Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a «Proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à conservação de dados tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis e que altera a Directiva 2002/58/CE»

COM(2005) 438 final — 2005/0182 (COD)

(2006/C 69/04)

Em 16 de Novembro de 2005, o Conselho da União Europeia decidiu, em conformidade com o artigo 95.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia, consultar o Comité Económico e Social Europeu sobre a proposta supramencionada.

Em 27 de Setembro de 2005, a Mesa do Comité Económico e Social Europeu incumbiu a Secção Especializada de Transportes, Energia, Infra-estruturas e Sociedade da Informação da preparação dos respectivos trabalhos (relator: HERNÁNDEZ BATALLER).

Dada a urgência dos trabalhos, na 423.ª reunião plenária, realizada em 18 e 19 de Janeiro de 2006 (sessão de 18 de Janeiro), o Comité Económico e Social Europeu nomeou relator-geral HERNÁNDEZ BATALLER e adoptou, por 92 votos a favor, 17 votos contra e 17 abstenções, o seguinte parecer:

1. **Conclusões e recomendações**

1.1 O Comité manifesta a sua estranheza e preocupação com a apresentação de uma proposta regulamentar desta natureza, na medida em que o seu conteúdo é desproporcionado e afecta os direitos fundamentais.

1.2 O tratamento dado na proposta aos direitos humanos, em especial ao direito à privacidade, não é adequado e determinados aspectos podem entrar em conflito.

1.3 Corre-se o risco de abalar a confiança dos utilizadores das comunicações electrónicas e reduzir a sua disposição para utilizar as TIC. Esta perda de confiança por parte dos consumidores pode travar a longo prazo o futuro desenvolvimento da sociedade da informação, ameaçando também a estratégia de Lisboa.

1.4 O CESE duvida que a proposta respeite plenamente os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade pois não há razões que justifiquem que um objectivo da Comunidade possa ser mais bem realizado ao nível comunitário.

1.5 Os custos adicionais para os operadores do armazenamento e da transmissão dos dados contemplados na proposta deviam ser encarados como um fardo a assumir pelos operadores pela sua mera presença no mercado, e não pelo erário público e, por conseguinte todos os cidadãos.

1.6 Pelas razões mencionadas, a proposta devia ser revista em profundidade. Na opinião do CESE, não respeita os direitos fundamentais nem as regras de acesso, utilização ou intercâmbio de dados.

2. **Justificação do parecer de iniciativa**

2.1 *Contexto*

2.1.1 Actualmente existem várias disposições comunitárias referentes às obrigações dos fornecedores de serviços. Neste caso, os dados em análise são referidos no artigo 1.º, em ligação com o artigo 2.º, alínea a), da Directiva 95/46/CE de 24 de Outubro de 1995 [1]. Esta directiva versa sobre as obrigações gerais dos Estados-Membros e pretende garantir a protecção da privacidade das pessoas físicas no âmbito do tratamento de dados pessoais.

2.1.2 Da mesma forma, a Directiva 2002/58/CE, de 12 de Junho de 2002 [2], regula de forma especial o tratamento dos dados pessoais e a protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas, proposta sobre a qual o Comité se pronunciou na devida altura [3].

2.1.3 O princípio subjacente às duas directivas determina que os dados armazenados devem ser eliminados assim que a sua conservação deixa de se justificar. A Directiva 2002/58/CE garante que os prestadores de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis adoptam as medidas adequadas para preservar a segurança dos seus serviços. Os Estados-Membros devem garantir a confidencialidade das comunicações electrónicas, concretamente proibindo a escuta, gravação e armazenamento das mesmas por pessoas que não os utilizadores, exceptuando os fornecedores para efeitos de facturação e apenas pelo tempo indispensável. Os dados de tráfego e localização só podem ser tratados anonimamente e com o consentimento dos assinantes.

2.1.4 O artigo 15.º da Directiva 2002/58/CE permite aos Estados-Membros a conservação excepcional de dados, desde que considerado necessário, proporcionado e apropriado para a perseguição de delitos. Os Estados-Membros não foram capazes de chegar a acordo sobre o prazo de conservação durante as negociações da directiva sobre a protecção de dados no sector das comunicações. Assim, houve que renunciar à fixação do referido prazo.

---

[1] Directiva 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. JO L 281 de 23.11.1995.

[2] Directiva 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. JO L 201 de 31.7.2002

[3] Parecer aprovado em Plenária nos dias 24 e 25 de Janeiro de 2001, relator: LAGERHOLM, JO C 123 de 25.4.2001.

2.1.5 Em 25 de Março de 2004, o Conselho Europeu considerou a possibilidade de estabelecer normas para a conservação dos dados criados pelos fornecedores de serviços de comunicações electrónicas. Em resposta, quatro Estados-Membros (França, Irlanda, Reino Unido e Suécia) apresentaram um projecto de iniciativa tendo em vista a adopção pelo Conselho de uma decisão-quadro sobre a conservação dos dados tratados e armazenados no âmbito da prestação de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de dados em redes públicas de comunicações para prevenir, investigar, detectar e reprimir a delinquência e as infracções penais, incluindo o terrorismo.

2.1.6 Essa proposta foi rejeitada pelo Parlamento Europeu, que tinha dúvidas sobre a sua base jurídica, a proporcionalidade das medidas e a eventual violação do artigo 8.º da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem ([4]).

2.2 *A proposta da Comissão*

2.2.1 A Comissão apresenta uma proposta de directiva ao Parlamento Europeu e ao Conselho, tendo por base o artigo 95.º do Tratado CE, relativa à conservação de dados tratados no contexto da prestação de serviços públicos de comunicações electrónicas e que pretende alterar a Directiva 2002/58/CE.

2.2.2 Este é instrumento regulamentar para harmonizar as legislações dos Estados-Membros. Estabelece obrigações de armazenamento e tratamento de dados que incumbem aos fornecedores de serviços de comunicações electrónicas públicas (n.º 1 do artigo 1.º), a fim de prevenir, investigar, detectar e reprimir determinadas actividades criminosas (especialmente o terrorismo e a criminalidade organizada).

2.2.3 A proposta refere-se aos dados sobre o tráfego e a localização de pessoas colectivas e singulares emissárias ou receptoras dessas comunicações. Isso não afecta, porém, o conteúdo das mesmas (n.º 2 do artigo 1.º).

2.2.4 Nesse sentido, a proposta exige que os Estados-Membros adoptem as medidas adequadas para os operadores desses serviços conservarem os dados em questão e transmitirem-nos às autoridades nacionais competentes no âmbito da prevenção e da luta contra o crime, em harmonia com os objectivos da proposta (artigo 3.º).

2.2.5 Da mesma forma, a proposta especifica as categorias dos dados a conservar, designadamente o emissor e o receptor da comunicação, o tempo e a duração da mesma, o tipo de comunicação, a localização física dos utilizadores, etc. (artigo 4.º e anexo).

2.2.6 Estabelece-se igualmente que os dados serão conservados por um ano, se se tratarem de comunicações telefónicas — fixas ou móveis –, e seis meses se forem realizadas através da Internet (artigo 7.º).

2.2.7 Determina igualmente o dever de transmissão dos dados conservados pelos operadores a pedido das autoridades nacionais competentes (artigo 8.º). Os Estados-Membros devem comunicar anualmente certos dados estatísticos sobre a conservação de dados à Comissão Europeia (artigo 9.º).

2.2.8 Por último, os poderes públicos nacionais têm o dever de reembolsar os operadores de comunicações por todas as despesas adicionais em que incorreram pelo armazenamento e pela transmissão dos dados em questão (artigo 10.º).

2.3 *Observações na generalidade*

2.3.1 O Comité manifesta a sua estranheza e preocupação com a apresentação de uma proposta regulamentar desta natureza, na medida em que o seu conteúdo é desproporcionado e afecta os direitos fundamentais.

2.3.2 Na sua proposta, a Comissão converte as medidas nacionais em vigor em matéria de segurança pública em «medidas de efeito equivalente» (obstáculos ao mercado interno das telecomunicações), que devem ser eliminadas em conformidade com o disposto no artigo 14.º do Tratado CE.

2.3.3 A proposta terá vastas consequências para a protecção de todos os utilizadores de serviços de comunicações electrónicas. Corre-se o risco de abalar a confiança dos clientes e diminuir a sua disposição para utilizar as TIC em geral e para começar a utilizar novos serviços electrónicos. Esta perda de confiança por parte dos consumidores pode travar a longo prazo o futuro desenvolvimento da sociedade da informação, ameaçando também a estratégia de Lisboa.

2.3.4 É difícil compreender o tratamento que a proposta dá aos direitos fundamentais, em especial ao direito à privacidade. A Comissão utiliza dois parâmetros de legalidade, realizando uma análise muito particular que a leva a concluir que a proposta não viola os direitos fundamentais.

2.3.5 Em primeiro lugar, utiliza o n.º 1 do artigo 15.º, que, apesar de incluído na Directiva 2002/58/CE, reproduz quase textualmente as disposições do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (artigos 4.º e 12.º) e da Convenção Europeia para os Direitos do Homem (n.ºs 10 e 11 do artigo 9.º). Estas disposições foram objecto de uma interpretação ampla e exaustiva por parte dos órgãos e jurisdições competentes, sendo portanto inadequado que a Comissão pretenda realizar interpretações «novas» sobre a questão.

2.3.6 Em segundo lugar, a dita análise de legalidade depende de algumas disposições da Carta dos Direitos Fundamentais, um instrumento jurídico que, apesar de beneficiar de um grande consenso europeu, ainda não entrou em vigor e não pode ser invocado por pessoas singulares como garantia de justiça.

([4]) Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma, em 4 de Novembro de 1950.

2.3.7 Incompreensivelmente, esta análise já pouco sólida atinge dimensões ainda mais deficientes quando se percebe que a Comissão tomou em consideração unicamente os artigos 7.º (respeito da vida privada e familiar) e 8.º (protecção de dados pessoais) da Carta, esquecendo-se de outros preceitos, como os artigos 36.º (acesso aos serviços de interesse geral), 38.º (defesa dos consumidores), 47.º (direito à tutela judicial efectiva) ou 48.º (presunção de inocência).

2.3.8 A Comissão devia, portanto, reflectir e actuar de forma mais meticulosa e respeitando escrupulosamente os direitos fundamentais, de forma a evitar que no futuro os tribunais constitucionais dos Estados-Membros declarem «inconstitucionais» ([5]) as normas que ela propõe.

2.3.9 No tocante ao cumprimento do princípio da subsidiariedade, é surpreendente que a Comissão afirme ser necessária uma acção supranacional no âmbito do mercado interno para o regular, por até ao momento nem o Conselho nem o Parlamento terem sido capazes de chegar a acordo sobre uma solução para os problemas em análise.

2.3.10 Esta forma de raciocínio seria lógica se os problemas de segurança fossem equiparáveis a outros que afectam o funcionamento do mercado interno (por exemplo, de natureza estritamente mercantil, fiscal ou laboral), se existissem prazos imperativos para a adopção de normas (estabelecidas nos Tratados ou no direito derivado) ou se fosse possível e necessário criar um espaço jurídico uniforme nesse domínio.

2.3.11 Todavia, a segurança do Estado não constitui um bem jurídico previsto no direito comunitário, ao contrário das noções de ordem pública e de segurança pública previstas nos Tratados para justificar, por seu lado, a adopção de medidas excepcionais de salvaguarda pelos Estados-Membros.

2.3.12 Também não existe uma base de actuação clara nesse domínio nos Tratados, nem qualquer prazo que imponha uma actuação imediata. Por último, as ameaças à segurança dos Estados não são integráveis num instrumento de harmonização que pretende dar um tratamento idêntico (e não comum) a situações diferentes.

2.3.13 No que respeita ao princípio da proporcionalidade, é sabido que qualquer norma que restrinja os direitos fundamentais exige a participação por lei dos parlamentos nacionais, além de garantias legislativas de controlo judicial («*ex ante*» ou «*ex post*»). É difícil imaginar de que forma o desaparecimento de umas «*barreiras invisíveis*» existentes à prestação dos serviços de comunicações electrónicas em todo o território do mercado interno pode implicar mudanças sucessivas das leis nacionais que garantem os direitos fundamentais, bem como dos sistemas nacionais de salvaguarda dos mesmos.

2.3.14 Assim, o CESE duvida que a proposta respeite plenamente os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade pois não há razões que justifiquem que um objectivo da Comunidade possa ser mais bem realizado ao nível comunitário.

([5]) Ver, nesse contexto, a recente decisão do Tribunal Constitucional da Alemanha, que declarou «inconstitucional» um instrumento, o chamado «euroorden», ainda mais importante que o tema em debate para a luta contra o terrorismo e a criminalidade transnacional.

2.3.15 Por outro lado, é surpreendente que a proposta da Comissão refira apenas as «necessidades» e os «direitos legítimos» dos operadores de comunicações, ignorando por completo os dos consumidores e esquecendo que uma das acções da Comunidade é «*uma contribuição para o reforço da defesa dos consumidores*» (artigo 3.º, alínea t), do Tratado CE), garantindo-lhes «*um elevado nível de defesa*» e contribuindo a Comunidade para «*a protecção dos interesses económicos [das Comunidades]*» (artigo 153.º do Tratado CE).

2.4 *Observações na especialidade*

2.4.1 A proposta tem por base o n.º 1 do artigo 95.º do Tratado CE. Neste sentido, seria recomendável considerar também o seu impacto eventual no pilar da cooperação policial e judicial em matéria penal. No caso de operadores de comunicações electrónicas extracomunitários, os Estados de origem deviam exigir acordos específicos com os Estados-Membros, a fim de estabelecer condições recíprocas de prestação dos serviços por razões de segurança nacional.

2.4.2 Concretamente no artigo 1.º da proposta de directiva, a Comissão parece ignorar que, embora os dados do âmbito de aplicação da proposta sejam aparentemente «neutros» (identidade dos emissores e receptores das comunicações, duração das mesmas, localização física, frequência, etc.), esses elementos invadem a privacidade das pessoas. Em muitos casos, também podem violar outros direitos, como o do segredo profissional ou do direito a assistência jurídica.

2.4.3 No estado actual da ordem pública europeia, estabelecida pela Convenção Europeia para os Direitos do Homem e pelas tradições constitucionais dos Estados-Membros, o direito à privacidade é definido não só de forma passiva, mas também, e com menor intensidade, de forma activa.

2.4.4 Ou seja, as pessoas singulares, sejam ou não cidadãs da União Europeia, têm o direito de saber quem interfere, por quê e com que frequência nas suas comunicações, bem como a aceder a qualquer base de dados, pública ou privada, onde figurem esse tipo de acções ([6]).

2.4.5 A proposta afecta os direitos fundamentais, concretamente o artigo 8.º da CEDH, e pode ter um impacto considerável nas liberdades públicas e direitos fundamentais. Assim, o Comité considera que, como qualquer excepção à regra, o seu conteúdo deve limitar-se a fixar algumas condições que afectem o menos possível os referidos direitos.

2.4.6 As categorias de dados a conservar figuram no artigo 4.º e num anexo, tratando-se portanto de uma «lista inicial» que pode ser revista através do procedimento de «comitologia». No entanto, o Comité considera inadequado que, estando em causa um direito fundamental, o Parlamento não intervenha na ampliação da categoria de dados a conservar e que se recorra a uma metodologia de execução de normas técnicas e neutras que dista muito da natureza das normas de conservação de dados objecto da proposta.

([6]) Acórdãos TEDH nos casos AMANN (2000), KOPP (1998), HALFORD (1997) e MALONE (1984).

2.4.7 A quantidade de dados a conservar é demasiado excessiva para fornecer informação útil para uma investigação, pelo que o número de dados a conservar devia ser limitado. Esse número deve reflectir as necessidades do objectivo da proposta e assegurar que o acesso aos dados não será possível, salvo com autorização judicial. Assim, o objectivo contemplado na proposta de «prevenir» determinados actos criminosos é de difícil compreensão, ainda que a conservação desses dados de tráfego possam ser úteis para a investigação e outros fins da proposta.

2.4.8 O período de conservação é demasiado longo, dado que a Comissão não justifica a necessidade de conservar os dados por esses períodos. O Comité considera que um período prudente e normalizado devia ser de seis meses, com as medidas de segurança e de confidencialidade adequadas.

2.4.9 A directiva não estabelece normas que impeçam um eventual acesso dos fornecedores e outros interessados aos dados armazenados. Devia, portanto, definir-se que o acesso aos referidos dados se realizará apenas em casos específicos e sob controlo judicial. Infelizmente a proposta não esclarece de que forma os dados armazenados serão protegidos durante os períodos de tempo estipulados.

2.4.10 A transmissão às «autoridades nacionais competentes» referida na proposta é demasiado geral. Seria, pois, de incluir expressamente que os dados armazenados só podem ser transmitidos a «autoridades» que garantam a qualidade, a confidencialidade e a segurança dos dados obtidos. O Comité considera que existem certos conceitos na proposta, como o atrás mencionado, que devem ser definidos, a fim de evitar interpretações divergentes.

2.4.11 É surpreendente que o artigo 10.º da proposta preveja os chamados «custos adicionais» em que os operadores incorrem para cumprir os deveres de armazenamento e transmissão de dados e que, segundo a Comissão, devam ser reembolsados às custas do erário público, pois, como afirmado no 13.º Considerando da proposta, «os benefícios em termos de segurança pública fazem-se sentir em toda a sociedade».

2.4.12 Neste aspecto, o Comité diverge totalmente da Comissão e considera que essa afirmação é no mínimo inexacta. Cada Estado-Membro estabelece livremente a quantidade e a fórmula de indemnização dos referidos custos, atendendo a critérios próprios, de acordo com as circunstâncias e as necessidades de segurança da sua sociedade, apesar de, tal como reconhecido pela Comissão (5.º Considerando), muitos Estados-Membros nem sequer tenham estabelecido legislação nesse domínio.

2.4.13 Segundo o critério da Comissão, poder-se-ia questionar o seguinte:

— os prestadores destes serviços não beneficiam da segurança e estabilidade social garantidas pelos Estados?

— os referidos prestadores não beneficiam da segurança jurídica do Estado de Direito?, ou

— os prestadores não beneficiam do acesso ao mercado único, onde podem desempenhar as suas actividades empresariais legítimas graças às diligências dos poderes públicos nacionais, bem como das acções da Comissão?

2.4.14 Por tudo o atrás referido e com o objectivo de melhorar a proposta de directiva, os custos adicionais para os operadores deviam ser encarados como um fardo a assumir pelos operadores pela sua mera presença no mercado, sem que o erário público, e por conseguinte todos os cidadãos, tenham de o suportar. O Comité considera que essa proposta de reembolso dos custos adicionais é injustificada e deve ser suprimida.

2.4.15 Pelo atrás mencionado, a Comissão, enquanto «guardiã dos Tratados» e dos seus conteúdos principais, nos termos dos n.ºs 1 ([7]) e 2 ([8]) do artigo 6.º do TUE, devia rever em profundidade a presente proposta, que, na opinião do CESE, não respeita integralmente os direitos fundamentais nem as regras de acesso, utilização ou intercâmbio de dados.

Bruxelas, 19 de Janeiro de 2006.

A Presidente
do Comité Económico e Social Europeu
Anne-Marie SIGMUND

([7]) N.º 1 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia: «A União assenta nos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais, bem como do Estado de direito, princípios que são comuns aos Estados-Membros».

([8]) O n.º 2 do artigo 6.º do TUE estabelece o seguinte: «A União respeitará os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário».

ANEXO

do Parecer do Comité Económico e Social Europeu

As propostas de alteração seguintes, que foram rejeitadas durante o debate, obtiveram mais de um quarto dos votos expressos:

Ponto 1.5

Suprimir.

~~*Os custos adicionais para os operadores do armazenamento e da transmissão dos dados contemplados na proposta deviam ser encarados como um fardo a assumir pelos operadores pela sua mera presença no mercado, e não pelo erário público e, por conseguinte todos os cidadãos.*~~

Justificação

Evidente.

Ponto 2.4.11

Alterar como segue:

~~É surpreendente que o~~O artigo 10.º da proposta ~~prevêja~~prevê os chamados «custos adicionais» em que os operadores incorrem para cumprir os deveres de armazenamento e transmissão de dados. ~~e que, s~~Segundo a Comissão, dev~~a~~em ser reembolsados à~~s~~ custa~~s~~ do erário público, pois, como afirmado no 13.º Considerando da proposta, «os benefícios em termos de segurança pública fazem-se sentir em toda a sociedade».

Justificação

Evidente.

Ponto 2.4.12

A redacção passaria a ser a seguinte:

~~*Neste aspecto, o Comité diverge totalmente da Comissão e considera que essa afirmação é no mínimo inexacta. Cada Estado-Membro estabelece livremente a quantidade e a fórmula de indemnização dos referidos custos, atendendo a critérios próprios, de acordo com as circunstâncias e as necessidades de segurança da sua sociedade, apesar de, tal como reconhecido pela Comissão (5.º Considerando), muitos Estados-Membros nem sequer tenham estabelecido legislação nesse domínio.*~~

A proposta terá como resultado encargos avultados para a indústria. Actualmente, as empresas geram, tratam e armazenam dados para fins de facturação, comerciais e outros fins legítimos. Obrigações suplementares (tipos adicionais de dados; períodos mais longos de conservação) dariam origem a custos complementares a suportar. Como a segurança é claramente da responsabilidade do Estado — que tem de ser financiada pelo Estado — os Estados-Membros teriam de suportar o custo de conservação de dados compensando as empresas de TIC.

Justificação

Evidente.

Ponto 2.4.13

A redacção passaria a ser a seguinte:

~~Segundo o critério da Comissão, poder-se-ia questionar o seguinte:~~

— ~~os prestadores destes serviços não beneficiam da segurança e estabilidade social garantidas pelos Estados?~~

— ~~os referidos prestadores não beneficiam da segurança jurídica do Estado de Direito?, ou~~

— ~~os prestadores não beneficiam do acesso ao mercado único, onde podem desempenhar as suas actividades empresariais legítimas graças às diligências dos poderes públicos nacionais, bem como das acções da Comissão?~~

A base conceptual da proposta é a Europa necessitar de uma abordagem harmonizada da conservação de dados como medida de combate ao crime e ao terrorismo. Se alguns países europeus pagam as contas do combate ao crime enquanto outros decidem fazer os operadores suportar este encargo financeiro bastante avultado, o mercado europeu das telecomunicações rapidamente sofrerá de graves distorções da concorrência. Por isso, nesta matéria o Comité apoia plenamente a Comissão Europeia.

Justificação

Evidente.

Ponto 2.4.14

Suprimir.

~~Por tudo o atrás referido e com o objectivo de melhorar a proposta de directiva, os custos adicionais para os operadores deviam ser encarados como um fardo a assumir pelos operadores pela sua mera presença no mercado, sem que o erário público, e por conseguinte todos os cidadãos, tenham de o suportar. O Comité considera que essa proposta de reembolso dos custos adicionais é injustificada e deve ser suprimida.~~

Justificação

Evidente.

Resultado da votação (para todas as alterações)

Votos a favor: 53

Votos contra: 54

Abstenções: 15