

A PROTEÇÃO DE DADOS DE CARÁTER PESSOAL E SUA MANIPULAÇÃO NA PREVENÇÃO, INVESTIGAÇÃO E REPRESSÃO DE DELITOS: RUMO A UMA NOVA TENDÊNCIA POLÍTICO-CRIMINAL DA UNIÃO EUROPEIA¹

LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL EN LOS TRATAMIENTOS DESTINADOS A LA PREVENCIÓN, INVESTIGACIÓN Y REPRESIÓN DE DELITOS: HACIA UNA NUEVA ORIENTACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL DE LA UNIÓN EUROPEA

Alfonso Galán Muñoz²

Tradução de Alexey Choi Caruncho³

RESUMO

O presente trabalho analisa as diferentes etapas pelas quais vem atravessando a política criminal adotada pela União Europeia no que diz respeito à manipulação de dados pessoais utilizados para prevenir, investigar ou sancionar delitos, até chegar ao seu momento atual. Chega-se a uma situação na qual este ente supranacional terá que reanalisar sua política, adotando um rumo muito mais orientado à proteção dos direitos fundamentais e, precisamente, do direito fundamental à proteção de dados pessoais, se realmente pretende responder, de forma adequada, tanto às exigências que derivam do novo marco normativo surgido a partir da aprovação e entrada em vigor do Tratado de Lisboa quanto à interpretação que dele tem sido efetuada pelo Tribunal Europeu de Justiça em algumas de suas últimas decisões.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Dados Pessoais. Dados de Tráfico. Direito Penal Europeu. Cooperação Policial e Judicial.

¹ Este trabalho foi realizado no marco do Projeto do Ministério da Ciência e Inovação (*Investigación, Desarrollo e Innovación*), sob o título “La transmisión de datos personales en la cooperación policial y judicial penal en la Unión Europea: el Principio de Disponibilidad” (DER 2011/28282) e do Projeto de Investigação (*Investigación y Desarrollo*) do Ministério da Economia e Competitividade sobre “Cesión de datos personales entre procesos penales y procedimientos administrativos o tributarios en España y la Unión Europea” (DER2014-56401-P).

² Professor Titular de direito penal da Universidad Pablo de Olavide de Sevilha (Espanha).
E-mail: agalmun@upo.es

³ Doutorando em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidade Pablo de Olavide de Sevilha (Espanha). Traduzido a partir da versão original intitulada “La protección de datos de carácter personal en los tratamientos destinados a la prevención, investigación y represión de delitos: hacia una nueva orientación de la política criminal de la Unión Europea”, publicado em **Diario La Ley**, n. 8356, 2014 e, mais recentemente, em OUBIÑA BARBOLLA, Sabela (Coord.); COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio (Dir.). **La transmisión de datos personales en el seno de la cooperación judicial penal y policial en la Unión Europea**. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2015. p. 37-70.

RESUMEN

El presente trabajo analiza las diferentes etapas que ha atravesado la política criminal seguida por la Unión europea en relación con los tratamientos de datos personales utilizados para prevenir, investigar o sancionar delitos, hasta llegar a la situación actual. Una situación en la que dicha institución tendrá que replantearse la mencionada política, adoptando una mucho más orientada a la protección de los derechos fundamentales de las personas y, especialmente, del derecho fundamental a la protección de datos personales, que la ha seguido hasta este momento, si realmente pretende responder, de forma adecuada, a las exigencias que se derivan del nuevo marco normativo que la aprobación y entrada en vigor del Tratado de Lisboa ha venido a establecer y a la interpretación que del mismo ha efectuado el Tribunal Europeo de Justicia en alguna de sus últimas sentencias.

Palabras claves: Derechos Fundamentales. Datos Personales. Datos de Tráfico. Derecho Penal Europeo. Cooperación Policial y Judicial.

1 O LONGO CAMINHO DO DIREITO PENAL EUROPEU E SUA INCIDÊNCIA NA REGULAMENTAÇÃO DA PROTEÇÃO DE DADOS DE CARÁTER PESSOAL

Um dos fenômenos mais interessantes e relevantes que se produziram no direito penal nos últimos anos decorreu de um lento, mas inevitável, nascimento daquilo que já podemos considerar como um verdadeiro direito penal europeu.

Parecem distantes os dias em que a doutrina discutia sobre a origem da positivação do *ius puniendi* da União Europeia (UE), questionando, por exemplo, se teria sido o reconhecimento do princípio de assimilação por algumas Sentenças Comunitárias, como a ocorrida no caso do “Maíz Griego”⁴, que implicou na aparição dessa capacidade normativa⁵; ou se teriam sido, na verdade, as sentenças posteriores desse mesmo Tribunal que reconheceram a legitimidade das instituições comunitárias, e especialmente as da Comissão, no momento de elaborar uma normativa sobre questões penais na quais essa regulamentação se fazia necessária para que fosse feito um uso efetivo e adequado das competências que lhe correspondia em matéria da integração⁶.

⁴ N. T.: O caso do “Maíz Griego”, como ficou conhecido, refere-se a fato ocorrido em maio de 1986, quando foi identificado que os proprietários dos navios *Alfonsina* e *Fleming* teriam exportado, a partir da Grécia, milho de procedência iugoslava declarando que se tratava de milho grego. Tal qual seria reconhecido posteriormente pelo Tribunal Europeu, as autoridades gregas toleravam intencionalmente esta fraude, renunciando aos direitos de entrada de cerca de 450 milhões de dracmas. Na ocasião, a Comissão Europeia interpôs um recurso em face da República da Grécia pela violação do art. 5º do Tratado da Comunidade Europeia, sendo o país condenado pelo Tribunal Europeu a pagar à Comunidade a referida importância, além de adotar procedimentos voltados à apuração da responsabilidade penal dos infratores.

⁵ Sentença do TJCE 28/88, de 2 de setembro de 1989. UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia. **Caso 28/88**. Demandante: Organização de Produtores Associados de Grandes Produtores de Atum Congelados da Espanha e outros. Demandado: Comissão da Comunidade Europeia. Luxemburgo, 2 de setembro de 1989.

⁶ Conferir, em especial, o previsto nas sentenças do TJCE de 13 de setembro de 2005 e de 23 de outubro de 2007. A respeito de todo o processo jurisprudencial que levou até o reconhecimento desta capacidade normativa, conferir, por exemplo, o comentário de FERNÁNDEZ OGALLAR, Beatriz. **El derecho penal armonizado de la Unión Europea**. Madrid: Dykinson, 2014. p. 183 e ss. Por outro lado, deve-se destacar que, enquanto alguns autores, como Tiedemann, tratavam da existência de um mero Direito penal nacional europeizado – principalmente por entender que, no final das contas, por mais que a União Europeia pudesse emitir uma normativa com conteúdo penal, esta não seria vinculante até que não fosse transposta para cada ordenamento jurídico nacional de seus Estados membros, observando-se sempre seus respectivos parâmetros (TIEDEMANN, Klaus. EG und EU als Rechtsquellen des Strafrechts. In: SCHÜNEMANN, Bernd et al. (Hrsg.). **Festschrift für Claus Roxin**. Berlin: W. Gruyter, 2001. p. 1430; outros, como Vogel, ressaltam, mais acertadamente a nosso juízo, que, diante do caráter vinculante da normativa comunitária para os Estados e seus parlamentos, e diante da cada vez mais detalhada regulamentação de conteúdos penais, a intervenção dos parlamentos nacionais acabava convertendo-se, na verdade, numa mera salvaguarda formal do princípio da legalidade, já que esses parlamentos se viam praticamente obrigados a acatar e

O certo é que a UE foi criando, ao longo dos últimos anos, uma ingente normativa em matéria penal, cujo aparecimento fez com que fossem postas em cheque tanto as questões relacionadas à competência sobre as quais se deveria regular essa matéria quanto as questões referentes à discutível legitimação democrática que daria sustentação à sua elaboração. Essas críticas muito possivelmente teriam sido responsáveis por fazer com que o último grande passo no processo de construção da União Europeia, o Tratado de Lisboa (subscrito em 13 de dezembro de 2007), procurasse enfrentar ambos os problemas, realizando para tanto duas grandes contribuições.

A *primeira* delas consistiu em reconhecer, de forma expressa, que a UE estaria dotada de competências tanto em matéria de direito penal substantivo – de modo a poder criar normas mínimas que viessem a definir as infrações penais e sanções que fossem necessárias para o efetivo desenvolvimento de políticas de harmonização próprias da União (art. 83.2 do Tratado de Funcionamento, TFUE) ou as que se referem a âmbitos criminais dotados de especial gravidade e dimensão transfronteiriça, como o terrorismo, a criminalidade organizada, o tráfico de drogas, a lavagem de capitais ou a criminalidade informática (art. 83.1 TFUE) – como em relação às questões de natureza processual penal (art. 82 TFUE) ou, inclusive, àquelas de pura prevenção de delitos (art. 84 TFUE)⁷.

A *segunda* das contribuições, por sua vez, decorreu de o citado Tratado ter estabelecido que todo esse processo de harmonização legislativa em matéria penal deveria ser realizado utilizando-se do procedimento normativo ordinário, o que fez com que todas as disposições, neste sentido, tivessem que ser adotadas a partir de um processo de codecisão no qual o Parlamento europeu, único órgão europeu dotado de legitimidade

executar as decisões de política criminal adotadas por Bruxelas (VOGEL, Joachim. Política criminal y dogmática penal europea. **Revista Penal**, Madrid, v. 11, 2003. p. 143-144. Disponível em: <<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewArticle/165>>. Acesso em: 16 mar. 2016). Nesse mesmo sentido, Schünemann chegou a afirmar, inclusive, que os parlamentos nacionais tinham se convertido em meros “lacaio de Bruxelas” (SCHÜNEMANN, Bernd. Fortschritte und Fehlritte in der Strafrechtspflege der EU. **Goldammer's Archiv für Strafrecht**, Heidelberg, v. 151, n. 2004. p. 193 e ss.).

⁷ Precisamente, e ao juízo de Vogel, esta última é uma das mais evidentes ampliações de competências que a entrada em vigor do Tratado de Lisboa trouxe consigo à UE, junto ao fato de prever uma colaboração entre as administrações não especificamente relacionadas à justiça e às decisões que venham a ser por ela emitidas, por mais que não estejam referidas especificamente à matéria penal (VOGEL, Joachim. EU-Arbeitsweisevertrag Artikel 82 Gegenseitige Anerkennung; Angleichung. In: GRABITZ, Eberhard; HILF, Meinhard; NETTESHEIM, Martin. **Das Recht der Europäischen Union**. 51 Ergänzungslieferung. München: Beck, 2013, Rnd. 66). Sobre a questionada possibilidade da existência de outras bases competenciais da UE em matéria penal, conferir, por exemplo, o comentário de MAPELLI MARCHENA, Clara. **El modelo penal de la Unión Europea**. Cizur Menor: Aranzadi, 2014. p. 160 e ss.

democrática direta, assumiria um papel quiçá não suficiente, mas sim muito mais relevante do que aquele que possuía até esse momento no processo de criação normativa⁸.

Apesar de tudo, não parece que este será o último grande passo que será dado nesse constante e aparentemente imparável caminho rumo ao desenvolvimento de um verdadeiro e, espera-se que num futuro próximo, plenamente legítimo direito penal europeu⁹. Rumo, ainda, à paralela implantação de uma autêntica política criminal europeia, que permita, entre outras coisas, que tanto os organismos nacionais como os europeus responsáveis pela prevenção, persecução e sanção de delitos contem com os meios que realmente necessitam para poder exercer suas atribuições, de forma efetiva, num mundo globalizado e carente de fronteiras no qual vivemos¹⁰.

Neste particular, uma das principais ferramentas das quais todos esses organismos deverão dispor para cumprir com as suas funções será, sem dúvida alguma, a informação. De fato, quanto maior a quantidade e melhor a qualidade da informação da qual estiverem dotados os agentes responsáveis pela prevenção, investigação ou repressão de delitos, de forma mais eficaz será desempenhado seu labor, o que deveria levar a UE a criar e estabelecer instrumentos materiais e normativos necessários para permitir que esses agentes

⁸ FERNÁNDEZ OGALLAR, Beatriz. Op. cit., p. 74, 133 e ss. e p. 349 e ss.

⁹ Sobre os problemas de legitimidade que enfrenta este Direito, confira-se, de forma geral, o comentário *Ibidem*, p. 349 e ss. Cabe destacar nesse aspecto que, enquanto alguns autores, como Nieto Martín, mostravam-se favoráveis em considerar que o processo de codecisão poderia cumprir com as exigências derivadas do princípio da legalidade, se garantisse a intervenção do Parlamento europeu e permitisse aos nacionais determinar a efetiva transposição da normativa europeia – NIETO MARTÍN, Adán. Posibilidades y límites de la armonización del derecho penal nacional tras Comisión v. Consejo. (Comentario a la STJCE, asunto C-176/03, de 13 de setembro de 2005). **Revista Española de Derecho Europeo**, Madrid, v. 17, 2006. p. 119 –, Gómez-Jara Díez afirmava, inclusive, que o caminho empreendido com o estabelecimento deste processo poderia tender a criar um direito penal europeu de corte federalista – “Constitución europea y Derecho penal: ¿Hacia un derecho penal federal europeo?”. In: BACIGALUPO, Silvina; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal y política transnacional**. Barcelona: Alitier, 2005. p. 168 e ss. Outros, como Silva Sánchez, mostraram-se tremendamente críticos com a legitimidade democrática que implicava este processo de codecisão (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Los principios inspiradores de las propuestas de un derecho penal europeo: una aproximación Crítica. **Revista Penal**, Madrid, v. 13, 2004. p. 145 e ss.) ou consideraram, como fez Vogel, que esse processo deveria ser melhorado já que, entre outras coisas, deveria permitir que o Parlamento gozasse de iniciativa legislativa (VOGEL, Joachim. Política criminal y dogmática penal europea. **Revista Penal**, Madrid, v. 11, 2003. p. 144).

¹⁰ Assim ressaltava Vogel: A cooperação moderna não pode ficar reduzida à faceta da repressão de delitos. Ela deve levar em conta aspectos de uma investigação proativa e de prevenção do crime. Algo que deve ser bastante considerado tanto no momento de regular a cooperação policial como a judicial. Do contrário, surgirão importantes problemas de coordenação, por exemplo, no momento da transferência e utilização das provas obtidas durante a fase policial para um processo judicial (VOGEL, Joachim. Cooperación penal: cinco tendencias. Cinco propuestas para una acción futura. In: ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto; NIETO MARTÍN, Adán; MORALES ROMERO, Marta Muñoz de. **El derecho penal de la Unión europea**: situación actual y perspectivas de futuro. Cuenca: UCLM, 2007. p. 161 e 162).

pudessem obter e trocar entre si os dados dos quais necessitassem da forma mais rápida e confiável possível.

De qualquer forma, nem tudo pode se reduzir a conseguir uma maior eficácia preventiva e repressiva. Se a União Europeia realmente pretende ser este espaço único, não só de *Segurança*, senão também de *Liberdade e Justiça* ao qual faz referência o art. 67 do Tratado de Funcionamento (TFUE), terá que ter presente que, juntamente à busca das referidas finalidades preventivas e repressivas, na outra parte da balança, sempre terá que observar o respeito e a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, o que, especificamente no tema que ora nos interessa, faz com que toda captação, transferência ou tratamento de informações que se efetue com o fim de prevenir ou reprimir delitos tenha que partir do mais estrito respeito a esse direito fundamental, de recente criação, que tem sido denominado como *direito fundamental à proteção de dados de caráter pessoal*¹¹.

A normativa criada pela UE para regulamentar esta complexa questão tem sido abundante e variada. Sua paulatina e sucessiva aprovação criou uma confusa e

¹¹ O nascimento e a progressiva autonomização desse direito fundamental com relação ao direito da intimidade estão diretamente relacionados com o processo de delimitação que foi realizado a respeito de ambos os direitos pelo nosso Tribunal constitucional. Assim, foi este Tribunal que ressaltou inicialmente, por meio da sua STC 254/1993, de 20 de julho, que, ainda que o art. 18.4 CE protegesse expressamente direitos como a intimidade ou a honra – atuando como instituto de garantia desses direitos –, outorga à pessoa uma série de facultades positivas de controle sobre todos os seus dados, transcendendo aquilo que, tradicionalmente, definia aqueles direitos fundamentais. Isto demonstraria, portanto, que esse preceito constitucional estabelecia, na verdade, um novo direito ou liberdade fundamental autônoma, ainda que vinculado àqueles, que, por isso, poderia ser enquadrado dentro de um novo e mais amplo conceito de privacidade. De qualquer forma, e alguns anos mais tarde, foi esse mesmo tribunal quem afirmou, em sua decisiva STC 292/2000, de 30 de novembro, que, na realidade, o direito contemplado no art. 18.4 CE outorgava às pessoas um poder de controle sobre seus dados de caráter pessoal, tanto privados quanto públicos, convertendo-as em titulares de facultades positivas que impunham a terceiros certos deveres jurídicos (como os de informar, pedir consentimento, permitir o acesso, retificar ou cancelar dados). Com isso, o artigo referido não só tratava de proteger a intimidade, mas também de tutelar todos os bens da personalidade que pertenciam à vida privada de uma pessoa e que estivessem vinculados a sua dignidade pessoal, o que converteria a proteção desses dados num direito fundamental independente e diferente da intimidade e também da privacidade. Afinal, segundo esta nova concepção, outorgava-se ao seu titular facultades e poderes que transcendiam em muito aqueles que definiam estes dois últimos direitos. Desta forma, independizava-se este direito do direito à intimidade, ainda que entendido em sua mais moderna e ampla concepção, a qual abarcaria o denominado direito à autodeterminação informativa, o que nos levava a considerar o direito à proteção de dados de caráter pessoal como um verdadeiro direito fundamental diferente e completamente autônomo da intimidade, apesar de assim não ser visualizado, ainda hoje, por parte da nossa doutrina. Conferir a este respeito o sustentado, por exemplo, por GUICHOT, Emilio. **Datos personales y administración pública**. Cizur Menor: Aranzadi, 2005. p. 108 e ss. e os argumentos que, diante da postura finalmente sustentada por este autor, mantive em GALÁN MUÑOZ, Alfonso. ¿Nuevos riesgos, viejas respuestas? Estudio sobre la protección penal de los datos de carácter personal ante las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. **Revista General de Derecho Penal**, Madrid, n. 19, 2013. p. 4 e ss.

aparentemente não de todo coordenada regulamentação, cujo conteúdo específico respondeu, como não poderia ser de outra forma, às diferentes fases que a política criminal europeia vivenciou até chegar ao momento atual.

Vejamos agora, ainda que de forma superficial, quais teriam sido os principais marcos que balizaram este longo e complexo processo normativo.

2 O PRINCÍPIO DA DISPONIBILIDADE COMO REFERÊNCIA INICIAL DA POLÍTICA CRIMINAL EUROPEIA RELATIVA À COOPERAÇÃO JUDICIAL E POLICIAL EM MATÉRIA INFORMATIVA

A União Europeia rapidamente pôde perceber a importância que a manipulação de dados passaria a ter dentro de um cenário de mercado econômico comum. Por isso, já no ano de 1995, emitiu-se a Diretiva 95/46/CE, de 24 de outubro, relativa à proteção das pessoas físicas no que se referia à manipulação de dados pessoais e à sua livre circulação (mais conhecida como Diretiva Geral de Proteção de Dados Pessoais)¹². Trata-se de uma aprovação que, entre outras coisas, implicou numa reforma da legislação espanhola nesta área, concretando-se pela ainda vigente Lei Orgânica 15/1999, de 13 de dezembro, de proteção de dados de caráter pessoal¹³.

Apesar da amplitude dessa normativa comunitária, logo se evidenciaria que ela não responderia a todos os desafios e particularidades que decorriam da rápida aparição e expansão das novas tecnologias de informática e de comunicação e, em particular, aqueles gerados pela internet.

Por isso, apenas dois anos após a aprovação desta Diretiva, o legislador comunitário se viu obrigado a aprovar outra: a Diretiva 97/55/CE, de 15 de dezembro,

¹² Pariente de Prada ressalta que essa Diretiva foi aprovada num contexto caracterizado, precisamente, pelo denotado esforço da Comissão europeia de acabar com as travas que limitavam o mercado único comunitário, o que fez com que essa norma se desenvolvesse ao amparo do art. 100 do Tratado da Comunidade Econômica Europeia, então vigente (PARIENTE DE PRADA, José Ignacio. La reforma de la protección de datos en el ámbito europeo. In: GOIZUETA VÉRTIZ, Juana; GONZÁLEZ MURÚA, Ana Rosa (Dir.). **El Espacio de libertad, seguridad y justicia: Schengen y protección de datos**. Cizur Menor: Azanzadi, 2013. p. 121-146).

¹³ Em concreto, foi precisamente a transposição da comentada Diretiva que obrigou a reformar a primeira legislação nacional especificamente reguladora desta matéria (a Lei Orgânica 5/92, de 29 de outubro, de Regulação do Tratamento Automatizado dos Dados de Caráter Pessoal), ensejando a aprovação da ainda vigente Lei Orgânica 15/1999, de 13 de dezembro, de proteção de dados de caráter pessoal (LOPDP) que, entre outras muitas coisas, estendeu essa especial proteção jurídica que se outorgava a esses dados, não apenas àqueles arquivados em formato informático, mas também aos que estivessem arquivados em qualquer formato que permitisse uma manipulação, conforme exigia o art. 2º da Diretiva 1995/46/CE.

relacionada à manipulação dos dados pessoais e à proteção da intimidade no setor das telecomunicações; uma normativa que, apesar de tudo, só cinco anos mais tarde teria que ser atualizada, por meio de sua substituição pela ainda vigente Diretiva 2002/58/CE, de 12 de julho, referente à manipulação de dados pessoais e à proteção da intimidade no setor das comunicações eletrônicas¹⁴.

A própria denominação destas normativas comunitárias denuncia que elas não se referem à específica regulamentação da manipulação de dados que ora nos interessa, isto é, aquela realizada para prevenir, investigar e reprimir delitos. Uma percepção integralmente confirmada tanto pelo art. 3.2 da Diretiva Geral de Proteção de Dados Pessoais (a 95/46/CE) quanto pelo art. 1.3 da vigente Diretiva 2002/58/CE, que expressamente excluiu de seu âmbito de aplicação a manipulação “[...] que tenha por objetivo a segurança pública, a defesa, a segurança do Estado (incluído aí o bem estar econômico do Estado quando esta manipulação estiver relacionada à segurança do Estado) e as atividades do Estado em matéria penal” (art. 1.3).

Optou-se claramente, como se vê, por manter uma dupla via na hora de proteger os dados de caráter pessoal: *uma primeira*, geral e garantista, na qual se reconhecia ao titular desses dados o controle sobre eles, de modo a fazer com que esses dados, ao menos em princípio, não pudessem ser obtidos, processados, nem transmitidos sem o consentimento do interessado¹⁵, o qual conservava alguns dos considerados direitos positivos de informação: acesso, retificação, cancelamento e oposição (Direitos ARCO), cujo respeito devia ser controlado e garantido pelos organismos administrativos independentes expressamente dedicados a assegurar sua efetividade. E *uma segunda*, especial e excepcional, que mantinha-se à margem dessa regulamentação geral e de suas garantias, compreendendo que a manipulação referida não poderia cumprir com os fins de prevenção, investigação e repreensão de delitos se o titular dos dados sobre os quais recaía (por exemplo, uma pessoa investigada) mantivesse todos os direitos que a normativa geral previa a respeito deles¹⁶.

¹⁴ Sobre a evolução desta normativa e os problemas que se enfrentava na moderna sociedade da informação, conferir, por exemplo, RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis. Secreto de las comunicaciones e intervención judicial de comunicaciones electrónicas en el marco de la Unión Europea: Derecho derivado. **Diario de La Ley**, Madrid, n. 7373, 2010.

¹⁵ Deve-se ressaltar, de toda forma, que os níveis de exigência desse consentimento variam atendendo, entre outras coisas, a relevância ou a especial sensibilidade dos dados do qual se trate. Confira-se, por exemplo (e em relação a esta questão), o ressaltado por APARICIO SALOM, Javier. **Estudio sobre la protección de datos**. Cizur Menor: Aranzadi, 2013. p. 65 e ss. e p. 149 e ss.; ou SANTOS GARCÍA, Daniel. **Nociones generales de la Ley orgánica de protección de datos y su reglamento**: adaptado al RD 1.720/2007 de 21 de diciembre. Madrid: Tecnos, 2012. p. 67 e ss.

¹⁶ A existência desta dupla via para a proteção de dados pessoais é algo comum em todos os ordenamentos jurídicos dos Estados membros da União Europeia e, assim, a própria LOPD espanhola estabelece em seu

Poder-se-ia imaginar, portanto, que a União Europeia teria se mantido, inicialmente, à margem de qualquer sugestão que estivesse voltada à articulação ou harmonização desta *segunda via* (estritamente penal), ou seja, que a UE teria se limitado a regular a *primeira* por ser a que mais diretamente incidia na livre circulação de mercadorias, serviços e capitais do mercado único, que deve ser garantido por uma organização supranacional.

Tal percepção, porém, mostra-se absolutamente equivocada.

A verdade é que os organismos comunitários logo tomaram consciência de que a criação de um espaço de mercado comum para a livre circulação de pessoas, capitais e produtos – como aquele que em 1985 gerou a entrada em vigor do Acordo do Schengen – exigiu a implementação de medidas de coordenação e de informação entre as distintas polícias que, a partir daí, se encarregariam de controlar e assegurar uma nova fronteira, única e comum, abrangendo todos os Estados integrados dentro de um mesmo espaço. Isto fez com que, já em 19 de julho de 1990 e dentro do Convênio de aplicação do Acordo Schengen, fosse criado e regulamentado um complexo sistema de troca de dados referentes à identidade de pessoas e à descrição de objetos perseguidos (o Sistema de Informação Schengen – SIS) que, entre outras coisas, pretendeu fomentar e facilitar a colaboração entre as autoridades policiais e aduaneiras destes Estados na luta contra a criminalidade¹⁷.

Este, porém, não foi o único nem o último instrumento criado pela UE com o fim de favorecer o intercâmbio de informação e de dados de caráter pessoal entre as distintas

art. 2.2 c) que seu regime de proteção não será aplicável “[...] aos arquivos criados para a investigação do terrorismo e de formas graves de delinquência organizada” (art. 2.2); enquanto que seu art. 22, de forma muito mais ampla, reconhece expressamente que os corpos e forças de segurança do Estado podem obter e manipular os dados de uma pessoa, independentemente do seu consentimento, se isto for necessário “para a prevenção de um perigo real para a segurança pública ou para a repressão de infrações penais” (art. 22); e seu art. 23 outorga ao responsável pelo arquivo criado para tais fins a potestade de denegar os Direitos ARCO que corresponderiam aos titulares dos dados que tivessem sido recopilados, se seu exercício colocar em perigo a segurança pública ou alguma investigação que esteja em curso. Sobre essas previsões e sua incidência, conferir o comentário de SOLAR CLAVO, Maria del Puerto. La doble vía europea en protección de datos. **La Ley**: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Madrid, v. 2832, 2012. Nessa mesma linha, referindo-se ao sistema de captação de dados previsto pela lei espanhola (Lei 25/2007, que transpôs para o nosso ordenamento a Diretiva 2006/24/CE), Rodríguez Lainz ressalta que a exceção relacionada ao princípio do consentimento – ao permitir aos provedores não cumprir com os deveres gerais de acesso e cancelamento de dados de caráter pessoal que, em regra, lhes competiria – foi estabelecida, exatamente, para garantir que a manipulação realizada sobre estes dados fosse eficaz na investigação e persecução de delitos (RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis. El principio de proporcionalidad en la nueva Ley de conservación de datos relativos a las comunicaciones. **La Ley**: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Madrid, v. 1, n. 6859, 2008.

¹⁷ Sobre o nascimento desse sistema, seu funcionamento e posterior transformação no atual Sistema de Informação de Schengen de segunda geração (SIS II), conferir o comentário de RECUERO, Paz. La protección de datos y Schengen: una visión desde la experiencia española”. In: GOIZUETA VÉRTIZ, Juana; GONZÁLEZ MURÚA, Ana Rosa; PARIENTE DE PRADA, José Ignacio (Dir.). **El Espacio de libertad, seguridad y justicia**: Schengen y protección de datos. Cizur Menor: Aranzadi, 2013. p. 197 e ss.

administrações que são, direta ou indiretamente, convocadas a atuar na prevenção e repressão de delitos.

Com efeito, não tardou muito para aparecer organismos como a Europol¹⁸ ou sistemas como o Sistema de Informação Aduaneiro (SID)¹⁹, que procuraram favorecer e facilitar ao máximo o intercâmbio de informação entre as administrações dos Estados membros, convertendo um mercado comum também num mercado seguro.

De toda forma, se existe um momento decisivo na criação e desenvolvimento de todos esses sistemas, este é, sem dúvida, aquele surgido a partir dos atentados terroristas que ocorreram em 11 de setembro de 2001 em Nova Iorque e, sobretudo, em 11 de março de 2004 em Madri e em 7 e 21 de julho de 2005 em Londres²⁰.

Não surpreende que, diante da magnitude e das peculiares características desses atentados, marcados, entre outras coisas, pela internacionalidade e descentralização da organização terrorista que assumiu sua autoria, a União Europeia optasse pela intensificação de seu programa de cooperação em matéria penal, fomentando e favorecendo ainda mais o intercâmbio transfronteiriço de informações²¹, de modo que o Grupo de Trabalho reunido em Haya, entre os dias 4 e 5 de novembro de 2004, chegasse, inclusive, a considerar,

¹⁸ Convênio baseado no art. K.3 do Tratado da União Europeia, pela qual se cria uma oficina europeia de polícia, firmado em Bruxelas em 26 de julho de 1995.

¹⁹ Regulamento (CE) n. 515/97 do Conselho de 13 de março de 1997 relativo à assistência mútua entre as autoridades administrativas dos Estados membros e à colaboração entre elas e a Comissão com o objetivo de assegurar a correta aplicação das legislações aduaneiras e agrárias.

²⁰ Sobre a incidência destes atentados no desenvolvimento desta normativa, conferir o comentário de FERNÁNDEZ, OGALLAR, Beatriz. Op. cit., p. 338 ou de Aixalà, que diferenciam, dentro deste período, duas etapas distintas. Uma primeira – que iria desde o atentado de 11 de setembro em Nova Iorque até o de 11 de março em Madri – na qual, ao seu ver, adotou-se um impulso primordialmente político às medidas de cooperação judicial e policial; e uma segunda etapa – que começaria neste último atentado –, a partir da qual se produziu um desenvolvimento muito mais técnico e, a seu ver, também eficaz. AIXALÀ, Albert. La estrategia de la UE ante el terrorismo internacional y la defensa de los derechos y libertades ciudadanas. In: BARBÉ, Esther; HERRANZ, Anna (Coord.). **Política exterior y Parlamento Europeo: hacia el equilibrio entre eficacia y democracia**. Barcelona: Oficina del Parlamento Europeo [2007]. p. 51-65. Disponível em: <<http://www.recercat.cat/bitstream/handle/2072/204360/6%20cap%204.pdf?sequence=6>>. Acesso em: 17 mar. 2014.

²¹ Sobre este processo e as sucessivas declarações emitidas em relação a esta matéria, conferir o comentário de AIXALÀ, Op. cit. Entre estas declarações vale destacar aquela emitida em Bruxelas, em 25 de março de 2004, sobre a luta contra o terrorismo pelo Conselho após o atentado de Madri, onde expressamente se afirmou que o Conselho Europeu, com o objetivo de seguir desenvolvendo o marco legislativo mencionado mais acima, se encarregaria de estudar as seguintes medidas: i) propostas destinadas a estabelecer normas sobre a conservação de dados de tráfego de comunicações por parte dos provedores de serviços; ii) intercâmbio de informação sobre condenações por delitos de terrorismo; iii) persecução transfronteiriça; iv) registro europeu de condenações e inabilitações; v) base de dados sobre material forense; e vi) simplificação do intercâmbio de informação entre os corpos e forças de segurança dos Estados membros.

de forma expressa, que um dos principais objetivos a serem alcançados pela UE seria o de favorecer o intercâmbio de informações entre os distintos organismos nacionais e supranacionais convocados a desempenhar um papel na prevenção deste tipo de conduta.

Para tanto, foram criados novos organismos, como a Eurojust²², e se multiplicaram os dados e arquivos especificamente voltados a atingir estas finalidades, como aqueles implantados com base na controvertida Diretiva 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março, sobre a conservação de dados gerados ou usados na prestação de serviços de comunicações eletrônicas de acesso público ou de redes públicas de comunicações²³. Além disso, por outro lado, se desenvolveu e se implantou um novo princípio reitor da política criminal europeia relacionado a essa classe de manipulação de dados: o chamado *principio de disponibilidad*, voltado a garantir que as autoridades de qualquer Estado da UE tivessem direito a acessar e a dispor de informações que fossem necessárias para fins de prevenir, perseguir ou sancionar delitos, ao menos, nas mesmas condições que poderiam fazê-lo as autoridades de outro Estado membro no qual a informação em questão estivesse registrada.²⁴

Esse princípio teve uma enorme importância normativa e gerou reflexos, por exemplo: I) na Decisão do Conselho 2008/633/JAI, de 23 de junho de 2008, que permitiu às autoridades responsáveis pela investigação e prevenção de delitos de terrorismo acessar o Sistema de Informação de Vistos (VIS), previamente criado pelo Regulamento 767/2008, de 9 de julho; e também, II) na Decisão Marco 2008/315/JAI, de 26 de fevereiro, relativa à organização e ao conteúdo do intercâmbio de informações dos registros de antecedentes penais entre os Estados membros, a qual, posteriormente, seria aperfeiçoada pela Decisão do Conselho 2009/616/JAI, de 6 de abril, que criou o Sistema Europeu de Antecedentes Penais (ECRIS), obrigando os Estados de origem das pessoas penalmente condenadas em outro país a receber e armazenar os dados relacionados às suas condenações, para poder colocá-los à disposição daqueles Estados membros que viessem a requerê-los.²⁵

²² Decisão 2002/187/JAI do Conselho, de 28 de fevereiro de 2002, por meio da qual foi criado o Eurojust, a fim de reforçar a luta contra as formas graves de delinquência.

²³ Sobre o conteúdo desta Diretiva, que modificou a prévia Diretiva 2002/58/CE, e sua transposição para o nosso ordenamento, conferir, por exemplo, RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis. El principio de proporcionalidad... *Op. cit.*, ou GALÁN MUÑOZ, Alfonso. ¿Nuevos riesgos, viejas respuestas?... *Op. cit.*, p. 46 e ss.

²⁴ VOGEL, Joachim. EU-Arbeitsvertrag Artikel 82... *Op. cit.*, Rnd. 70; ACED FÉLEZ, Emilio. **Principio de disponibilidad y protección de datos en el ámbito policial**, abr. 2010. Disponível em: <<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4537-principio-de-disponibilidad-y-proteccion-de-datos-en-el-ambito-policial>>. Acesso em: 11 mar. 2014.

²⁵ Sobre o processo de consolidação de intercâmbio de antecedentes penais e o funcionamento do sistema ECRIS, conferir, por exemplo, o comentário de BLANCO QUINTANA, María Jesús. La comunicación de antecedentes penales entre los Estados. El Sistema europeo de información de antecedentes penales. **Boletín del Ministerio de Justicia**, Buenos Aires, v. 67, n. 2155, jun. 2013. p. 3 e ss.

De toda forma, talvez tenham sido a Decisão 2008/615/JAI do Conselho, de 23 de junho (sobre o aprofundamento da cooperação transfronteiriça, em particular, para a luta contra o terrorismo e a delinquência transfronteiriça, mais conhecida como a Decisão Prüm, por sua estreita relação com o Tratado previamente firmado entre vários países membros da União naquela localidade alemã²⁶), e a Decisão Marco 2006/960/JAI do Conselho, de 18 de dezembro (sobre a simplificação do intercâmbio de informação e inteligência entre os serviços de segurança dos Estados membros da União Europeia), as normas europeias que deram o maior impulso na implantação do referido princípio, garantindo a disponibilidade de um amplo e variado número de informações a todos os organismos nacionais e europeus dedicados à investigação e à prevenção de delitos.

Como se pode comprovar, o predomínio das políticas securitárias e repressivas europeias durante este período foi, como previsível, absoluto, fazendo com que a garantia dos direitos à intimidade e à proteção de dados pessoais ficasse em segundo plano.

Assim, enquanto todas as normas comentadas estavam voltadas a facilitar ao máximo a captação, o intercâmbio e o uso da informação por parte das autoridades envolvidas na investigação e repressão de delitos – estabelecendo, por exemplo: I) a obrigação dos Estados membros de ter os dados mencionados disponíveis, entregando-os, inclusive, dentro de prazos peremptórios aos organismos e às autoridades competentes nessa matéria no resto dos países da UE²⁷; II) a possibilidade de que a simples autorização do Estado cedente dos dados possa habilitar o cessionário para utilizá-los com fins diversos

²⁶ Em concreto, o referido tratado internacional foi firmado em 27 de maio de 2005, na Abadia beneditina de Prüm, entre o Reino da Bélgica, a República Federal da Alemanha, Espanha, França, Luxemburgo, Países Baixos e Áustria, sendo posteriormente subscrita por Itália, Finlândia, Portugal e Eslovênia. De fato, a aprovação deste tratado pela Espanha foi o que motivou a aprovação da LO 10/2007, de 8 de outubro, regulamentadora da base de dados policial sobre identificadores obtidos a partir do DNA, cuja entrada em vigor, como ressalta Hoyos Sancho, fez com que o sistema de transmissão de dados estabelecido pela comentada Decisão Marco pudesse ser utilizado desde o início pela Espanha, sem necessidade de que o Conselho tivesse que comprovar que nosso ordenamento tinha incorporado as disposições do capítulo 6 dessa Decisão (HOYOS SANCHO, Montserrat. Profundización en la cooperación transfronteriza en la Unión Europea: obtención, registro e intercambio de perfiles de ADN de sospechosos. In: ARANGÜENA FANEGO, Coral. **Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia**: últimos avances en cooperación judicial penal. Valladolid: Lex Nova, 2010. p, 164).

²⁷ Assim, por exemplo, como ressalta Aced Félez, a Decisão Marco 2006/960/JAI, estabelece um prazo máximo de entrega de apenas oito horas no caso de urgência (ACED FÉLEZ, Emilio. Op. cit.). Já Blanco Quintana ressalta que as solicitações de antecedentes penais, realizadas pelos Estados em relação a um processo penal, utilizando o sistema ECRIS criado pela Decisão Marco 2009/315/JAI e a Decisão 2009/316/JAI, devem ser atendidas em um período máximo de 10 dias contados a partir da recepção da solicitação (BLANCO QUINTANA, María Jesús. Op. cit. p. 22).

daqueles para os quais inicialmente tinham sido solicitados.²⁸ Seus textos, praticamente, não dedicaram qualquer atenção à proteção dos direitos e garantias correspondentes ao titular dos dados pessoais manipulados e transmitidos por estes sistemas. Na verdade, as normativas limitaram-se a realizar algumas poucas alusões à necessidade de que tais sistemas respeitassem os direitos fundamentais reconhecidos pelo art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH)²⁹. Outros textos normativos tão só declaravam, na sua parte expositiva e sem maior precisão, que o seu conteúdo mostrava-se conforme o previsto na Carta de Direitos Fundamentais da UE (CDFUE) e, em especial, os direitos à intimidade e à proteção de dados de caráter pessoal nela previstos.³⁰

É possível que esta situação tenha feito com que, mais recentemente, o legislador europeu decidisse aprovar a Decisão Marco 2008/977/JAI, de 27 de novembro, de proteção de dados pessoais manipulados no marco da cooperação policial e judicial em matéria penal, cuja criação, como indica seu art. 1º, teria por objetivo

*garantir um alto nível de proteção dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas físicas e em particular seu direito à intimidade no que diz respeito à manipulação de dados pessoais, dentro do marco da cooperação policial e judicial em matéria penal, contemplado no título VI do Tratado da União Europeia, garantindo assim um alto nível de segurança pública.*³¹

²⁸ Assim o faz, por exemplo, o art. 35 da intitulada Decisão Prüm (a Decisão Marco 2008/615/JAI) – como ressalta Sainz Hermida, permite que os dados transmitidos possam ser utilizados para outros fins – que previa uma autorização da Parte responsável pelo arquivo sempre que tais fins estivessem previstos no Direito interno e que a transmissão fosse realizada em conformidade com o Direito da parte receptora (SANZ HERMIDA, Ágata. Protección de datos en la transmisión transnacional de perfiles de ADN y muestras biológicas a los efectos de la persecución penal. **Revista General de Derecho Procesal**, Toledo, n. 20, nov. 2010, p. 8). Um pouco mais restritiva é, apesar de tudo, a Decisão Marco 2009/315/JAI, cujo art. 9º estabelece que os antecedentes transmitidos para uso num processo penal só poderão ser usados naquele processo para o qual foram solicitados segundo constar no formulário de solicitação, ainda que seu parágrafo terceiro estabeleça a exceção de que também poderão ser utilizados “para evitar uma ameaça iminente e grave à segurança pública”. Sobre este aspecto, conferir também o comentário de BLANCO QUINTANA, María Jesús. Op. cit., p. 23.

²⁹ Assim o destaca Rodríguez Lainz com relação às Diretivas 2002/58/CE e 2006/24/CE, trazendo o art. 4º desta última Diretiva, como lembra o autor, a prever que o sistema de acesso aos dados armazenados pelos provedores deve atender ao estabelecido na CEDH. RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis. Secreto de las comunicaciones e intervención judicial de comunicaciones electrónicas... Op. cit.

³⁰ Assim o faz, por exemplo, a intitulada Decisão Prüm (Decisión 2008/615/JAI do Conselho), na qual o *considerado* 18 do preâmbulo parte, precisamente, do princípio geral de que a Decisão respeita referidos direitos.

³¹ Precisamente, e com relação a este preceito, destaca Oermann que enquanto o art. 8º da CDFUE não previa nenhuma finalidade no momento de tutelar o direito fundamental à proteção de dados, no comentado preceito da DM 2008/977/JAI deixa-se clara esta proteção em relação à segurança pública, sem que o legislador tenha previsto algum tipo de preferência entre ambas as finalidades. OERMANN, Markus. **Individualdatenschutz im europäischen Danteschutzrecht**. Freiburg: Centauros, 2012. p. 81.

Apesar da contundência desta declaração, a verdade é que o então previsto pela norma se mostrou, já desde um primeiro momento, como algo claramente insuficiente para conseguir tal fim.

E isso pelo legislador europeu não ter optado por prever esta nova normativa por meio da aprovação de uma Decisão Marco – que, por definição, carece de efeitos diretos sobre as normativas nacionais –, incrementando assim, significativamente, o risco da ocorrência de grandes divergências entre estas regulamentações no momento da transposição de disposições, impedindo, deste modo, que sua aprovação pudesse servir para alcançar o desejável e necessário nível de harmonização nesta matéria.³² Nem que, ao limitar paralelamente seu âmbito de atuação aos intercâmbios transnacionais de dados realizados entre os Estados membros, o legislador europeu tenha pretendido, à margem da regulamentação, atingir a todos aqueles intercâmbios ou manipulações que ocorressem dentro de um único Estado – algo que, inclusive, poderia implicar na paradoxal situação de titulares de dados inseridos em registros espanhóis por meio de uma transferência de outro Estado membro que desfrutariam de certos direitos e garantias, sem que tenham podido intervir nessa transferência³³; nem que, inclusive, ao não limitar seus preceitos, precisamente, à finalidade para a qual os Estados receptores poderiam utilizar esses dados, continuasse deixando aberta a possibilidade de usá-los para fins completamente diferentes daqueles que fundamentaram sua excepcional captação e transmissão, ou seja, para fins distintos da mera persecução, investigação e repressão de condutas penalmente relevantes.³⁴

Até mesmo porque, ao não haver derogado nem modificado seus preceitos, o que essa variedade de normas comunitárias reguladoras de diferentes sistemas de troca e facilitação de dados de caráter pessoal para fins penais estabeleceu a respeito do funcionamento e da utilização desses sistemas fez com que essa Decisão Marco fosse convertida num instrumento que em nada viria a interferir no verdadeiro *pachwork* normativo que já existia na UE a respeito dessas manipulações. Daí compreende-se que

³² Assim se deduz do previsto pelo art. 1º da comentada Decisão Marco, como ressalta RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis. *Secreto de las comunicaciones e intervención judicial de comunicaciones electrónicas...* Op. cit.

³³ ACED FÉLEZ, Emilio. Op. cit. Nesse mesmo sentido, Sanz Hermida (Op. cit., p. 13) ressalta que poderiam existir divergências na proteção outorgada aos dados que se transmitem internamente e também com aqueles que se poderiam transmitir a terceiros países aos que não lhes seja aplicável a normativa europeia.

³⁴ Neste sentido, ressalta Alcaide Fernández (Op. cit., p. 6) que os arts. 3º e 11 desta Decisão Marco também permitem que os dados inicialmente transmitidos para a realização de uma investigação criminal possam ser, posteriormente, utilizados para fins distintos, mas compatíveis àqueles que justificaram essa transmissão; isto obrigará que sejam os Estados quem determinem, no âmbito nacional, de forma mais precisa, quais fins posteriores em concreto terão que ser considerados como incompatíveis com o fim inicial.

essa Decisão Marco teria sido dotada de uma escassa interferência prática, ficando muito distante, portanto, de alcançar o objetivo para o qual supostamente havia sido criada: o de estabelecer um alto nível de proteção aos direitos e liberdades das pessoas que viessem a ser afetadas pelas manipulações.³⁵

Como se pode comprovar, portanto, mesmo após a aprovação desta Decisão Marco, o panorama continuaria sendo desalentador no que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. De toda forma, após este previsível início, a impressão que se teve foi de que a aprovação e a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, subscrito pelos Estados membros da União Europeia em 13 de dezembro de 2007, poderia obrigar a UE a mudar este cenário de forma radical.

3 UM NOVO E IMPORTANTE MARCO NORMATIVO: O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS DE CARÁTER PESSOAL DA CDFUE APÓS A ENTRADA EM VIGOR DO TRATADO DE LISBOA

A aprovação e entrada em vigor do Tratado de Lisboa, além de outros reflexos, fez com que o novo art. 16 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) passasse a reconhecer, de forma expressa, que todas as pessoas têm direito à proteção de seus dados de caráter pessoal, competindo ao Parlamento europeu a obrigação de estabelecer uma normativa que garanta este direito.³⁶

³⁵ PEYROU, Sylvie; GONZÁLES MURÚA, Ana Rosa. Algunas reflexiones sobre la protección de datos en el ELSJ o la crónica de una esperanza frustrada. In: GOIZUETA VÉRTIZ, Juana; GONZÁLES MURÚA, Ana Rosa; PARIENTE DE PRADA, Iñaki. **El espacio de libertad, seguridad y justicia: Schengen y Protección de datos**. Cizur Menor: Aranzadi, 2013. p. 148; GONZÁLES MURÚA, Ana Rosa. El supervisor Europeo de protección de datos ante la revisión del marco jurídico de la protección de datos. Especial referencia a las reformas en el seno del espacio de libertad, seguridad y justicia. In: GOIZUETA VÉRTIZ, Juana; GONZÁLES MURÚA, Ana Rosa; PARIENTE DE PRADA, José Ignacio (Dir.). **El espacio de libertad, seguridad y justicia: Schengen y protección de datos**. Cizur Menor: Aranzadi, 2013. p. 246.

³⁶ Em concreto, este preceito estabelece que: “1. Toda pessoa tem direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhe dizem respeito. 2. O Parlamento Europeu e o Conselho estabelecerão, com observância ao procedimento legislativo ordinário, as normas sobre proteção das pessoas físicas em relação à manipulação dos dados de caráter pessoal pelas instituições, órgãos e organismos da União, assim como pelos Estados membros no exercício das atividades compreendidas no âmbito de aplicação do Direito da União, e sobre a livre circulação destes dados. O respeito dessas normas será submetido ao controle de autoridades independentes”, o que fez com que Tinnefeld, Buchner e Petri afirmassem que este preceito deverá levar à unificação da proteção jurídica dos dados no nível do Direito derivado, atendendo, sem dúvida, aos princípios de subsidiariedade e proporcionalidade. TINNEFELD, Marie Theres; BUCHNER, Benedict; PETRI, Thomas. **Einführung in das Datenschutzrecht: datenschutz und informationsfreiheit in europäischer sicht**. München: V. Oldenburg, 2012. p. 136.

O que aqui mais importa destacar, porém, é que este novo regramento também fez com que o art. 6º do Tratado da União Europeia convertesse, definitivamente, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) num instrumento de importância equivalente àquela própria dos tratados constitutivos. Isto faria com que suas prescrições e direitos passassem a estar diretamente vinculados a toda a União e a toda normativa dela derivada, deixando portanto de figurar como apenas um princípio a mais dentre aqueles comuns aos Estados membros. Até porque, o próprio Tribunal Europeu de Justiça sustentava que o Direito da UE deveria respeitar essa nova diretriz para que pudesse estar dotada, finalmente, de direitos plenamente vinculantes, de modo que pudessem, inclusive, passar a ser exigidos perante aquele Tribunal.³⁷

Com isso, passaria a estar reconhecida, expressamente, a competência da UE para regulamentar a matéria de proteção de dados pessoais, introduzindo, de forma concomitante, a obrigação jurídica de que todo o Direito europeu daí derivado tivesse que respeitar o direito à proteção destes dados contidos no art. 8º da CDFUE; um preceito que, entre outras coisas – e como ressaltou Oermann³⁸, diferentemente do que ocorre, por exemplo, com o art. 3º da ainda vigente Diretiva Geral de Proteção de Dados Pessoais (a 95/46/CE) –, não contempla nenhuma limitação expressa no tocante à sua aplicação nas questões relacionadas à polícia, justiça ou defesa dos Estados vinculados pelo Tratado.³⁹

O que parecia, portanto, é que o mencionado Tratado tendia a adotar um enfoque muito mais transversal e orientado à proteção dos dados de caráter pessoal do que aquele

³⁷ Em concreto, o art. 6º do TUE estabelece que “a União reconhece os direitos, liberdades e princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 7 de dezembro de 2000, tal como foi adaptada em 12 de dezembro de 2007 em Estrasburgo, a qual terá o mesmo valor jurídico que os Tratados. As disposições da Carta não ampliarão de modo algum as competências da União tal como se definem nos Tratados. Os direitos, liberdades e princípios enunciados na Carta se interpretarão com observância às disposições gerais do título VII da Carta pelas quais se rege sua interpretação e aplicação e tendo em conta as explicações a que se faz referência na Carta, que indicam as fontes dessas disposições”. Sobre a transcendência dessa declaração normativa, conferir o comentário de Fernández Ogallar. (Op. cit., p. 53 e ss. e 72), enquanto que sobre a situação prévia à entrada em vigor deste Tratado e ao tratamento que o Tribunal Europeu de Justiça deu ao estabelecido tanto no CDFUE quanto no CEDH, válida é a leitura do comentário de RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis. Secreto de las comunicaciones e intervención judicial de comunicaciones electrónicas... Op. cit.

³⁸ OERMANN, Markus. Op. cit.

³⁹ Ibidem, p. 77. Deve-se ressaltar que, nesta mesma linha, como mantém Peyrou e Gonzáles Murúa (Op. cit., p. 152 e 153), ainda que em princípio o novo art. 16 do TFUE não estabeleça exceção alguma em matéria de política ou direito penal sobre a necessidade de regular e garantir esse direito, excepcionando do mesmo tão somente as matérias de imigração e de segurança comum, a Declaração n. 21, anexa ao Tratado de Lisboa, prevê expressamente a adoção de regras específicas ou excepcionais em matéria de cooperação judicial ou policial no âmbito penal.

até então mantido pela UE, o que, conseqüentemente, obrigaria que a União passasse a revisar a regulamentação que até o momento tinha sido criada sobre a matéria.⁴⁰

E assim realmente se posicionou o *Programa de Estocolmo* – que definiu as orientações da UE no marco do Estado de Liberdade, Segurança e Justiça para o período 2010-2014 – e a *Agenda Digital para Europa*, fazendo com que a Comissão europeia elaborasse e publicasse, em 25 de janeiro de 2012, um importante pacote normativo tendente a estabelecer um novo marco normativo em matéria de proteção de dados de caráter pessoal. Um novo marco que, por sua vez, estaria composto por duas normas fundamentais⁴¹: uma proposta de Regulamento que viria a substituir a já citada Diretiva Geral de Proteção de Dados Pessoais e uma proposta de Diretiva incumbida de suceder a já comentada e criticada Decisão Marco 2008/977/JAI, para estabelecer, tal qual seu nome indica, um sistema de

[...] proteção das pessoas físicas relacionado à manipulação de dados pessoais por parte das autoridades competentes para fins de prevenção, investigação, detenção ou persecução de infrações penais ou de execução de sanções penais, e a livre circulação destes dados⁴².

Com isso, como facilmente se pôde deduzir, persistia sendo mantida a dupla via que havia caracterizado a regulamentação europeia referente à proteção de dados pessoais até aquele momento, diferenciando uma via geral (referente ao Regulamento projetado) e uma específica ou excepcional (contida na proposta de Diretiva e que estabeleceria um regime especial que respondesse de forma adequada às particulares necessidades que sugeria à cooperação informativa, policial e judicial, em matéria penal)⁴³.

Esta última regulamentação apresentaria significativas e destacáveis diferenças com relação àquela que viria a substituir a contida na anteriormente criticada Decisão Marco 2008/977/JAI.

A primeira e mais evidente diferença decorre do fato de que, ao apresentar-se em forma de Diretiva e não em Decisão Marco como sua predecessora, essa regulamentação faria com que seus preceitos tivessem um efeito direto sobre as normativas nacionais, o que sem dúvida alguma incrementaria sua eficácia harmonizadora⁴⁴, por mais que continuasse

⁴⁰ PEYROU, Sylvie; GONZÁLES MURÚA, Ana Rosa. Op. cit., p. 150 e ss.

⁴¹ TINNEFELD, Marie Theres; BUCHNER, Benedict; PETRI, Thomas. Op. cit., p. 124; PEYROU, Sylvie; GONZÁLES MURÚA, Ana Rosa. Op. cit. p. 152; SOLAR CLAVO, Maria del Puerto. Op. cit., entre outros.

⁴² COM (2012) 0010.

⁴³ PEYROU, Sylvie; GONZÁLES MURÚA, Ana Rosa. Op. cit., p. 153.

⁴⁴ SOLAR CLAVO, Maria del Puerto. Op. cit.

permitindo a existência de certas divergências entre tais ordenamentos, ao outorgar aos seus legisladores uma certa margem de discricionariedade para decidir o modo de cumprir com o que lhes era exigido⁴⁵; um efeito que, além disso, seria sensivelmente intensificado como resultado da proposta de regulamentação de não limitar o seu alcance às trocas transfronteiriças de dados (tal e como faz a ainda vigente Decisão Marco), mas também prever a sua aplicação no que diz respeito às manipulações de dados puramente nacionais.⁴⁶

De qualquer forma, e diante de todos estes importantes avanços, como ressaltou o Supervisor Europeu de Proteção de Dados (SEPD), no seu parecer de 7 de março de 2012 sobre esse pacote legislativo, deve-se reconhecer que a Diretiva proposta também apresentava notáveis deficiências.

Neste sentido, por exemplo, mostra-se altamente criticável que, apesar daquilo que está previsto nos arts. 5º e 6º – obrigando os Estados membros a distinguir os dados pessoais que sejam manipulados para fins penais, conforme a quem se refira (suspeitos, condenados, vítimas, testemunhas etc.), ao seu grau de confiabilidade e exatidão, e ao fato de estarem relacionados às pessoas ou aos fatos –, não tenha sido prevista qualquer consequência, nem efeito prático, para essa classificação.

Igualmente criticável foi verificar que a Diretiva proposta persista repassando integralmente às normativas estatais a atribuição voltada à determinação de questões fundamentais para a proteção dos direitos dos cidadãos (como aquelas referentes aos prazos máximos que as autoridades competentes poderão armazenar dados pessoais, independentemente do consentimento de seu titular).

Tampouco parece aceitável que a Diretiva proposta estabeleça alguns requisitos e garantias realmente frágeis no momento de autorizar que esses dados possam ser transferidos a terceiros países, distintos daqueles integrantes da UE e que, conseqüentemente, não

⁴⁵ TINNEFELD, Marie Theres; BUCHNER, Benedict; PETRI, Thomas. Op. cit., p. 125. Este último foi, sem embargo, criticado por Peyrou e Gonzáles Murúa (Op. cit., p. 154), que destacaram que resultaria muito mais efetivo, no momento de reduzir a fragmentação jurídica existente, ter estabelecido essa normativa por meio de um regulamento, como foi feito no momento de regular a proteção geral dos dados utilizados para outros fins.

⁴⁶ Assim o indica, por exemplo, PEYROU, Sylvie; GONZÁLES MURÚA, Ana Rosa. Op. cit., p. 157; Tinnefeld, Buchner e Petri (Op. cit., p. 134), os quais, sem embargo, destacam que fica à margem do seu âmbito de aplicação a manipulação de dados realizada pelas instituições da UE (que deverão se ajustar ao estabelecido pelo Regulamento (CE) 45/2001, de 18 de dezembro de 2000 e outras normas específicas) e as atividades não compreendidas no âmbito de aplicação do Direito da União, como aquelas relativas à segurança nacional (art. 2.3 do Projeto de Diretiva); exceção esta que, curiosamente, e como ressalta Solar Clavo (Op. cit.), poderia fazer com que se mantivesse à margem desta norma europeia toda manipulação de dados de caráter pessoal que fosse realizada com fins de prevenção, investigação, prevenção, detenção ou ajuizamento de delitos terroristas.

figurariam no âmbito de aplicação das garantias que prevê a própria Diretiva. Ou, o que ainda é pior, que o art. 59 da Diretiva proposta tenha mantido como vigente e inalterado o numeroso elenco de normas especiais que regulam o complexo *pathwork* normativo, atualmente existente na UE, em relação à manipulação que nos interessa, o que, evidentemente, redundará numa significativa diminuição das garantias dos direitos dos cidadãos.⁴⁷

Outra crítica que ainda se deve fazer à comentada norma deriva do fato de ela parecer contemplar a possibilidade de que o regime excepcional que estabelece para as manipulações realizadas com fins penais possa também ser utilizada para perseguir fins distintos dos exclusivamente relacionados à prevenção, investigação ou repressão de delitos. É o que se deduz da leitura do seu art. 7º ao estabelecer que os Estados membros irão dispor que essa manipulação de dados pessoais será lícita, desde que seja realizada pela autoridade competente para executar as tarefas tendentes a atingir os fins dos quais trata seu art. 1.1, isto é, para prevenir, investigar ou sancionar alguma infração penal, como aqueles utilizados “b) para cumprir com uma obrigação jurídica a qual esteja sujeito o responsável da manipulação, c) com o fim de proteger interesses vitais do interessado ou de outra pessoa” ou “d) com o fim de prevenir uma ameaça iminente e grave à segurança pública” (art. 7º). Uma ameaça que, evidentemente e por pura coerência, não poderá ter caráter delitivo, já que isto faria com que sua previsão resultasse redundante e carecesse de qualquer sentido.

A pergunta que daí decorre é: Nos termos desta nova Diretiva, podem ser utilizados dados que tenham sido coletados para fins da investigação de um delito, para uma posterior manipulação que esteja voltada a perseguir um fim distinto, ainda que legítimo, como poderia ser a prevenção de alguma alteração pública não delitiva ou a resolução de um procedimento administrativo sancionador?

A resposta, observando o disposto no referido preceito, parece ser afirmativa, ainda que possam existir dúvidas a respeito da compatibilidade da nova normativa com as exigências derivadas do respeito ao direito fundamental à proteção de dados pessoais previsto no art. 8º CDFUE.

⁴⁷ Sobre este relatório, González Murua (Op. cit., p. 245). A respeito da manutenção da fragmentariedade normativa existente nesta matéria, ressaltam Peyrou e González Murúa que o sistema de valoração da aplicação do conteúdo desta Diretiva – previsto no art. 61 do texto proposto e que obriga a Comissão a valorar sua efetividade harmonizadora após três anos contados da sua entrada em vigor – não impedirá que esta abundante e completa normativa permaneça vigente por um período que se considera inaceitável por parte do SEDP (PEYROU, Sylvie; GONZÁLES MURÚA, Ana Rosa. Op. cit., p. 155).

Em consequência, será necessário reconhecer, como o faz o próprio SEPD, que o panorama normativo referente à manipulação de dados pessoais continua sendo “extremamente decepcionante” no que se refere à garantia e tutela do direito à proteção de dados de caráter pessoal, ainda que venha a ser finalmente aprovada a proposta de Diretiva referida⁴⁸.

Esse é um panorama, no entanto, que, a nosso ver, terá que ser mudado de forma radical num futuro próximo, não como consequência da aprovação de alguma norma ou de algum novo Tratado pela UE, mas, principalmente (e como já ocorreu no passado), como resultado de uma Sentença do Tribunal de Justiça da União Europeia. Nos referimos, particularmente, àquela emitida por esse Tribunal em 8 de abril de 2014, em relação à Diretiva de conservação de dados relacionados às comunicações para fins de investigação criminal (a já citada Diretiva 2006/24/CE), a uma resolução a respeito da qual passa-se a tratar na sequência.

4 A SENTENÇA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA DE 8 DE ABRIL DE 2014 E SUA POSSÍVEL REPERCUSSÃO NA POLÍTICA EUROPEIA DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS EM MATÉRIA PENAL

Muitas foram as vozes que, desde o princípio, se alçaram frente ao controverso sistema de captação e armazenamento generalizado de dados de telecomunicações criado pela Diretiva 2006/24/CE. Este sistema obrigava a todos os provedores desta classe de serviços a reter certos dados externos, relativos às comunicações, que tivessem sido realizadas por seus clientes, de forma a garantir que, posteriormente, houvesse a possibilidade de “rastrear” ou analisar seu conteúdo, caso isso fosse necessário para a investigação de um delito grave. Algumas críticas que, inclusive, chegaram a ser judicialmente respaldadas pelo fato de certos Tribunais Constitucionais, como o alemão, declarar que parte da lei que transpôs essa normativa europeia ao ordenamento jurídico daquele país mostrava-se incompatível com os direitos garantidos pela sua Carta Magna.⁴⁹

⁴⁸ Parecer do SEPD de 7 de março de 2012 (2011/C 181/02).

⁴⁹ Conferir a este respeito o estabelecido na Sentença do BverG, de 2 de março de 2010, na qual se declara inconstitucional a normativa alemã que transpunha esta Diretiva por violar os princípios da proporcionalidade e da determinação jurídica ou clareza legal, comentada, entre outros, por ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. *Tecnología versus Proporcionalidad en la investigación Penal: La nulidad de la ley Alemana de conservación de datos de tráfico de las comunicaciones electrónicas. La Ley Penal*, Madrid, v. 75, 2010. De qualquer forma, não faltaram vozes na Espanha que, desde um primeiro momento, colocaram em dúvida a legitimidade do sistema estabelecido por esta Diretiva, por considerá-lo incompatível com

Precisamente nesta mesma linha, mais recentemente, a Corte Suprema da Irlanda e o Tribunal Constitucional da Áustria apresentaram petições de Decisão prejudicial perante o Tribunal Europeu de Justiça (TJE – Assuntos C-293/12 e C-594/12, respectivamente). Por meio de tais provocações, foi solicitado um esclarecimento a respeito do próprio texto da Diretiva de conservação de dados, particularmente para fins de saber se ele seria compatível ou não com o *direito à vida privada* e o *direito à proteção de dados de caráter pessoal* contemplados nos arts. 7º e 8º da CDFUE. Afinal, como visto, partiu-se da premissa de que a União Europeia encontrava-se diretamente vinculada a esses direitos que, por isso, seriam perfeitamente exigíveis perante o Tribunal após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa.⁵⁰

Ambas as provocações foram analisadas conjuntamente pelo Tribunal Europeu, tendo sido decididas na recente sentença de 8 de abril de 2014.

Nessa Sentença, por reconhecer o Tribunal que as captações e armazenamentos de dados que se efetuam conforme o previsto na citada Diretiva, indubitavelmente, limitam e interferem nos direitos à vida privada e à proteção de dados pessoais protegidos pela CDFUE, fazia-se necessário analisar se essa interferência ou limitação poderia estar justificada atendendo ao quanto previsto no art. 52 da própria Carta. Afinal, esse dispositivo afirma que “qualquer limitação do exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deverá ser estabelecida pela lei e respeitar o conteúdo essencial destes direitos e liberdades” (art. 52), afirmando ainda que

só se poderão introduzir limitações, respeitando o princípio da proporcionalidade, quando forem necessárias e respondam efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades das demais pessoas.

Assim, a partir dessa premissa, o Tribunal Europeu ressaltou que, se por um lado era certo que a questionada Diretiva afetava os direitos fundamentais referidos, por outro não chegava a lesionar seus respectivos conteúdos essenciais, pois nem lesionava o conteúdo

o princípio de proporcionalidade. Conferir a este respeito, por exemplo, o comentário de GONZÁLEZ LOPEZ. Juan José. La retención de datos de tráfico de las comunicaciones en la Unión europea: Una aproximación Crítica. **La Ley**: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Madrid, v. 6456, 2006.

⁵⁰ Em concreto, a Corte Suprema Irlandesa apresentou sua petição em 11 de junho de 2012, como consequência de uma demanda apresentada pela *Society Digital Rights*, dedicada à promoção e proteção dos direitos civis e cidadãos contra a normativa daquele país que transpôs referida Diretiva; por outro lado, o Tribunal Constitucional da Áustria apresentou sua petição em 19 de dezembro do mesmo ano, como consequência dos recursos interpostos contra a normativa daquele país pelo Estado de Kärntner, o Sr. Seitlinger e outros 11.130 demandantes mais.

essencial do direito à vida privada – ao não ser uma norma que permitia conhecer o conteúdo daquilo que os cidadãos estariam comunicando através dos meios aos quais suas prescrições eram aplicáveis –, nem afetava o núcleo do direito fundamental à proteção dos dados pessoais, pois estabelecia certas medidas de proteção dos dados captados frente a possíveis abusos ou atuações acidentais precisamente para salvaguardar aquilo que é fundamental desse direito.

O Alto Tribunal tampouco considerou que poderia ser questionada que a finalidade perseguida pela Diretiva analisada – *i.e.*, aquela de assegurar que os dados estejam disponíveis para efeitos de investigação, detenção e persecução de delitos graves – não dissesse respeito a um fim ou objetivo perfeitamente legítimo e de interesse geral, cuja busca poderia contrapor aos citados direitos fundamentais, chegando inclusive a legitimar sua limitação. De fato, assim parecia indicá-lo o fato do próprio art. 6º da CDFUE reconhecer que todas as pessoas têm direito tanto à liberdade quanto à segurança, contrapondo, dessa forma, o primeiro valor (a liberdade e suas garantias), com aquele outro que o comentado sistema de captação de dados trataria de alcançar (o da segurança)⁵¹.

É justamente por isso que o Tribunal Europeu entendeu que a questão fundamental a elucidar na provocação que havia recebido seria aquela de saber se as limitações de direitos estabelecidas pelo sistema contido na questionada Diretiva respondiam ou não às exigências derivadas do princípio de proporcionalidade em sentido estrito. Era uma questão que obrigava a analisar, em primeiro lugar, se a sua imposição seria *adequada* ou não para conseguir a finalidade supostamente justificada, para depois estudar se as restrições de direitos impostas para alcançá-la teriam, de fato, se apresentadas limitadas àquelas que eram estritamente *necessárias* impor para tanto.

A primeira dessas questões foi rapidamente resolvida pelo Tribunal, pois entendeu como inegável que a captação dos dados relativos às comunicações seria perfeitamente *adequada* e *idônea* para facilitar a investigação e persecução de delitos, sobretudo, tendo em conta o papel fundamental que essas comunicações adquiriram na sociedade de informação em que vivemos.

Muito mais questionável seria, no entanto, a segunda questão. Isto é, que se pudesse realmente afirmar que o uso previsto para esta ferramenta limitadora de direitos fundamentais, de fato, apresentava-se dentro do *estritamente necessário* para perseguir o fim perseguido.

Em concreto, o Tribunal de Justiça Europeu (TEJ) considerou que a comentada Diretiva teria vulnerado esse limite com relação ao direito à proteção de dados estabelecido

⁵¹ Em concreto, o CDFUE estabelece que “toda pessoa tem o direito à liberdade e à segurança” (art. 6º).

no art. 8º do CDFUE, ao não permitir, por exemplo, que o nível das medidas de segurança que os provedores teriam que impor (para evitar possíveis abusos com relação a esses dados) pudesse depender de uma valoração dos custos que a sua implantação poderia chegar a gerar a esses sujeitos. É questionável, ainda, que a Diretiva tivesse autorizado que os dados captados e armazenados pudessem ser transferidos a terceiros países, estranhos à UE, nos quais seu uso (ou possível abuso) escaparia por completo ao controle das autoridades que deveriam garantir o respeito deste direito, nos termos daquilo previsto pelo parágrafo 3º do citado artigo da CDFUE.

Tampouco atendia às exigências do princípio da proporcionalidade o fato de a comentada Diretiva ter implantado um sistema de captação e armazenamento geral de dados externos, relacionados a todas as comunicações. Um sistema, diga-se, que previa que esses dados poderiam e, inclusive, teriam de ser recopilados e armazenados: I) ainda que não existisse qualquer indício, nem sequer remoto, de que estivessem relacionados com a prática de um delito grave; II) ainda que se saiba que esses dados estão relacionados a comunicações efetuadas por pessoas amparadas e obrigadas a manter o sigilo profissional.

A juízo do Alto Tribunal, isso fez com que a Diretiva referida fosse tida como absolutamente desmedida e, portanto, desproporcional. Como também o seria aquela determinação de que esses dados fossem armazenados por um período mínimo de seis meses, ignorando que nem todos os dados captados são igualmente úteis para perseguir e investigar delitos – um armazenamento prolongado que, não por outro motivo, careceria de sentido e, portanto, também se apresentaria como manifestamente desnecessário e desproporcional.

Mas não é só isso. Tampouco mostrava-se possível aceitar que as restrições de direitos previstas pela Diretiva estivessem realmente limitadas àquelas estritamente necessárias para a persecução de delitos graves, pois seus preceitos – além de não prevenirem quais seriam as condutas que deveriam ser assim entendidas⁵² –, também não estabeleciam qualquer

⁵² De fato, sobre a interpretação e delimitação deste conceito de *delito grave* ainda existe uma grande polêmica doutrinária e jurisprudencial. Enquanto parte dos autores e tribunais entendem que esse conceito deve ser interpretado conforme a classificação dos delitos feita pelo nosso Código penal no seu art. 33, outros, como em RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis. Hacia un nuevo entendimiento de gravedad del delito en la Ley de conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas. **La Ley**: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Madrid, v. 7789, 2012 ou em *Id.* El principio de proporcionalidad... Op. cit., propõem uma interpretação muito mais flexível e que não observe apenas a pena concreta com a qual o legislador sanciona as condutas, mas também outros fatores, como a *relevância social do fato* ou sua repercussão; conceitos, como se vê, altamente indeterminados e difusos, cuja concreção poderá depender de critérios puramente subjetivos ou, inclusive, de fatores tais como a importância que os meios de comunicação decidam dar a um dado fato. Isto nos leva a rechaçar essa última posição neste contexto, tal e como compreende, por exemplo, Cortés Bechiarelli por entender que o uso desses conceitos não só pode fazer com que os juizes assumam funções quase legislativas nesta matéria, como também acaba por ignorar que o legislador, ao impor uma pena de forma abstrata para um dado delito, já valora e determina a gravidade da sua realização na própria lei. In: CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. **El Delito de corrupción deportiva**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. p. 217.

limitação ou controle que garantisse que suas restrições não poderiam ser empregadas para perseguir outro tipo de condutas distintas daquelas que efetivamente eram tidas como delitos graves.⁵³

Tudo isso levou o TEJ a considerar que a comentada Diretiva se mostrava completamente incompatível com o previsto no CDFUE, razão pela qual devia considerar-se inválida e carente de qualquer efeito. Além disso, paralelamente, fez-se com que fosse estabelecida uma série de *critérios* que deverão ser levados em conta no momento de valorar a possível compatibilidade entre as prescrições contidas nessa Carta protetora dos direitos fundamentais e qualquer normativa que tenha sido, ou que venha a ser, criada com o fim de regulamentar os sistemas de manipulação de dados pessoais aos quais dedicamos este trabalho.

Justamente por isso é válido analisar, na sequência, ainda que brevemente, em que medida esses pronunciamentos judiciais devem influir tanto na normativa europeia atualmente vigente em relação a essas manipulações quanto nos projetos em tramitação na UE, precisamente, segundo se afirma, com o fim de criar um novo e mais garantista marco regulador para eles.

5 A UNIÃO EUROPEIA DIANTE DA ENCRUZILHADA: RUMO A UMA NOVA POLÍTICA CRIMINAL REFERENTE À MANIPULAÇÃO DE DADOS USADOS NA PREVENÇÃO, INVESTIGAÇÃO E PERSECUÇÃO DE DELITOS?

O comentado até o momento destacou que a regulamentação europeia relacionada à manipulação de dados com fins de prevenção ou repressão criminal viveu até a atualidade

⁵³ Nesse sentido, cumpre ressaltar que, ainda nos dias atuais, continua existindo uma grande polêmica doutrinária e jurisprudencial em nosso país sobre as condições e requisitos processuais que devem ser observados para poder acessar referidos dados, pois enquanto algumas decisões, como a STS 236/2008, de 9 de maio, mantêm que esses dados estão disponíveis para qualquer das autoridades responsáveis pela persecução e investigação dos delitos dos quais trata a Lei 25/2007, de 18 de outubro de 2007, de conservação de dados de comunicações eletrônicas e redes públicas de comunicação, alguns autores, dentre os quais me incluo, consideram que o art. 7º da referida Lei exige expressamente uma autorização judicial para acessá-los, já que seu acesso afeta também o direito fundamental ao sigilo das comunicações, tal e como afirmou o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) por meio de reiterada jurisprudência, desde a sua célebre Sentença de 2 de agosto de 1984, referente ao denominado “caso Malone vs Reino Unido”. Sobre esta polêmica, conferir o comentário, por exemplo, de FRIGOLS I BRINES, Eliseu. La protección constitucional de los datos de comunicaciones: delimitación de los ámbitos de protección del secreto de las comunicaciones y del derecho a intimidad a la luz del uso de las nuevas tecnologías In: BOIX REIG, Francisco Javier (Dir.). **La protección jurídica de la Intimidad**. Madrid: Lustel, 2010. p. 45 e ss. ou em GALÁN MUÑOZ, Alfonso. ¿Nuevos riesgos, viejas respuestas?... Op. cit., p. 46.

duas fases claramente distintas. Uma inicial, caracterizada primordialmente pela criação de instrumentos tendentes a facilitar e favorecer a cooperação e a troca de dados e informações entre as diferentes administrações nacionais e supranacionais competentes em matéria penal e que culminou com o desenvolvimento do princípio da disponibilidade; e outra, mais recente, na qual a garantia do respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos – precisamente, os direitos de intimidade e de proteção de dados de caráter pessoal – começou, gradativamente, a reclamar o papel que lhe corresponde e que deveria estar presente, desde o princípio, naquela regulamentação.

Não há dúvida de que esta segunda fase, com a aprovação do Tratado de Lisboa, teve um hiato fundamental, o qual até o momento e apesar do declarado (tanto no Tratado quanto no Programa de Estocolmo ou na Agenda Digital para Europa) só implicou na mera elaboração de um projeto de Diretiva que se apresenta, como visto, “extremamente decepcionante” em termos de garantias.

É precisamente nesse momento que a vinda da comentada sentença do Tribunal Europeu de Justiça aportou um pequeno raio de esperança num obscuro e decepcionante panorama normativo. É que essa sentença não só deixou bastante claro que as limitações dos direitos à intimidade e à proteção de dados pessoais para prevenir, investigar ou reprimir delitos graves só serão legítimas na medida em que estejam previstas para perseguir esse fim e não outro. Além disso, essa sentença fixou que essas limitações devem referir-se àquelas restrições que realmente sejam necessárias para um tal fim. Ademais, também foi ressaltado pela comentada sentença que a implantação destas restrições competirá ao legislador europeu, e não ao nacional, que haverá de definir e estabelecer os critérios e elementos objetivos que terão de garantir que aquelas restrições não ultrapassem as barreiras do que seja estritamente necessário para alcançar a finalidade pretendida.

Os efeitos que estes pronunciamentos judiciais devem ter sobre a matéria ora tratada, a nosso modo de ver, são extremamente relevantes.

Assim, por exemplo, figura evidente que, tendo o Tribunal Europeu de Justiça ressaltado, de forma taxativa, que será a persecução dos fins penais apontados – e não de outros possíveis objetivos ou motivos⁵⁴ – que poderá legitimar o regime excepcional e as

⁵⁴ Neste sentido, é interessante destacar que alguns autores, como Tinnefeld, Buchner e Petri, ressaltam que o que impede que o projeto de Diretiva para a proteção de dados pessoais nos procedimentos de prevenção e repressão penal, do qual estamos tratando, contemple o consentimento como possível causa de autorização para o uso desses dados será, precisamente, a existência de uma relação de subordinação existente entre o titular dos dados e a administração que se encarrega desta matéria, tornando inviável que esse consentimento possa ter efeitos jurídicos, atendendo deste modo ao que viria a prever o novo Regulamento Geral de Proteção de Dados que tramita de forma paralela à referida Diretiva, já que não

restrições de direitos permitidas na manipulação de dados pessoais, exige-se que o legislador europeu revise tanto a normativa vigente quanto a que pretenda ser criada no futuro em relação ao tema. Garante-se, com isso, que essas normativas excluam qualquer possibilidade de que essa regulamentação absolutamente excepcional possa ser utilizada para efetuar manipulações com fins distintos dos estritamente penais. É que tal utilização, evidentemente, faria com que tais manipulações alternativas se efetuassem empregando restrições de direitos fundamentais que, ainda que pudessem ser necessárias e proporcionais, não seriam legítimas com relação a estes novos e alternativos objetivos.

Será necessário, portanto, revisar, inclusive antes de sua aprovação, tanto o projeto da Diretiva relacionada à utilização de dados de registro de nomes de passageiros para a prevenção, detenção, investigação e ajuizamento de delitos terroristas e delitos graves⁵⁵, como a já citada proposta de Diretiva de proteção de dados pessoais nas manipulações realizadas com fins penais, que, na atualidade, tramitam no seio da UE, com o fim de garantir que seus preceitos excluam qualquer possibilidade de que seus excepcionais preceitos possam vir a ser utilizados para perseguir fins distintos daqueles puramente penais. Haverá de comprovar, ademais, detalhadamente, a vasta normativa europeia vigente relativa às manipulações de dados pessoais com finalidades penais e que se pretenda deixar inalterada

teria sido fornecido numa situação de efetivo equilíbrio; Op. cit., p. 135. Não acreditamos, de qualquer forma, que isso esteja de todo correto, pois essa afirmação se sustenta na existência de uma relação de submissão ou subordinação do cidadão perante à administração, o que não se ajusta aos parâmetros segundo os quais esta haverá de atuar num verdadeiro Estado democrático e de Direito. Na realidade, nos Estados realmente democráticos o cidadão não haverá de servir à administração, mas sim a administração irá servir ao cidadão, sendo precisamente esta circunstância que impede que a administração restrinja os direitos das pessoas, salvo quando estritamente necessário para perseguir um fim legítimo e de interesse geral. Em definitivo, as restrições de direitos estabelecidas na Diretiva se sustentarão quando necessárias para possibilitar investigações de delitos, sendo essa circunstância – e não a relação de subordinação existente entre o cidadão e o Estado – a que permitirá que a administração possa obter e processar os dados do primeiro sem contar com seu consentimento, o que evidentemente de modo algum irá supor, frente àquilo que sustentam Tinnefeld, Buchner e Petri, que as administrações não possam e inclusive não tenham que contar com esse consentimento para lidar com os dados dos cidadãos para fins diversos daqueles puramente penais.

⁵⁵ Esta proposta de Diretiva [COM (2011) 32 final], de 2 de fevereiro de 2011, conhecida pela proposta de Diretiva PNR (como consequência do acrônimo da denominação inglesa *Passanger Name Records*), que trata de harmonizar as diferentes normativas estatais relacionadas à manipulação dos dados dos passageiros na luta contra o terrorismo, foi objeto de múltiplas críticas tanto doutrinárias quanto pelo próprio Grupo do art. 29 ou do SEPD, o que, como ressalta Kainer, fez com que sua possível aprovação fosse interrompida, pelo menos até o momento, pelo Parlamento europeu (KAINER, Friedmann. *Strafrecht im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Entwicklung und Umsetzungsprobleme des europäisierten Strafrechts in Deutschland*. In: MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian; SCHWARZE, Jürgen (Hrsg.). **Eur Europarecht**. Beiheft 3. Baden-Baden: Nomos, 2013. p. 108). Sobre os diversos problemas que este texto normativo apresenta, conferir o comentário, por exemplo, de PEYROU, Sylvie; GONZÁLES MURÚA, Ana Rosa. Op. cit., p. 160 e ss.

após a aprovação destas Diretivas. Só assim será possível evitar que seus preceitos possam permitir, por exemplo, que as autoridades receptoras dos dados pessoais enviados por outro Estado membro (para facilitar uma investigação penal) venham a ser utilizados para fins distintos daqueles puramente penais, simplesmente porque as autoridades do Estado emissor o teriam autorizado⁵⁶.

A nosso ver, para acabar com todo este despropósito normativo e, concomitantemente, atender ao exigido pelo Tribunal Europeu de Justiça, o lógico será converter a nova Diretiva de proteção de dados pessoais numa *norma geral*, de aplicação a todos os sistemas destinados a cumprir com fins de prevenção ou repressão de delitos, que garanta, entre outras coisas, que nenhum deles poderá ser utilizado para fins distintos daqueles que legitimaram sua criação, tal e como expressamente afirma, inclusive, o art. 1º da proposta da Diretiva ora comentada, ao autorizar a referida manipulação para a “[...] prevenção, investigação, detenção ou ajuizamento de infrações penais ou execução de sanções penais”.

Para tanto, deveria modificar-se o previsto nos arts. 7º e 59 desse projeto. Além disso, seria conveniente que fossem reguladas, de forma específica, mediante a criação de normas especiais, adequadas e completamente autônomas daquelas propriamente penais, as manipulações de dados realizadas com fins não penais que pudessem ser necessárias em certas situações excepcionais ao regime geral de proteção desse tipo de dados para poder cumprir a finalidade visada (por exemplo, as destinadas à persecução e sanção de infrações administrativas, à cobrança de impostos ou tarifas, ou à salvaguarda de algum direito dos cidadãos).

⁵⁶ A transcendência desta questão restou, de fato, refletida em alguns casos concretos que já foram analisados, como aquele que foi apresentado quando o Comitê Olímpico Nacional italiano solicitou que, ao Julgado de Instrução n. 31 de Madri, lhe fossem entregues amostras de sangue que tinham sido recolhidas durante buscas domiciliares que se realizaram no marco da denominada “Operação Porto”; ou quando pouco depois foi a própria Federação espanhola de ciclismo que solicitou sua entrega para fins de viabilizar o trâmite dos correspondentes expedientes administrativos sancionadores contra os sujeitos que estavam envolvidos neste conhecido caso de dopagem, sem chegar, no entanto, a ter responsabilidade penal por isso (os próprios deportistas que utilizaram substâncias ilegais). Apesar da contradição na qual incorreram, até o momento, as decisões emitidas por nossos Tribunais com relação a este caso, acreditamos que deve ser entendido, tal qual entendem COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. La transmisión y cesión de datos personales obtenidos en un proceso penal a un procedimiento sancionador por dopaje. **Revista Arazandi de Derecho de Deporte y Entretenimiento**, Cizur Menor, v. 40, 2013. p. 32 e ss. e CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. Op. cit., p. 219 e ss., que os indícios ou provas que foram obtidos violando legitimamente direitos fundamentais – como a inviolabilidade domiciliar, o segredo das comunicações ou o próprio direito de proteção de dados de caráter pessoal –, por terem sido obtidos para realizar uma investigação *criminal*, nunca deveriam ser utilizados para investigar e sancionar fatos que não tivessem essa condição, isto é, para investigar e sancionar, por exemplo, uma mera infração administrativa, por mais grave que esta pudesse ser.

Tudo isso sugere, sem dúvida, um enorme desafio para o legislador europeu reformador; um desafio que, ademais, será incrementado como consequência do legislador também estar obrigado a, observando o previsto na comentada Sentença do TEJ, revisar integralmente tanto o projeto de Diretiva mencionado quanto o restante das normas reguladoras dos diferentes sistemas de manipulação de dados para fins penais que foram criados e que se pretenda criar, garantindo que seus preceitos – e não os de normativas nacionais – sejam aqueles que realmente definam os prazos, limites e condições que terão de garantir que as restrições do direito fundamental à proteção de dados pessoais que venham a ser impostas nunca, e sob nenhuma circunstância, possam ir além daqueles que seriam estritamente necessários para que tais sistemas possam cumprir com a finalidade para a qual foram criados: a de prevenir, investigar, perseguir e sancionar os delitos graves que venham a ser cometidos.⁵⁷

⁵⁷ Neste sentido, entendemos que o previsto pela comentada sentença do TEJ obrigará, entre outras coisas, a realização de uma reanálise para saber se todas as restrições de direitos que definam e limitem aquela proposta da Diretiva poderão aplicar-se independentemente da gravidade da infração penal; ou se, na verdade, deve-se exigir um mínimo de gravidade, quiçá, observando a possível pena cominada para a infração em questão, uma hipótese que viria a garantir que essas limitações só poderiam ser aplicadas em relação à persecução ou repressão de infrações que realmente fossem graves. Por outro lado, a Sentença aqui comentada também obrigará a rever o sistema de transmissão de dados a países estrangeiros aos previstos nos arts. 33 e seguintes da proposta, uma hipótese na qual será necessário reanalisar-se o estabelecido nos seus arts. 15 e 16, com relação às restrições de direitos de retificação e supressão de dados pessoais dos cidadãos. É que esses preceitos deveriam prever de forma clara os critérios objetivos que servem para garantir que estes direitos só serão limitados nos casos e na medida em que sejam estritamente necessários, buscando assim observar os fins de investigação e repressão penal perseguidos pelo procedimento. Não podendo, portanto, deixar a fixação destes critérios, tal e como pretende o atual projeto (pelo menos em relação à segunda das questões sugeridas), exclusivamente nas mãos da decisão dos legisladores estatais. Neste mesmo sentido, o comentado texto normativo tampouco poderá deixar, completamente nas mãos da regulamentação dos países membros, a determinação do regime distinto que haverá de ser outorgado a cada uma das categorias de dados que os arts. 5º e 6º da proposta diferenciam em atenção a sua precisão, confiabilidade e caráter do sujeito aos quais estejam eles referidos (pessoas suspeitas, condenadas, vítimas, testemunhas etc.). Ou seja, esta regulamentação haverá de fixar seu correspondente regime jurídico e as possíveis limitações aos direitos que ele poderá supor com relação aos direitos de seus titulares (por exemplo: desnecessidade do consentimento do titular para sua obtenção, restrição ao direito à informação, denegação do direito de cancelamento), atendendo para tanto a utilidade e relevância específica que cada uma dessas classes de dados terá, segundo suas características e procedência, na prevenção e persecução de delitos. Neste sentido, a nosso juízo, o marco regulatório europeu deveria ter muito presente o então estabelecido pela Sentença de 4 de dezembro de 2008 do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), referida no caso *S. e Marper vs. Reino Unido*. Nessa sentença, o Tribunal afirmou que o armazenamento das digitais, das amostras celulares e do perfil genético para fins de investigação criminal de pessoas que, tal qual os demandantes, já haviam sido absolvidas nas ações penais em que teria ocorrido sua obtenção, supunha um desproporcional e desnecessário sacrifício de seus direitos fundamentais à intimidade e à proteção de dados de caráter pessoal, justamente por permitir que o armazenamento destes dados pudesse ter uma duração que excederia o estritamente necessário para conseguir as finalidades para as quais aqueles dados haviam

Sem sombra de dúvida, será um desafio reformador formidável, mas também, a nosso sentir, um desafio que o legislador europeu terá necessariamente que enfrentar se realmente pretende criar um *sistema de justiça penal europeu integrado*.

Para fazê-lo, tal e como oportunamente ressaltou Vogel, é imprescindível que todos os Estados integrados nesse sistema possam colaborar entre si sobre a base da confiança e do reconhecimento mútuos, o que exigirá que todos eles possam estar seguros de que os demais respeitarão os direitos humanos das pessoas, independentemente de sua nacionalidade⁵⁸. Não há dúvida de que esta exigência converte esses direitos – e entre eles, aquele referente à proteção de dados –, não num obstáculo para a possível criação e implantação de uma política criminal europeia, capaz de lutar contra as modernas formas de criminalidade inter ou transnacional (como a delinquência de informática, a econômica, a ambiental ou, inclusive, o temível terrorismo⁵⁹), precisamente num dos elementos configuradores básicos da *cultura penal comum* a todos os países da UE. Afinal, trata-se de uma cultura que, apesar das evidentes e profundas diferenças em suas tradições e sistemas jurídicos, é necessária para que todos eles possam chegar a

sido obtidos. Esta circunstância deveria ser tida muito em conta pelo legislador europeu no momento de estabelecer na comentada Diretiva o tratamento que os dados pessoais deveriam receber, atendendo a sua concreta procedência do mesmo modo que deveria fazê-lo a, ainda vigente, normativa espanhola nesta matéria, a LO 10/2007, de 8 de outubro, que regulamenta a base de dados policial sobre identificadores a partir do DNA, a qual deveria evitar que fossem retidos os dados de pessoas suspeitas não denunciadas, justamente ao contrário daquilo que é autorizado pelo seu art. 9º, que autoriza referida retenção até que transcorra o período de prescrição do delito em cuja investigação foram obtidos. Tal situação, diga-se, figura de todo inadmissível, como ressaltam, por exemplo, HOYOS SANCHO, Montserrat. Profundización en la cooperación transfronteriza en la Unión Europea... Op. cit., p. 179 e CARUSO FONTÁN, Viviana. Bases de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir del ADN y derecho a la intimidad genética. **Foro**, Madrid, v. 15, n. 1, 2012. p. 163 e ss., os quais, precisamente por isso consideram que todos estes dados deveriam ser eliminados no exato instante em que fosse constatado que não teriam sido reunidos elementos suficientes para proceder a instauração de uma ação penal. Não são, portanto, poucas as questões que o legislador comunitário deve reanalisar e definir no momento de revisar tanto esta Diretiva quanto as demais normas regulamentadoras da manipulação dos dados pessoais para fins penais, o que, sem dúvida, incrementa ainda mais a magnitude do desafio reformador que o TEJ acabou por exigir que passasse a ser enfrentado.

⁵⁸ VOGEL, Joachim. Cooperación penal: cinco tendencias. Cinco propuestas para una acción futura... Op. cit., p. 158 e ss.

⁵⁹ Com razão, portanto, Aixalà afirma que existe “*un verdadero European way of fighting terrorism, distinto y mucho más eficaz y eficiente que el estadounidense*”, caracterizado por “*combatir el terrorismo con la ley en la mano y en el marco del Estado de Derecho*”. AIXALÀ, Albert. Op. cit, nota 55, o que, de todo modo, não nos autoriza a ignorar que também no seio da União Europeia foram criadas tensões securitárias a partir do fenômeno terrorista, as quais devem ser corrigidas o quanto antes possível, de modo a garantir o mais absoluto respeito aos direitos fundamentais.

implantar e seguir uma política criminal europeia exigível à luta, coordenada e eficaz, contra esses fenômenos criminais.⁶⁰

CONCLUSÕES

O desafio para a política criminal europeia, portanto, já está posto. O caminho para enfrentá-lo foi traçado pelo Tribunal Europeu de Justiça, ao menos no que se refere à manipulação de dados pessoais realizada para fins de prevenção, investigação e sanção de delitos graves. Só resta, portanto, que o legislador europeu entenda e comece, definitivamente, a assumir a função que foi chamado a desempenhar nesse espaço único, não só de segurança, mas também de Liberdade e Justiça, que a União Europeia pretende chegar a ser.

⁶⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Sobre una política criminal común europea In: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli; VENTURA PÜSCHEL, Arturo (Coord.). **La adecuación del Derecho penal Español al ordenamiento de la Unión europea**: la política criminal europea. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. p. 39 e ss.

REFERÊNCIAS

- ACED FÉLEZ, Emilio. Principio de disponibilidad y protección de datos en el ámbito policial. **Noticias Jurídicas**, abr. 2010. Disponível em: <<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4537-principio-de-disponibilidad-y-proteccion-de-datos-en-el-ambito-policial>>. Acesso em: 11 mar. 2014.
- APARICIO SALOM, Javier. **Estudio sobre la protección de datos**. Cizur Menor: Aranzadi, 2013.
- AIXALÀ, Albert. La estrategia de la UE ante el terrorismo internacional y la defensa de los derechos y libertades ciudadanas. In: BARBÉ, Esther; HERRANZ, Anna. **Política exterior y Parlamento Europeo: hacia el equilibrio entre eficacia y democracia**. p. 51-65. Disponível em: <<http://www.recercat.cat/bitstream/handle/2072/204360/6%20cap%204.pdf?sequence=6>>. Acesso em: 15 mar. 2016.
- BLANCO QUINTANA, María Jesús. La comunicación de antecedentes penales entre los Estados. El Sistema europeo de información de antecedentes penales (ECRIS). **Boletín del Ministerio de Justicia**, v. 67, n. 2155, jun. 2013.
- CARUSO FONTÁN, Viviana. Bases de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir del ADN y derecho a la intimidad genética. **Foro**, Madrid, v. 15, n. 1, p. 135-167, 2012. Disponível em: <<http://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/39585>>. Acesso em: 16 mar. 2016.
- COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. La transmisión y cesión de datos personales obtenidos en un proceso penal a un procedimiento sancionador por dopaje. **Revista Arazandi de Derecho de Deporte y Entretenimiento**, n. 40, p. 23-57, 2013.
- CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. **El delito de corrupción deportiva**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- FERNÁNDEZ OGALLAR, Beatriz. **El Derecho penal armonizado de la Unión Europea**. Madrid: Dykinson, 2014.
- FRIGOLS I BRINES, Eliseu. La protección constitucional de los datos de comunicaciones: delimitación de los ámbitos de protección del secreto de las comunicaciones y del derecho a intimidad a la luz del uso de las nuevas tecnologías. In: BOIX REIG, Francisco Javier (Dir.). **La protección jurídica de la Intimidad**. Madrid: Lustel, 2010. p. 37-90.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso. La protección de datos de carácter personal en los tratamientos destinados a la prevención, investigación y represión de delitos: hacia una nueva orientación de la política criminal de la Unión Europea. **Diario La Ley**, Madrid, v. 8356, 2014.
- _____. ¿Nuevos riesgos, viejas respuestas? Estudio sobre la protección penal de los datos de carácter personal ante las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. **Revista General de Derecho penal**, Madrid, v. 19, 2013.
- GOIZUETA VÉRTIZ, Juana; GONZÁLES MURÚA, Ana Rosa; PARIENTE DE PRADA, Iñaki. **El Espacio de libertad, seguridad y justicia: Schengen y protección de datos**. Cizur Menor: Aranzadi, 2013.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Constitución europea y Derecho penal: ¿Hacia un Derecho penal Federal europeo? In: BACIGALUPO, Silvina; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal y política transnacional**. Barcelona: Alitier, 2005. p. 151-208.

GONZÁLEZ LÓPEZ, Juan José. La retención de datos de tráfico de las comunicaciones en la Unión europea: una aproximación crítica. **La Ley**: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Madrid, v. 2, p. 1441-1449, 2006.

GONZÁLEZ MURUA, Ana Rosa. El supervisor Europeo de protección de datos ante la revisión del marco jurídico de la protección de datos. Especial referencia a las reformas en el seno del espacio de libertad, seguridad y justicia. In: GOIZUETA VÉRTIZ, Juana; GONZÁLEZ MURÚA, Ana Rosa; PARIENTE DE PRADA, José Ignacio (Dir.). **El espacio de libertad, seguridad y justicia**: Schengen y Protección de datos. Cizur Menor: Aranzadi, 2013. p. 237-252.

GUICHOT, Emilio. **Datos personales y administración pública**. Cizur Menor: Aranzadi, 2005.

HOYOS SANCHO, Montserrat. Profundización en la cooperación transfronteriza en la Unión Europea: obtención, registro e intercambio de perfiles de ADN de sospechosos. In: ARANGÜENA FANEGO, Coral. **Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia**: últimos avances en cooperación judicial penal. Valladolid: Lex Nova, 2010. p. 152-183.

KAINER, Friedmann. Strafrecht im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Entwicklung und Umsetzungsprobleme des europäisierten Strafrechts in Deutschland. In: MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian; SCHWARZE, Jürgen (Hrsg.). **Eur Europarecht**. Beiheft 3. Baden-Baden: Nomos, 2013. p. 87-117.

MAPELLI MARCHENA, Clara. **El modelo penal de la Unión Europea**. Cizur Menor: Aranzadi, 2014.

NIETO MARTÍN, Adán. Posibilidades y límites de la armonización del Derecho penal nacional tras Comisión v. Consejo (Comentario a la STJCE, asunto C-176/03, de 13-9-2005). **Revista Española de Derecho Europeo**, n. 17, p. 105-122, 2006.

OERMANN, Markus. **Individualdatenschutz im europäischen Danteschutzrecht**. Freiburg: V. Centauros, 2012.

OUBIÑA BARBOLLA, Sabela (Coord.); COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. (Dir.). **La transmisión de datos personales en el seno de la cooperación judicial penal y policial en la Unión Europea**. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2015. p. 37-70.

ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. Tecnología versus proporcionalidad en la investigación Penal: la nulidad de la ley alemana de conservación de datos de tráfico de las comunicaciones electrónicas. **La Ley Penal**, n. 75, p. 5, 2010.

PARIENTE DE PRADA, José Ignacio. La reforma de la protección de datos en el ámbito europeo. In: GOIZUETA VÉRTIZ, Juana; GONZÁLEZ MURÚA, Ana Rosa. **El Espacio de libertad, seguridad y justicia**: Schengen y protección de datos. Cizur Menor: Aranzadi, 2013. p. 127-146.

PEYROU, Sylvie; GONZÁLES MURÚA, Ana Rosa. Algunas reflexiones sobre la protección de datos en el ELSJ o la crónica de una esperanza frustrada. In: GOIZUETA VÉRTIZ, Juana; GONZÁLES MURÚA, Ana Rosa; PARIENTE DE PRADA, Iñaki. **El espacio de libertad, seguridad y justicia**: Schengen y Protección de datos. Cizur Menor: Aranzadi, 2013. p. 147-164.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Sobre una política criminal común europea. In: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli; VENTURA PÜSCHEL, Arturo (Coord.). **La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea**: la política criminal europea. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. p. 37-46.

RECUERO, Paz. La protección de datos y Schengen: una visión desde la experiencia española. In: GOIZUETA VÉRTIZ, Juana; GONZÁLEZ MURÚA, Ana Rosa; PARIENTE DE PRADA, José Ignacio (Dir.). **El Espacio de libertad, seguridad y justicia**: Schengen y protección de Datos. Cizur Menor: Aranzadi, 2013. p. 197-216.

RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis. El principio de proporcionalidad en la nueva Ley de conservación de datos relativos a las comunicaciones. **La Ley**: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Madrid, v. 6859, p. 1455-1478, 2008.

_____. Secreto de las comunicaciones e intervención judicial de comunicaciones electrónicas en el marco de la Unión Europea: Derecho derivado. **La Ley**: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Madrid, v. 7373, 2010.

_____. Hacia un nuevo entendimiento de gravedad del delito en la Ley de conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas. **La Ley**: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Madrid, v. 7789, 2012.

SANZ HERMIDA, Ágata. Protección de datos en la transmisión transnacional de perfiles de ADN y muestras biológicas a los efectos de la persecución penal. **Revista General de Derecho Procesal**, Toledo, v. 20, p. 1-17, nov. 2010.

SANTOS GARCÍA, Daniel. **Nociones generales de la Ley orgánica de protección de datos y su reglamento**. Madrid: Tecnos, 2012.

SCHÜNEMANN, Bernd. Forstschritte und Fehlritte in der Strafrechtspflege der EU. **Goldammer's Archiv für Strafrecht**, Heidelberg, v. 151, p. 193-209, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo: una aproximación crítica. **Revista Penal**, v. 13, p. 138-150, 2004. Disponible em: <<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewArticle/197>>. Acceso em: 16 mar. 2016.

SOLAR CLAVO, Maria del Puerto. La doble vía europea en protección de datos. **La Ley**: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Madrid, v. 7832, 2012.

TIEDEMANN, Klaus. EG und EU als Rechtsquellen des Strafrechts. In: SCHÜNEMANN, Bernd et al. (Hrsg.). **Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001**. Berlín; Nova Iorque: Walter Gruyter, 2001. p. 1401-1413.

TINNEFELD, Marie Theres; BUCHNER, Benedict; PETRI, Thomas. **Einführung in das datenschutzrecht**: datenschutz und informationsfreiheit in europäischer sicht. München: V. Oldenburg, 2012.

VOGEL, Joachim. Política criminal y dogmática penal europea. **Revista Penal**, v. 11, p. 138-150, 2003. Disponible em: <<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewArticle/165>>. Acceso em: 16 mar. 2016.

_____. Cooperación penal: cinco tendencias. Cinco propuestas para una acción futura. In: ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto; NIETO MARTÍN, Adán; MORALES ROMERO, Marta Muñoz de. **El derecho penal de la Unión Europea**: situación actual y perspectivas de futuro. Cuenca: UCLM, 2007. p. 157-166.

_____. EU-Arbeitsweisevertrag Artikel 82 Gegenseitige Anerkennung; Angleichung. In: GRABITZ, Eberhard; HILF, Meinhard; NETTESHEIM, Martin. **Das Recht der Europäischen Union**. 51 Ergänzungslieferung. München: Beck, 2013.

