

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 268/2022: SOBRE UMA PROFECIA QUE SE CUMPRE POR SI MESMA?

FRANCISCO LEMOS DE ALMEIDA

1. CONTEXTUALIZAÇÃO

Até à prolação do acórdão do Tribunal Constitucional (TC) n.º 268/2022, fazia tempo que a pronúncia dos tribunais pátrios não provocava tão afincada celeuma no seio da dogmática jurídica. Proporcionalmente, também se não alvitram os tempos em que um aresto implicara *per se* consequências esperadas de tão largo espectro, decorrência imediata de um juízo de inconstitucionalidade com força obrigatória geral (artigo 282.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa¹), ao que acresce a particularidade de contender com o ramo adjetivo criminal. Tudo sucede *a posteriori* de decisões tomadas noutras latitudes que, de algum modo, permitiam antever o desfecho a que se chegou por cá. O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), através do acórdão *Digital Rights Ireland* (de 8 de abril de 2014)², declarou inválida a Diretiva n.º 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março³, relativa à conservação de «metadados», por comprimir o direito ao respeito pela vida

íntima e familiar (artigo 7.º, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia⁴) e à proteção dos dados pessoais (artigo 8.º, da CDFUE), de forma que repugna ao princípio da proporcionalidade (artigo 52.º, n.º 1, do mesmo texto), à conta da previsão da i) conservação indiscriminada dos «dados», ii) de todas as pessoas, iii) por incerto hiato temporal (de seis meses a dois anos), desprovido de critérios objetivos que o moldem, iv) acedíveis pelas autoridades nacionais em circunstâncias indeterminadas, mormente por não confinar o acesso a finalidades de repressão da criminalidade mais grave, nem precaver a sua fiscalização prévia por um órgão jurisdicional ou entidade administrativa independente⁵. Por outra parte, o TJUE aduziu que o silêncio do legislador comunitário, ao não estipular que os dados devem ser conservados em espaço da União Europeia, vulnera a proteção dos seus titulares e dificulta o controlo da conformidade do seu tratamento com as finalidades prescritas pelo Direito Comunitário (artigo 8.º, n.º 3, da CDFUE)⁶. Dado que a Lei n.º 32/2008, de 17 de junho («Lei dos Metadados»), se assume como o ato de transposição para a ordem jurídica nacional da Diretiva, era

¹ Doravante, qualquer inciso legal desacompanhado da indicação expressa ao respetivo diploma deve entender-se por atinente à Constituição da República Portuguesa

² Prolatado no âmbito dos reenvios prejudiciais C-293/12 e C-594/12, acessível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62012CJ0293&from=pt> [20.05.2022].

³ Seguidamente, Diretiva.

⁴ De ora em diante, por economia, CDFUE.

⁵ Sobre este ponto, lê-se no acórdão (parágrafo 62): «[s]obretudo, o acesso aos dados conservados pelas autoridades nacionais competentes não está sujeito a um controlo prévio efetuado por um órgão jurisdicional ou por uma entidade administrativa independente cuja decisão vise limitar o acesso aos dados e a sua utilização ao estritamente necessário para se alcançar o objetivo prosseguido [...]. Também não foi prevista uma obrigação precisa de os Estados Membros estabelecerem tais limitações».

⁶ Vide parágrafo 68 do acórdão *Digital Rights Ireland*.

expectável que padecesse de alguns dos «pecados originais» descortinados pelo TJUE. As dúvidas, aliás, densaram-se, em 2016, com o acórdão *Tele2 Sverige AB*⁷ que, louvando-se no argumentário expandido no *Digital Rights Ireland*, teve por contrária ao artigo 52.º, n.º 1, da CDFUE, a regulamentação que, *primo*, «prevê, para efeitos de luta contra a criminalidade, uma conservação generalizada e indiferenciada de todos os dados»; que, *secundo*, permite sem constrangimentos o acesso das autoridades nacionais e não o submete a controlo prévio por órgão ou entidade independente; e, *tertio*, não obriga tão-pouco a que os dados sejam conservados num Estado-membro da União⁸. Já em momento pretérito, em 2010, o TC germânico (*Bundesverfassungsgericht*) se havia debruçado sobre a constitucionalidade das normas de transposição da Diretiva, tendo concluído em sentido negativo⁹. Nessa ocasião, para além de ter dispensado retórica jurídica próxima da esgrimida pelo TJUE¹⁰, enunciava a existência de meios menos invasivos do que a preservação incontida de dados que, à luz do comando da proporcionalidade, só poderia ser tida como exacerbada. Ofereceu, embora reconhecendo a sua limitada eficácia, o exemplo do sistema de «*quick freeze*», que difere do modelo anterior, por apenas facilitar a conservação (prospetiva) de dados em relação a quem, num concreto processo criminal, seja dado como suspeito, por força dos indícios recolhidos¹¹. Nota que se urde pela razão de, entre nós, a Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro (Lei do Cibercrime), no seu artigo 12.º, conhecer veículo de obtenção de prova a funcionar nesses termos, sob o *nomen* de «preservação expedita de dados». Aquém-fronteiras, a «Lei dos Metadados» foi primitivamente questionada pela Comissão Nacional de Proteção de Dados, que nunca deu por adquirida a compatibilidade do diploma com o Direito da União Europeia, em especial

com a CDFUE e com a *norma normarum*, e fez questão de o expressar por diversas ocasiões, primeiro sob a forma de parecer (pareceres n.os 51/2015 e 24/2017) e, depois, por intermédio de deliberações (n.os 641/2017 e 1008/2017)¹². Apontou – ora, sabe-se, com propriedade – para a desnecessidade de «um tratamento de dados pessoais automático, relativo aos dados de todos os clientes ou utilizadores de comunicações eletrónicas, que não permite uma seleção dos dados sujeitos a conservação em função da ligação do seu titular, ainda que indireta, a crimes graves»¹³, nem a exclusão dos dados acobertados pelo sigilo profissional, outrossim para a inexistência de regulamentação das condições do acesso, de modo a evitar abusos. Da mesma sorte, exerceu a sua crítica sobre a circunstância de a Lei não acautelar a sua conservação no espaço comunitário, a par de consagrar um prazo para o acesso que, amiúde, seria excessivamente longo, a pessoas – na falta de parametrização – relativamente indefinidas. Da recomendação à revisão do diploma, ensaiada na primeira das deliberações, a CNPD decidiria, na seguinte, desaplicá-lo nas situações submetidas à sua apreciação. Donde, com verdade podemos dizer que a sintomatologia detetada em várias geografias, fazia duvidar da sanidade constitucional da «Lei dos Metadados». Quiçá, a ponto de, reformulando o célebre título de GABRIEL GARCÍA MARQUÉZ, estarmos afinal perante a «crónica de uma inconstitucionalidade anunciada».

2. ACÓRDÃO DO TC N.º 268/2022: A FUNDAMENTAÇÃO

A Provedora de Justiça, em 2019, impulsionou a fiscalização sucessiva abstrata da constitucionalidade das normas inseridas nos artigos 4.º, 6.º e 9.º, da «Lei dos Metadados». Volvidos três anos, e através do acórdão sob escrutínio¹⁴,

⁷ Versou este aresto – disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62015CJ0203&from=pt> [20.05.2022] – sobre a Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002, tendo declarado a sua invalidade.

⁸ Vide parágrafos 112 e 125 do acórdão *Tele2 Sverige AB*.

⁹ No BverfG 256/08, Urteil des Ersten Senats vom 02. März 2010, consultável (em inglês) em https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2010/03/rs20100302_1bvr025608en.html [20.05.2022].

¹⁰ Vide, à guisa de exemplo, os parágrafos 210, 211, 269 e ss. do BverfG 256/08.

¹¹ Vide parágrafo 208 do BverfG 256/08.

¹² Acedíveis em <https://www.cnpd.pt/decisoes/historico-de-decisoes/> [20.05.2022].

¹³ Deliberação n.º 641/2017, p. 4.

¹⁴ Consultável em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220268.html> [20.05.2022].

o TC pronunciou-se. Uma objetiva observação se impõe: a dilação temporal percorrida até à decisão sugere a violação do prazo de que este Tribunal dispunha para o efeito. E, em todo o caso, dada a ligação da matéria apreciada – o ajuizamento versou sobre aspetos do regime de um meio de obtenção de prova – com a investigação criminal, sempre se imporia atuação mais breve. Da análise do aresto, sobressaem notórias parecenças com a fundamentação aduzida, anteriormente, pelo TJUE. Não se o perspetive, todavia, como uma inevitabilidade, pois que se os «pecados» da Diretiva *quiesciam* na Lei fiscalizada, tal se deveu – ao menos, em parte – a opções legislativas que, dentro da margem de conformação conferida no momento da transposição, poderiam ter sido diferentes. Voltemo-nos para o itinerário argumentativo. O primitivo laivo de reprovação incidiu sobre a ausência de prescrição legal a obrigar à conservação dos dados no espaço comunitário, isto é, em território de um Estado-membro. A admissão implícita, no entendimento do TC, de que tal possa ocorrer fora da União Europeia, frustra, por um lado, a possibilidade de fiscalização por entidade administrativa independente e faz tábua rasa dos direitos dos cidadãos à «proteção d[os] dados contra a devassa ou difusão»¹⁵, nomeadamente à autodeterminação informativa¹⁶. A amplitude dos dados a conservar, quer subjetiva, quer objetivamente, também não escapou à censura veiculada no acórdão. Empreendida uma distinção entre «dados de base» (respeitantes à identificação dos utilizadores, nos quais se inclui o endereço do protocolo IP)¹⁷ e «dados de tráfego», o manancial de informação contido nestes últimos levou a que se considerasse

a sua conservação – contrariamente à dos primeiros, que, seguindo a linha jurisprudencial anterior¹⁸, não foi tida por ilícita –, pelo período de um ano, não consentida pelo artigo 18.º, n.º 2. Assentou o Tribunal na constatação de que, a partir deles, se pode «identificar, a todo o tempo, a posição e os movimentos dos utilizadores»¹⁹ ou, numa premissa, traçar uma linha histórica da vida, nas suas várias dimensões, pelo que a sua retenção encerra «uma agressão mais intensa dos direitos fundamentais à intimidade da vida privada», intolerada pelo princípio da proporcionalidade que não se compece com a retenção imponderada destes dados, pelo prazo de um ano. Do mesmo passo, o TC entendeu ainda que o facto de a Lei não edificar qualquer limite subjetivo à recolha de informações, viabilizando-a em abstrato, sem curar saber da ligação estabelecida pelo utilizador com um evento criminoso²⁰, representa uma medida desequilibrada e um reprovável exercício de acomodação entre a descoberta da verdade e o respeito pelos direitos fundamentais, que teria sido mais bem conseguido com o sistema de «*quick freeze*». No fundo, o ideal seria adotar como crivo o processo criminal e, a partir dos indícios que nele fossem recolhidos, determinar o âmbito subjetivo da diligência. Finalmente, criticou-se a inexistência de previsão da notificação aos visados da transmissão destes dados às autoridades judiciais, cujo significado entronca na privação de uma via preponderante para questionar os tribunais sobre a legitimidade da utilização deste meio de obtenção de prova, lesionando-se injustificadamente com isso o direito à tutela jurisdicional efetiva (artigo 20.º)²¹.

¹⁵ Ponto 16 do acórdão.

¹⁶ Sobre esta posição jurídica, vide ponto 12 do acórdão. Ou, na formulação de MOREIRA, Vital / CANOTILHO, J. J. Gomes, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 4.ª ed., Vol. I, Coimbra: Almedina, 2007, p. 551: «[...] o direito de controlar a informação disponível a seu respeito, impedindo-se que a pessoa se transforme em simples objeto de informações», cujo conteúdo apresenta vários afloramentos, tais como a limitação da recolha para os fins legalmente previstos, o direito a conhecer que os seus dados estão registados e para que finalidades o foram.

¹⁷ Vide, a propósito, o acórdão do TC n.º 420/2017, acedível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20170420.html> [22.05.2022].

¹⁸ Vertida no acórdão mencionado na nota precedente.

¹⁹ Ponto 18 do acórdão.

²⁰ Nas palavras da Provedora de Justiça, «todo e qualquer indivíduo que utilize um meio de comunicação [é] tratado como um potencial criminoso».

²¹ Ponto 19 do acórdão: «[a] inexistência de notificação ao visado [...] é configurad[a] como uma violação do direito de acesso à via judiciária efetiva, uma vez que se impede, na prática, o exercício de ação judicial contra eventuais arbitrariedades ou abusos naquele acesso: servindo a tutela jurisdicional efetiva para a salvaguarda dos direitos fundamentais, a impossibilidade da sua defesa materializará uma violação do direito à tutela jurisdicional efetiva».

3. DECISÃO DO TC

A argumentação do TC é perpassada pela asserção de que, na confrontação entre os direitos fundamentais e a descoberta da verdade material, finalidades conciliáveis do processo penal – e, por isso, também relativas –, o núcleo das posições jurídicas elementares deve prevalecer, ainda que tal implique abrir mão de um importante aporte para a investigação criminal. Daí que ao avaliar a validade das medidas preconizadas pela «Lei dos Metadados», sabido que elas comportam uma restrição ao direito à reserva da vida íntima privada e à autodeterminação informativa, conclui pela sua desproporcionalidade, considerando que os artigos 4.º, 6.º e 9.º violam o artigo 18.º, n.º 2 da Lei Fundamental. Uma vez, porque não se lhe prefiguraram *necessárias* – como a ausência de previsão legal da notificação ao visado da transmissão dos seus dados às autoridades judiciárias –, entendendo que em termos processuais nada justifica a restrição. Outras, porque o alcance da limitação ultrapassa a *justa medida* (aflorescimento da proporcionalidade em sentido estrito), o que se invocou para censurar a amplitude do âmbito subjetivo e objetivo dos dados a conservar, e o lastro temporal a que respeitam (um ano). Face a este entendimento, e conforme fomos prenunciando durante o trajeto, o TC declarou inconstitucional a retenção de dados para fins de investigação criminal nos moldes adscritos no diploma aludido.

4. EFEITOS

O juízo de inconstitucionalidade dimanado do aresto, tendo força obrigatória geral, projeta-se tanto num plano prospetivo, como

retroativo, porquanto «produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional» e «determina a ripristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado» (artigo 282.º, n.º 1)²², sendo que o TC não delimitou temporalmente a eficácia da sua decisão. As contas são, em exercício abstrato, fáceis de fazer. A «Lei dos Metadados», não implicou a revogação de nenhum outro diploma, mas foram várias as condenações fundadas no material probatório coligido ao abrigo do meio de obtenção de prova contemplado nas normas postergadas. E, sabe-se, numa situação como a vertente, nem os casos julgados escapam, uma vez que o TC incidiu sobre normas penais de conteúdo menos favorável ao arguido (artigo 282.º, n.º 3). Antes da entrada em vigor da «Lei dos Metadados», a conservação de dados estava vedada às possibilidades da investigação criminal por significar, em termos endoprocessuais, uma proibição de prova. Na ótica do arguido, um expediente probatório a menos para indagar sobre a sua responsabilização e um cenário mais favorável, razão pela qual todos os processos onde dele se tenha lançado mão podem ser reabertos (artigo 449.º, n.º 1, alínea f) do Código de Processo Penal)²³, ainda que os efeitos se venham a repercutir com maior magnitude naqueles em que a decisão condenatória tiver assentado, de modo decisivo, na prova obtida através do acesso aos «metadados», tanto que, na sua ausência, a impossibilidade de demonstrar o facto típico, teria redundado em absolvição. Será, porventura, a este resultado que, reponderados os elementos carreados para os autos, já expurgados da prova proibida, se chegará. Para o futuro – e sem embargo da superação dos vícios apontados pelo TC, dependente da atividade legiferante – as consequências do aresto significam

²² Cf. CORREIA, Fernando Alves, *Justiça Constitucional*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2019, pp. 256-263.

²³ Cf. SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, 3.ª ed. revista e atualizada, Lisboa: Verbo, 2008, p. 385.

²⁴ Para comodidade do leitor, reproduzimos aqui o elenco contido no artigo 2.º, n.º 1, alínea g) da «Lei dos Metadados»: «crimes de terrorismo, criminalidade violenta, criminalidade altamente organizada, sequestro, rapto e tomada de reféns, crimes contra a identidade cultural e integridade pessoal, contra a segurança do Estado, falsificação de moeda ou de títulos equiparados a moeda, contrafação de cartões ou outros dispositivos de pagamento, uso de cartões ou outros dispositivos de pagamento contrafeitos, aquisição de cartões ou outros dispositivos de pagamento contrafeitos, atos preparatórios da contrafação e crimes abrangidos por convenção sobre segurança da navegação aérea ou marítima».

²⁵ Para uma comparação entre os instrumentos assinalados, cf. PINHO, Carlos, «Lei de retenção de dados comunicações: aposentar ou reformar?», in *Revista do Ministério Público*, 154, 2018, pp. 179-185.

prescindir de um importantíssimo aporte para a investigação e repressão dos «crimes graves»²⁴, impassível de ser substituído pelo sistema de «quick freeze»²⁵.

5. SÍNTESE REFLEXIVA

É quimérica a busca por um espaço de consensos num plano tão sensível como o da concertação das finalidades do processo criminal. Haverá sempre quem tenda para a proteção dos direitos fundamentais e, com isso, esteja disposto a sacrificar em seu nome a descoberta da verdade.

E, por certo, haverá quem esteja disposto em ceder no arsenal garantístico, para munir a investigação de meios que a aproximem da verdade. Importante é que esta ponderação labore em terreno despido de formalismos, de forma desapaixonada e se mostre permeável ao *esprit du temps* (Zeitgeist). Tudo monta, ainda aqui, ao binómio de FREUD, reavivado por ZYGMUNT BAUMAN: até onde estamos dispostos a conceder em liberdade, para ganharmos em segurança? E até onde estamos dispostos a perder em segurança, para ganharmos em liberdade?

GUEST ARTICLES

Carlos Maria Romeo Casabona

LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL POR LOS HECHOS COMETIDOS POR SISTEMAS AUTÓNOMOS INTELIGENTES, ROBÓTICA Y TECNOLOGÍAS CONEXAS

[PAGE 7](#)

MANUEL ÁNGEL DE LAS HERAS GARCÍA

APOYOS Y DISCAPACIDAD TRAS AÑO Y MEDIO DE LA LEY 8/2021

[PAGE 17](#)

ARTICLES

CRISTINA CRUZ

KEEPING UP WITH THE LATEST WORKING TIME CASE LAW

[PAGE 40](#)

MARIA DE LURDES VARGAS

HASHTAGS NA PUBLICIDADE: DO USO CONSENTIDO AO HIJACKING. FRONTEIRAS ENTRE PRÁTICAS ILÍCITAS E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

[PAGE 53](#)

BRUNO BESSA LOPES/MARIA JOÃO MACHADO

DA CONVERSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO A TERMO

[PAGE 66](#)

MARIA JOÃO TEDIM

DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL

[PAGE 78](#)

CLÁUDIO CARDONA

PACTUM DE QUOTA LITIS: A DEONTOLOGICAL ANALYSIS FROM BRAZIL AND PORTUGAL

[PAGE 87](#)

VARIA

FRANCISCO BRIOSA E GALA

O ALARGAMENTO DO PERÍODO EXPERIMENTAL PARA TRABALHADORES À PROCURA DE PRIMEIRO EMPREGO E DESEMPREGADOS DE LONGA DURAÇÃO. COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, DE 18 DE MAIO DE 2021 (ACÓRDÃO N.º 318/2021).

[PAGE 96](#)

ANA SIRAGE COIMBRA

O XADREZ DOS DADOS PESSOAIS NO ACESSO À INFORMAÇÃO LABORAL – UMA REFLEXÃO A PARTIR DO QUADRO DE PESSOAL ANEXO AO RELATÓRIO ÚNICO

[PAGE 111](#)

FRANCISCO LEMOS DE ALMEIDA

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 268/2022: SOBRE UMA PROFECIA QUE SE CUMPRE POR SI MESMA?

[PAGE 124](#)