existir uma medida, como a Directiva relativa à conservação de dados, e já tiver sido adquirida experiência prática, deverá estar disponível informação

⁽³²⁾ Ver p. 31 do relatório de avaliação.

⁽³³⁾ Ver p. 31 do relatório de avaliação.

⁽³⁴⁾ Ver o parecer da AEPD de 2005. Ver também a carta de 22 de Junho de 2010 de um grupo alargado de organizações da sociedade civil, referida na nota de rodapé 10.

⁽³⁵⁾ COM(2005) 438 de 21 de Setembro de 2005, p. 3.

⁽³⁶⁾ Ver pontos 17 a 22 do parecer de 2005.

⁽³⁷⁾ Ver o discurso de 3 de Dezembro de 2010 mencionado na nota de rodapé 9.

⁽³⁸⁾ Todas as citações foram retiradas da p. 23 ou da p. 31 do relatório de avaliação.

⁽³⁹⁾ Ver p. 31 do relatório de avaliação.

⁽⁴⁰⁾ República Checa, Eslovénia, Reino Unido, Alemanha, Polónia, Finlândia, Países Baixos, Irlanda e Hungria.

qualitativa e quantitativa suficiente que permita avaliar se a medida funciona na prática e se poderiam ter sido alcançados resultados comparáveis sem o instrumento ou com recurso a meios alternativos, menos invasivos da vida privada. Tal informação constituiria uma prova genuína e demonstraria a relação entre utilização e resultado ⁽⁴¹⁾. No que se refere a uma directiva da UE, a informação deve representar a prática, no mínimo, de uma maioria dos Estados-Membros da UE.

44. Após uma análise cuidadosa, a AEPD considera que, embora a Comissão tenha feito um grande esforço de recolha de informação junto dos governos dos Estados-Membros, a informação quantitativa e qualitativa fornecida pelos Estados-Membros não é suficiente para confirmar a necessidade da conservação de dados nos termos em que é desenvolvida na Directiva relativa à conservação de dados. Embora tenham sido apresentados exemplos interessantes da sua utilização, a informação apresentada no relatório tem demasiadas lacunas para permitir conclusões gerais relativas à necessidade do instrumento. Além disso, deveria ser aprofundada a investigação de eventuais meios alternativos. Estes dois aspectos serão agora desenvolvidos.

A informação quantitativa e qualitativa fornecida no relatório de avaliação

45. No que diz respeito à informação quantitativa (estatística) apresentada sobretudo no capítulo 5 e no anexo do relatório de avaliação, faltam elementos essenciais. Por exemplo, as estatísticas não indicam as finalidades de obtenção dos dados. Além disso, os números não revelam se todos os dados a que foi solicitado acesso eram dados armazenados em consequência da obrigação jurídica de conservação de dados ou para fins comerciais. Além disso, não é fornecida informação sobre os resultados da utilização dos dados. Para tirar conclusões, afigura-se ainda problemático o facto de a informação fornecida pelos diferentes Estados-Membros nem sempre ser totalmente comparável e, em muitos casos, os gráficos representam apenas nove Estados-Membros.
46. Os exemplos qualitativos fornecidos no relatório servem para ilustrar melhor a importância dos dados conservados em algumas situações específicas, assim como as eventuais vantagens de um sistema de conservação de dados. No entanto, não é claro em todos os casos se a utilização de dados conservados era a única forma de resolver o crime em questão.
47. Alguns exemplos ilustram a indispensabilidade da medida de conservação de dados para o combate à cibercriminalidade. A este respeito, importa observar que o principal instrumento internacional neste domínio, a Convenção sobre a Cibercriminalidade do Conselho da Europa, não prevê a conservação de dados como medida de combate à cibercriminalidade, mencionando apenas a preservação de dados como um instrumento de investigação ⁽⁴²⁾.
48. A Comissão parece atribuir um grande peso aos exemplos fornecidos pelos Estados-Membros em que dados conserva-

dos foram utilizados para excluir suspeitos da prática de um crime ou confirmar álibis ⁽⁴³⁾. Embora sejam exemplos interessantes da utilização dos dados pelas autoridades responsáveis pela aplicação da lei, não podem ser considerados demonstrativos da necessidade de conservação de dados. Este argumento deve ser utilizado com cautela, pois está sujeito a interpretações incorrectas de que a conservação de dados é necessária para provar a inocência dos cidadãos, o que seria difícil de conciliar com o princípio da presunção de inocência.

49. O relatório de avaliação faz uma breve análise do valor da conservação de dados em relação à evolução tecnológica, mais concretamente em relação à utilização de cartões SIM pré-pagos ⁽⁴⁴⁾. A AEPD sublinha que teria sido útil dispor de mais informação quantitativa e qualitativa sobre a utilização de novas tecnologias não abrangidas pela directiva (como VoIP e as redes sociais) para avaliar a eficácia da directiva.
50. O relatório de avaliação é limitado, pois baseia-se essencialmente na informação quantitativa e qualitativa fornecida pelos Estados-Membros que aplicaram a Directiva relativa à conservação de dados. Teria, no entanto, sido interessante verificar se ocorreram diferenças assinaláveis entre esses Estados-Membros e os Estados-Membros que não aplicaram a directiva. Em especial nos Estados-Membros em que a legislação de aplicação foi anulada (Alemanha, Roménia e República Checa), teria sido interessante ver se existem provas do aumento ou diminuição do êxito das investigações criminais, antes e depois das anulações.
51. A Comissão reconhece que os dados estatísticos e os exemplos são «limitados quanto a alguns aspectos», mas conclui, ainda assim, que as provas atestam o «papel fundamental que a conservação de dados desempenha no âmbito da investigação criminal» ⁽⁴⁵⁾.
52. A AEPD considera que a Comissão deveria ter sido mais crítica com os Estados-Membros. Tal como já foi explicado, as declarações políticas de alguns Estados-Membros em relação à necessidade da medida não justificam, por si, medidas da UE. A Comissão deveria ter insistido para que os Estados-Membros fornecessem provas suficientes para demonstrar a necessidade da medida. Segundo a AEPD, a Comissão deveria, no mínimo, ter sujeitado o seu apoio à conservação de dados como medida de segurança (ver p. 31 do relatório de avaliação) à condição de que os Estados-Membros fornecessem provas suplementares durante a avaliação do impacto.

Meios alternativos

53. A necessidade de conservação de dados prevista na Directiva relativa à conservação de dados também depende da existência de meios alternativos menos invasivos da vida privada que permitam alcançar resultados comparáveis. Isto mesmo foi confirmado pelo Tribunal de Justiça na decisão proferida no processo *Schecke* em Novembro de 2010, que anulou a legislação da UE relativa à publicação de informação sobre os beneficiários de fundos

⁽⁴¹⁾ Ver também, a respeito do princípio da necessidade e da proporcionalidade, o parecer da AEPD de 25 de Março de 2011 sobre a proposta da UE relativa aos dados dos passageiros (PNR), que se encontra disponível no sítio Internet da AEPD (<http://www.edps.europa.eu>) em Consulta >> Pareceres >> 2011.

⁽⁴²⁾ Ver também p. 5 do relatório de avaliação.

⁽⁴³⁾ Ver p. 24 do relatório de avaliação.

⁽⁴⁴⁾ Ver p. 25 do relatório de avaliação.

⁽⁴⁵⁾ Ver p. 31 do relatório de avaliação.

- agrícolas ⁽⁴⁶⁾. Um dos motivos para a anulação foi o facto de o Conselho e a Comissão não terem tomado em consideração medidas alternativas conformes com o objectivo dessa publicação e que fossem, ao mesmo tempo, menos lesivas do direito desses beneficiários ao respeito da sua vida privada e à protecção dos seus dados pessoais ⁽⁴⁷⁾.
54. A principal alternativa apresentada nos debates relacionados com a Directiva relativa à conservação de dados é o método de preservação dos dados («quick freeze» e «quick freeze plus») ⁽⁴⁸⁾. Consiste na conservação temporária, ou «congelamento», de certos dados de tráfego de telecomunicações e localização relativos exclusivamente a determinados indivíduos suspeitos de actividades criminosas, que podem mais tarde ser disponibilizados às autoridades responsáveis pela aplicação da lei mediante uma autorização judicial.
55. A preservação de dados é mencionada no relatório de avaliação no quadro da Convenção sobre a Cibercriminalidade atrás referida, mas é considerada inadequada porque «não garante a possibilidade de estabelecer pistas de investigação antes de ser dada a ordem de preservação, não permite investigações cujo alvo seja desconhecido nem permite recolher provas relativas, por exemplo, a movimentações das vítimas ou testemunhas de um crime» ⁽⁴⁹⁾.
56. A AEPD reconhece que está disponível menos informação quando é utilizado um sistema de preservação de dados em vez de um amplo sistema de conservação de dados. No entanto, é precisamente devido à sua natureza mais específica que constitui um instrumento menos invasivo em termos de escala e do número de pessoas afectadas. A avaliação não se deve centrar apenas nos dados disponíveis, devendo abranger igualmente os diferentes resultados alcançados com ambos os sistemas. A AEPD considera justificada e indispensável uma investigação mais aprofundada sobre esta medida, que pode ser realizada durante a avaliação de impacto nos próximos meses.
57. A este respeito, é deveras infeliz que a Comissão se comprometa, nas conclusões do relatório, a analisar a questão de saber se — e de que modo — uma abordagem da UE em matéria de preservação de dados pode complementar (ou seja, não substituir) a conservação de dados ⁽⁵⁰⁾. A possibilidade de conjugar qualquer tipo de regime de conservação com as salvaguardas processuais associadas a várias formas de conservação de dados merece realmente uma análise mais aprofundada. No entanto, a AEPD recomenda que a Comissão analise também, durante a avaliação de impacto, se um sistema de preservação de dados ou outros meios alternativos poderiam substituir, total ou parcialmente, o actual regime de conservação de dados.
- IV.2. A conservação de dados, da forma como é regulada na Directiva relativa à conservação de dados, ultrapassa sempre o necessário**
58. Segundo a AEPD, a informação contida no relatório de avaliação não é suficiente para demonstrar a necessidade da medida de conservação de dados nos termos em que é descrita na Directiva relativa à conservação de dados. No entanto, o relatório de avaliação permite concluir que a Directiva relativa à conservação de dados regula esta medida de uma forma que ultrapassa o necessário, ou, pelo menos, não garante que a conservação de dados não seja aplicada dessa forma. Em relação a este aspecto, importa realçar quatro elementos.
59. Em primeiro lugar, a finalidade pouco clara da medida e a noção lata de «entidades nacionais competentes» permitiu que os dados conservados fossem utilizados para demasiadas finalidades e por um número excessivo de entidades. Além disso, não existe coerência nas salvaguardas e nas condições de acesso aos dados. Por exemplo, o acesso não está sujeito à autorização prévia de uma autoridade judicial ou independente em todos os Estados-Membros.
60. Em segundo lugar, o período máximo de conservação de dois anos parece excessivo. A informação estatística de uma série de Estados-Membros no relatório de avaliação mostra que a grande maioria dos pedidos de acesso (86 %) diz respeito a dados até seis meses ⁽⁵¹⁾. Além disso, dezasseis Estados-Membros optaram por um período de conservação igual ou inferior a um ano na respectiva legislação ⁽⁵²⁾. É um forte indicador de que um período máximo de dois anos ultrapassa largamente o que é considerado necessário pela maioria dos Estados-Membros.
61. Além disso, a inexistência de um período de conservação fixo e comum a todos os Estados-Membros deu origem a uma série de legislações nacionais divergentes, que poderão vir a criar situações complicadas, pois nem sempre é evidente qual a legislação nacional (relativa à conservação de dados e à protecção de dados) que é aplicável quando os operadores armazenam dados num Estado-Membro diferente daquele onde são recolhidos.
62. Em terceiro lugar, o nível de segurança não está suficientemente harmonizado. Uma das principais conclusões do Grupo de Trabalho de Protecção de Dados do Artigo 29.º no seu relatório de Julho de 2010 está relacionada com a existência de uma multiplicidade de medidas de segurança em vigor nos diferentes Estados-Membros. A Comissão parece considerar suficientes as medidas de segurança previstas na actual directiva, pois «não [existem] exemplos concretos de violações graves da vida privada» ⁽⁵³⁾. No entanto, ao que tudo indica, a Comissão apenas solicitou informações sobre esta matéria aos governos dos Estados-Membros. Tendo em vista a avaliação da adequação das medidas e regras de segurança actuais, é necessária uma consulta mais alargada e uma análise mais concreta de situações de abuso. Mesmo que não sejam mencionados casos específicos de violações de segurança

⁽⁴⁶⁾ Acórdão do TJUE de 9 de Novembro de 2010, *Volker und Markus Schecke*, C-92/09 e C-93/09.

⁽⁴⁷⁾ Acórdão do TJUE, *Schecke*, ponto 81.

⁽⁴⁸⁾ O método «quick freeze» (congelamento rápido) refere-se ao «congelamento» de dados de tráfego e localização relativos a um suspeito específico a partir da data da autorização judicial. O método «quick freeze plus» (congelamento rápido alargado) abrange ainda o «congelamento» de dados já na posse dos operadores para fins de facturação e transmissão.

⁽⁴⁹⁾ Ver p. 5 do relatório de avaliação.

⁽⁵⁰⁾ Ver p. 32 do relatório de avaliação.

⁽⁵¹⁾ Ver p. 22 do relatório de avaliação. 12 % referem-se a dados entre seis e doze meses, e 2 % a dados com mais de um ano.

⁽⁵²⁾ Ver p. 14 do relatório de avaliação.

⁽⁵³⁾ Ver p. 30 do relatório de avaliação.

no âmbito do relatório, as violações de segurança dos dados e os escândalos no domínio dos dados de tráfego e comunicações electrónicas em alguns Estados-Membros também servem de aviso ilustrativo. Não se pode ignorar este problema, pois a segurança dos dados conservados é crucial para um sistema de conservação de dados, dado que assegura o respeito por todas as outras salvaguardas ⁽⁵⁴⁾.

63. Em quarto lugar, o relatório não esclarece se todas as categorias de dados conservados se revelaram necessárias. Apenas são feitas algumas distinções genéricas entre dados telefónicos e dados da Internet. Alguns Estados-Membros optaram por aplicar um período de conservação mais breve para os dados da Internet ⁽⁵⁵⁾. No entanto, não se podem daí tirar conclusões de carácter geral.

IV.3. A Directiva relativa à conservação de dados tem falta de previsibilidade

64. Outra insuficiência da Directiva relativa à conservação de dados prende-se com a sua falta de previsibilidade. O requisito de previsibilidade emana do requisito genérico, consagrado no artigo 8.º, n.º 2, da CEDH e no artigo 52.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de que toda a ingerência deve estar prevista na lei. Segundo o TEDH, isso significa que a medida deve ter uma base jurídica na lei e ser compatível com o Estado de Direito, o que implica que a lei seja adequadamente acessível e previsível ⁽⁵⁶⁾. O Tribunal de Justiça também salientou no acórdão do processo *Österreichischer Rundfunk* que a lei deve ser redigida em termos suficientemente precisos para permitir aos cidadãos ajustarem a sua conduta ⁽⁵⁷⁾. A lei deve indicar com clareza suficiente a margem de manobra das autoridades competentes e a forma de exercício ⁽⁵⁸⁾.

65. Também na lista de controlo da comunicação da Comissão sobre a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, uma das questões a responder é se as eventuais limitações dos direitos fundamentais estão formuladas «de modo preciso e previsível» ⁽⁵⁹⁾. Na sua comunicação dedicada à apresentação geral da gestão da informação no domínio da liberdade, segurança e justiça, a Comissão também afirma que os cidadãos «têm o direito de saber quais os dados pessoais tratados e objecto de intercâmbio, por quem e para que efeitos» ⁽⁶⁰⁾.

66. No caso de uma directiva da UE, a responsabilidade pelo respeito dos direitos fundamentais, incluindo o requisito de previsibilidade, cabe sobretudo aos Estados-Membros que transpõem a directiva para a sua ordem jurídica nacional.

⁽⁵⁴⁾ Ver também, a este respeito, o parecer da AEPD de 2005, pontos 29-37. Ver também o discurso da Autoridade Adjunta de 4 de Maio de 2011, que se encontra disponível no sítio Internet da AEPD (<http://www.edps.europa.eu>) em Publicações >> Discursos e Artigos >> 2011.

⁽⁵⁵⁾ Ver p. 14 do relatório de avaliação.

⁽⁵⁶⁾ Ver acórdão do TEDH, *S. e Marper*, mencionado na nota de rodapé n.º 7, ponto 151.

⁽⁵⁷⁾ Acórdão do TJUE de 20 de Maio de 2003, *Österreichischer Rundfunk*, C-465/00, ponto 77, e acórdão do TEDH, *S. e Marper*, mencionado na nota de rodapé n.º 7, ponto 95.

⁽⁵⁸⁾ Ver acórdão do TEDH, *Malone*, mencionado na nota de rodapé n.º 8, pontos 66-68.

⁽⁵⁹⁾ COM(2010) 573, mencionada na nota de rodapé 31, p. 5.

⁽⁶⁰⁾ COM(2010) 385, mencionada na nota de rodapé 17, p. 3.

O respeito dos direitos fundamentais é um requisito bem conhecido para essa transposição ⁽⁶¹⁾.

67. No relatório de avaliação, a Comissão também sublinha que a directiva «não garante, por si só, que os dados conservados são armazenados, extraídos e utilizados no pleno respeito do direito à vida privada e à protecção dos dados pessoais». A Comissão recorda que a «responsabilidade por assegurar o respeito desses direitos incumbe aos Estados-Membros» ⁽⁶²⁾.

68. No entanto, a AEPD considera que a directiva da UE também deveria, até certo ponto, cumprir o requisito da previsibilidade. Ou, reformulando o texto do acórdão do Tribunal de Justiça no processo *Lindqvist*, o regime previsto numa directiva não deve «carece[r] de previsibilidade» ⁽⁶³⁾, em especial quando se trate de uma medida da UE que obriga os Estados-Membros a organizar uma ingerência em grande escala nos direitos à vida privada e protecção de dados dos cidadãos. A AEPD considera que a UE tem a responsabilidade de assegurar, pelo menos, uma finalidade bem definida e uma indicação clara de quem pode ter acesso aos dados e em que condições.

69. Esta posição encontra respaldo no novo contexto jurídico criado pelo Tratado de Lisboa, que, como já foi explicado, reforçou a competência da UE no domínio da cooperação policial e judiciária em matéria penal e o compromisso da UE com o respeito dos direitos fundamentais.

70. A AEPD recorda que o requisito de uma finalidade específica e a subsequente proibição de tratamento de dados de um modo incompatível com essa finalidade («princípio de limitação da finalidade») são fundamentais para a protecção dos dados pessoais, o que é confirmado pelo artigo 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia ⁽⁶⁴⁾.

71. O relatório de avaliação demonstra que a opção de deixar a definição precisa do que constitui um «crime grave» e, posteriormente, do que devem ser consideradas «autoridades competentes» a cargo dos Estados-Membros deu origem a uma grande variedade de finalidades para a utilização dos dados ⁽⁶⁵⁾.

72. A Comissão afirma que a «maior parte dos Estados-Membros que já efectuou a transposição da Directiva para a respectiva legislação autoriza o acesso e a utilização dos dados conservados para fins que vão mais além dos previstos na Directiva, incluindo a prevenção e o combate à criminalidade em geral e a prevenção de riscos para a vida e a integridade física das pessoas» ⁽⁶⁶⁾. Os Estados-Membros exploram o «vazio jurídico» previsto no artigo 15.º, n.º 1, da Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas ⁽⁶⁷⁾. A Comissão considera que

⁽⁶¹⁾ Ver, por exemplo, o acórdão do TJUE de 6 de Novembro de 2003, *Lindqvist*, ponto 87.

⁽⁶²⁾ Ver p. 31 do relatório de avaliação.

⁽⁶³⁾ Acórdão do TJUE, *Lindqvist*, ponto 84.

⁽⁶⁴⁾ Ver também o artigo 6.º da Directiva 95/46/CE.

⁽⁶⁵⁾ Ver p. 8 do relatório de avaliação.

⁽⁶⁶⁾ Ver p. 8 do relatório de avaliação.

⁽⁶⁷⁾ Ver p. 9 e p. 15 do relatório de avaliação.

esta situação pode não garantir uma «previsibilidade suficiente, que constitui uma das exigências de qualquer medida legislativa que restrinja o direito à vida privada»⁽⁶⁸⁾.

73. Nestas circunstâncias, não se pode dizer que a Directiva relativa à conservação de dados, em particular se for lida em conjunto com a Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas, proporciona a clareza necessária para cumprir o princípio da previsibilidade a nível da UE.

V. O CAMINHO A SEGUIR: CONSIDERAR TODAS AS OPÇÕES

74. A análise realizada na parte anterior justifica a conclusão de que a Directiva relativa à conservação de dados não cumpre os requisitos decorrentes do direito à vida privada e do direito à protecção de dados. É, portanto, claro que a Directiva relativa à conservação de dados não pode continuar a existir na sua forma actual. Nesse sentido, a Comissão está correcta em apresentar uma proposta de revisão do actual quadro jurídico da UE em matéria de conservação de dados⁽⁶⁹⁾.

75. No entanto, antes de apresentar uma proposta de versão revista da directiva:

- a) A Comissão deve, durante a avaliação de impacto, investir na obtenção de mais provas concretas junto dos Estados-Membros que demonstrem a necessidade da conservação de dados como medida de direito da UE;
- b) Se uma maioria de Estados-Membros considerar a conservação de dados necessária, todos esses Estados-Membros devem fornecer à Comissão provas quantitativas e qualitativas que o demonstrem;
- c) Os Estados-Membros que se oponham a uma medida de conservação de dados com essas características devem facultar informação à Comissão que permita uma avaliação mais vasta da matéria.

76. Além disso, na avaliação de impacto deve ainda ser analisado se outros meios alternativos e menos invasivos da vida privada poderiam ter conduzido ou podem ainda conduzir a resultados comparáveis. A Comissão deve tomar a iniciativa em relação a esta matéria, recorrendo, se necessário, a peritos externos.

77. A AEPD congratula-se pelo anúncio da Comissão de que iria consultar todas as partes interessadas durante a avaliação de impacto⁽⁷⁰⁾. A este respeito, a AEPD incentiva a Comissão a encontrar formas de participação directa dos cidadãos nesse exercício.

78. Importa salientar que uma avaliação da necessidade e a análise de meios alternativos e menos invasivos da vida privada só podem ser realizadas de uma forma justa, se todas as opções para o futuro da directiva estiverem em aberto. A este respeito, a Comissão parece excluir a possibilidade de revogação da directiva, por si só ou conjugada com uma proposta de uma medida alternativa da UE de âmbito mais específico. A AEPD apela, portanto, à Comissão para que tome seriamente em consideração também estas opções na avaliação de impacto.

79. Só se deve considerar uma futura Directiva relativa à conservação de dados se existir acordo em relação à necessidade de regras da UE da perspectiva do mercado interno e da cooperação policial e judiciária em matéria penal e se, durante a avaliação de impacto, for suficientemente demonstrada a necessidade de conservação de dados, apoiada e regulamentada pela UE, o que inclui uma apreciação cuidadosa de medidas alternativas.

80. A AEPD não nega a importância da conservação de dados para fins de aplicação da lei e o importante papel que pode ter em determinados casos. À semelhança do Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*), a AEPD não exclui que uma obrigação de conservação de dados de telecomunicações bem definida se justifique em determinadas condições muito específicas⁽⁷¹⁾.

81. Assim, qualquer futuro instrumento da UE relativo à conservação de dados deve cumprir os seguintes requisitos básicos:

- Deve ser completo e harmonizar efectivamente as regras relativas à obrigação de conservação de dados, bem como ao acesso aos dados e sua utilização ulterior pelas autoridades competentes;
- Deve ser exaustivo, o que implica ter uma finalidade clara e precisa e colmatar o vazio jurídico existente no artigo 15.º, n.º 1, da Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas;
- Deve ser proporcional e não ir além do necessário (ver, a este respeito, as observações feitas na parte IV.2, *supra*).

82. Como é óbvio, a AEPD analisará cuidadosamente qualquer futura proposta em matéria de conservação de dados à luz destas condições básicas.

VI. CONCLUSÃO

83. A AEPD congratula-se por a Comissão também ter tido em conta no relatório de avaliação as implicações da directiva a nível dos direitos fundamentais, embora tal não fosse exigido no artigo 14.º da Directiva relativa à conservação de dados.

84. O relatório de avaliação mostra que a directiva não conseguiu cumprir a sua principal finalidade, a saber, harmonizar as legislações nacionais em matéria de conservação de dados. Essa falta de harmonização é prejudicial para todas as partes envolvidas: cidadãos, empresas, operadores comerciais e autoridades responsáveis pela aplicação da lei.

85. Com base no relatório de avaliação, pode concluir-se que a Directiva relativa à conservação de dados não cumpre os requisitos decorrentes do direito à vida privada e do direito à protecção de dados, pelos seguintes motivos:

- Não foi suficientemente demonstrada a necessidade de conservação de dados prevista na Directiva relativa à conservação de dados;
- A conservação de dados poderia ter sido regulamentada de uma forma menos invasiva da privacidade;

⁽⁶⁸⁾ Conforme analisado no ponto 24, *supra*.

⁽⁶⁹⁾ Ver p. 32-33 do relatório de avaliação.

⁽⁷⁰⁾ Ver p. 32-33 do relatório de avaliação.

⁽⁷¹⁾ Ver *Bundesverfassungsgericht*, 1 BvR 256/08.

- A Directiva relativa à conservação de dados tem falta de previsibilidade.
86. A AEPD solicita à Comissão que analise seriamente todas as opções na avaliação de impacto, incluindo a possibilidade de revogação da directiva, por si só ou conjugada com uma proposta de uma medida alternativa da UE de âmbito mais específico.
87. Só se deve considerar uma futura Directiva relativa à conservação de dados se existir acordo em relação à necessidade de regras da UE da perspectiva do mercado interno e da cooperação policial e judiciária em matéria penal e se, durante a avaliação de impacto, for suficientemente demonstrada a necessidade de conservação de dados, apoiada e regulamentada pela UE, o que inclui uma apreciação cuidadosa de medidas alternativas. Qualquer instrumento dessa natureza deve cumprir os seguintes requisitos básicos:
- Deve ser completo e harmonizar efectivamente as regras relativas à obrigação de conservação de dados, bem como ao acesso aos dados e sua utilização ulterior pelas autoridades competentes;
 - Deve ser exaustivo, o que implica ter uma finalidade clara e precisa, e colmatar o vazio jurídico existente no artigo 15.º, n.º 1, da Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas;
 - Deve ser proporcional e não ir além do necessário.
- Feito em Bruxelas, em 31 de Maio de 2011.
- Peter HUSTINX
Supervisor Europeu para a Protecção de Dados
-