



MARIA JOÃO SILVA MORAIS

**RELATÓRIO DE ESTÁGIO CURRICULAR NO JUÍZO CENTRAL
CRIMINAL DE LISBOA**

**OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ACÓRDÃO DO
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 268/2022 NO PROCESSO PENAL**

**Relatório de Estágio com vista à obtenção do grau de Mestre em
Direito Forense e Arbitragem**

Orientador:
Doutor Frederico de Lacerda da Costa Pinto
Professor na Faculdade de Direito da Nova School of Law

Junho de 2023



RELATÓRIO DE ESTÁGIO CURRICULAR NO JUÍZO CENTRAL CRIMINAL DE LISBOA

**OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ACÓRDÃO DO
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 268/2022 NO PROCESSO PENAL**

**Relatório de Estágio com vista à obtenção do grau de Mestre em
Direito Forense e Arbitragem**

Maria João Silva Morais

Orientador: Doutor Frederico de Lacerda da Costa Pinto Professor na
Nova School of Law

Supervisora do Estágio: Dra. Juíza de Direito Margarida Natário

Junho de 2023

Declaração antiplágio

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as minhas citações estão corretamente identificadas.

Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados, constitui uma grave falta ética e disciplinar.

(Nome e assinatura do/a estudante)

Maria João Silva Morais

Anti plagiarism statement

I hereby declare that the work I presente, is my own work and that all my citations are correctly acknowledged.

I am aware that the use of unacknowledged extraneous materials and sources, constitutes a serious ethical and disciplinary offence.

(Student's name and signature)

Maria João Silva Morais

Agradecimentos

Ao Professor Doutor Frederico de Lacerda da Costa Pinto, pela orientação deste trabalho e por toda a aprendizagem que me proporcionou.

À Dra. Juiz de Direito Margarida Natário, pelos conselhos, pela disponibilidade, pela sua ajuda e esclarecimento de todas as minhas dúvidas.

Aos demais magistrados do Juízo Central Criminal de Lisboa e aos meus colegas de estágio, por toda a amabilidade e acompanhamento.

Aos Professores e amigos da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto, porque só consegui escrever este trabalho em virtude dos conhecimentos que me transmitiram.

Aos meus amigos de Guimarães, por se irem certificando que eu continuava viva ao longo dos últimos meses.

À Helena e à Filipa, por serem verdadeiros exemplos de amizade e por me acompanharem durante todo o percurso.

Ao João, por acreditar em mim. Sempre chegamos ao sítio aonde nos esperam. Ainda bem que chegaste.

À Eunice e aos meus pais, por tudo.

Modo de citar e outras convenções

1. O presente texto foi redigido de acordo com o novo acordo ortográfico, com exceção das citações de Autores ou de jurisprudência, nas quais se manteve a grafia originalmente utilizada.
2. O corpo da tese, da introdução à conclusão, incluindo espaços e notas de rodapé, contém 182.120 caracteres.
3. A bibliografia final encontra-se organizada alfabeticamente da seguinte forma: APELIDO, nome do autor, *título da obra*, edição, local de publicação, editora e ano. No caso de estar em causa um artigos científico será: APELIDO, nome do autor, “título do artigo”, *Nome da revista*, n.º, ano, página(s).
4. A bibliografia em nota de rodapé, aquando da primeira referência, segue a forma de bibliografia final, ao que acresce a indicação da(s) página(s). As referências subsequentes serão efetuadas apenas com referência ao autor, título e página(s), ou, tratando-se de artigo científico ou inserido em obra coletiva, título do artigo e página(s).
5. A jurisprudência nacional será citada por tribunal, data, número de processo e relator, estando disponíveis para consulta no website da DGSJ ou do Tribunal Constitucional.

Lista de Siglas e Abreviaturas

al.	alínea
art., arts.	artigo, artigos
ac.	acórdão
CCPGR	Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República
cf.	confira, conforme
CNPD	Comissão Nacional de Proteção de Dados
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
ed.	edição
JIC	Juiz de Instrução Criminal
LCC	Lei do Cibercrime
MP	Ministério Público
n.º, n.ºs	número, números
p., pp.	página, páginas
PGR	Procuradoria-Geral da República
proc.	processo
rel.	relatado
RGPD	Regulamento Geral da Proteção de Dados
ss.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
UE	União Europeia
vol., vols.	Volume, Volumes

Resumo

O presente relatório é o culminar de 4 meses de estágio realizado no Juízo Central Criminal de Lisboa. Numa primeira parte, faremos uma descrição das atividades do estágio e dos processos que se destacaram. Numa segunda parte, centrar-nos-emos na prova por metadados das comunicações eletrónicas no processo penal. A conservação generalizada e indiferenciada de metadados pelas operadoras de comunicações eletrónicas, ao abrigo da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, permitiu que aqueles dados se tornassem numa importante ferramenta de combate à criminalidade. A declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, emitida pelo Tribunal Constitucional no seu acórdão n.º 268/2022, de 19 de abril, das normas constantes dos artigos 4.º, conjugada com o artigo 6.º, e 9.º da Lei n.º 32/2008, produziu efeitos *ex tunc*, sendo estas normas erradicadas do ordenamento jurídico, bem como os efeitos por elas produzidos desde a sua entrada em vigor. Contudo, defendemos que ainda é possível a sua conservação, obtenção e utilização probatória, no âmbito do processo penal, através da aplicação da Lei n.º 41/2004, art. 14.º, n.º 4 da Lei do Cibercrime e artigo 189.º, n.º 2 do Código de Processo Penal. Contudo, no que diz respeito à prova obtida através de metadados, em momento anterior à declaração de inconstitucionalidade, com fundamento nas normas dos arts. 4.º, 6.º e 9.º da Lei n.º 32/2008, estará em causa prova proibida, especificamente uma proibição de valoração de prova. Ademais, por não ter havido declaração expressa do Tribunal Constitucional neste sentido, a declaração de inconstitucionalidade não afeta os casos julgados.

Palavras-Chave: Juízo Central Criminal de Lisboa; Metadados; Lei n.º 32/2008; Declaração de Inconstitucionalidade; Acórdão n.º 268/2022 do Tribunal Constitucional; Proibição de Prova; Recurso Extraordinário de Revisão.

Abstract

This report is the culmination of a four-month internship conducted at the Central Criminal Court of Lisbon. In the first part, we will provide a description of the internship activities and the cases that stood out. The second part will focus on the use of metadata as evidence in electronic communications within the criminal process. The widespread and indiscriminate retention of metadata by communication operators, under Law No. 32/2008, allowed such data to become an important tool in fighting crime. The declaration of unconstitutionality, with general binding force, issued by the Constitutional Court in its ruling no. 268/2022, dated April 19, regarding the provisions of Articles 4, in conjunction with Article 6, and 9 of Law No. 32/2008, had retroactive effects, resulting in the elimination of these norms from the legal framework, as well as the effects they had produced since their entry into force. Nevertheless, we argue that it is still possible to retain, obtain, and use such metadata as evidence within the scope of criminal proceedings, through the application of Law No. 41/2004, Article 14, paragraph 4 of the Cybercrime Law, and Article 189, paragraph 2 of the Code of Criminal Procedure. However, regarding evidence obtained through metadata prior to the declaration of unconstitutionality, based on the provisions of Articles 4, 6, and 9 of Law No. 32/2008, there will be an issue of prohibited evidence, specifically a prohibition on the evaluation of evidence. Furthermore, since the Constitutional Court did not make an explicit statement to that effect, the declaration of unconstitutionality does not affect cases that have already been adjudicated.

Keywords: Central Criminal Court of Lisbon; Metadata; Law No. 32/2008; Declaration of Unconstitutionality; Ruling No. 268/2022 of the Constitutional Court; Exclusionary Rules; Extraordinary Revision Appeal.

Introdução

No âmbito do Mestrado em Direito Forense e Arbitragem na Nova School of Law, tive a oportunidade de realizar um estágio curricular, ao longo de 4 meses, no Juízo Central Criminal de Lisboa. No decorrer do estágio, assisti a várias audiências de julgamento e numa delas foi invocada, pelos advogados de defesa, uma proibição de prova, face à aplicação ao processo em causa da declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas do art. 4.º da Lei n.º 32/2008, em conjugação com o art. 6.º da mesma lei, por violação do disposto nos arts. 35.º, n.ºs 1 e 4, e 26.º, n.º 1, em conjugação com o art. 18.º, n.º 2, todos da CRP; e da norma do art. 9.º, na parte em que não prevê uma notificação ao visado de que os dados conservados foram acedidos pelas autoridades de investigação criminal, a partir do momento em que tal comunicação não seja suscetível de comprometer as investigações nem a vida ou integridade física de terceiros, por violação do disposto nos arts. 35.º, n.º 1, e 20.º, n.º 1, em conjugação com o art. 18.º, n.º 2, todos da CRP, operada pelo ac. n.º 268/2022, de 19 de abril, do TC. Esta problemática suscitou particular interesse, atendendo à sua atualidade e opiniões divergentes que se foram formando tanto na jurisprudência, como na doutrina.

Com efeito, nas palavras de JORGE BACELAR GOUVEIA, já há muito tempo que não ocorria tamanha “agitação no âmbito da Justiça como a que foi gerada na sequência do Acórdão do TC sobre a retenção de dados”¹. Todo este alarme social é compreensível. Repare-se que numa sociedade dita da informação, as comunicações eletrónicas lideram a vida social. Consequentemente, os agentes do crime também se assistem das atuais formas de comunicação, de modo a facilitar a concertação e a execução de crimes, ocorrendo, assim, uma evolução de fenómenos criminais (*e.g.* crimes de terrorismo e criminalidade altamente organizada). Sem este modo de comunicação disseminado, a criminalidade não teria os contornos que hoje assume.

A Lei n.º 32/2008, que transpôs a Diretiva 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março, previa a conservação de metadados gerados antes e durante o processo de comunicação, pelo prazo de um ano, pelas operadoras de telecomunicações, e subsequente acesso pelas autoridades competentes, exclusivamente para fins de investigação, deteção e repressão de crimes graves. Esta Lei vem permitir a investigação

¹ JORGE BACELAR GOUVEIA, “Erros de todos, boa fortuna de alguns, ódio ardente institucional”, disponível em <https://www.dn.pt/opiniao/erros-de-todos-boa-fortuna-de-alguns-odio-ardente-institucional-14857442.html> (acedido em 10/06/2023).

e repressão mais eficaz da criminalidade grave, de modo a fazer face à referida evolução.

Contudo, correndo os Estados o risco de tornar os seus cidadãos em verdadeiros “homens de vidro”, através de uma conservação massiva de dados que permitem a aferição de uma biografia integral dos sujeitos, com finalidade exclusiva de investigação criminal, o TJUE vem a declarar a Diretiva, que deu origem à Lei n.º 32/2008, inválida. Nessa sequência, e após pedido da Provedora de Justiça em sede de fiscalização abstrata sucessiva, o TC vem declarar a inconstitucionalidade das normas dos art.s 4., 6.º e 9.º da Lei n.º 32/2008 que permitiam a conservação e o acesso aos referidos dados, com força obrigatória geral, o que levantou questões do inquérito ao julgamento e dos recursos ordinários aos recursos de revisão quanto às suas consequências práticas no âmbito do processo penal.

Neste trabalho pretendemos tentar esclarecer quais são os efeitos que o juízo de inconstitucionalidade dimanado do aresto produziu quer naqueles que se encontram na fase de produção de prova, quer nos processos penais pendentes, e ainda nas decisões que já transitaram em julgado.

Em primeiro lugar, começaremos por relatar e analisar as experiências e aprendizagens adquiridas durante o período de estágio, bem como descrever algumas das problemáticas mais relevantes nos casos assistidos.

Em segundo lugar, de modo a clarificar o objeto do presente estudo, procederemos à densificação do conceito de metadados e a uma descrição do seu regime de conservação e acesso para fins de investigação criminal, ínsito na Lei n.º 32/2008.

Posteriormente, analisaremos os acontecimentos noutras latitudes que conduziram à decisão do TC, bem como explorar o conteúdo do ac. n.º 268/2022.

Por fim, iremo-nos centrar naquelas que consideramos ser as três questões essenciais que decorrem da declaração de inconstitucionalidade:

1. Atendendo ao facto de que, não sendo possível a conservação de metadados e a sua posterior utilização probatória, há muitos fenómenos criminais cuja investigação e repressão será impossível, há que determinar se existem alternativas que permitam colmatar as dificuldades agora surgidas com a eliminação das possibilidades que se dispunham na Lei n.º 32/2008.
2. Havendo vários processos em curso em que foram obtidos metadados antes do ac. do TC, e sendo as normas que permitiram tal meio de prova eliminadas do ordenamento jurídico, por força da declaração de inconstitucionalidade, coloca-se a questão se estará em causa um proibição de prova.

3. Não tendo o TC procedido a uma manipulação dos seus efeitos, há ainda que averiguar se o ac. em questão terá força de revisão sobre as decisões condenatórias transitadas em julgado.

Parte I – Relatório de Estágio

1. O Estágio

No âmbito do Mestrado em Direito Forense e Arbitragem na Nova School of Law, é conferida a possibilidade de realização de um relatório de estágio, em substituição da habitual dissertação de mestrado, no terceiro semestre do curso.

Destarte, optei por realizar um estágio curricular no Juízo Central Criminal de Lisboa a fim de ter a oportunidade de acompanhar o quotidiano de um magistrado judicial e de compreender o funcionamento de um tribunal, enquanto consolidava os meus conhecimentos na minha área de eleição: o Direito Processual Penal.

A duração do estágio foi de quatro meses, com início a 15 de setembro de 2022 e término a 15 de janeiro de 2023. Ao longo deste, sob a alçada da Juiz Dra. Margarida Natário, inteirei-me de grande parte do impressionante trabalho institucional do Tribunal e pude conhecer o seu funcionamento global.

Este estágio revelou-se uma etapa crucial na minha formação jurídica. Além de ter vivenciado a “*law in action*”, testemunhando o Direito fora do contexto puramente académico com o qual estava familiarizada, tive a oportunidade de verificar o impacto da Justiça na vida de cada indivíduo.

2. Atividades desenvolvidas

2.1. Assistência a audiências

O meu estágio pautou-se mormente pela assistência a audiências de julgamentos. Assisti ainda a audiências para leitura de sentenças (art. 373.º do CPP) e audições de condenado (art. 495.º do CPP). Cumpre sublinhar que não tive qualquer intervenção, visto não ter legitimidade para tal, adotando um papel de mera observadora.

Por meio desta atividade, foi possível presenciar o que, até aí, apenas tinha tido contacto através da leitura da lei, tal como a ordem de produção de prova e a formulação de requerimentos orais por parte dos mandatários. Particularmente relevante foi então a possibilidade de me inteirar dos elementos de etiqueta e protocolo observados no ambiente judiciário (por exemplo, levantar quando um magistrado entra e sai da sala, os trajes judiciários específicos, as expressões empregues de forma a endereçar-se ao juiz ou aos colegas e vice-versa), conhecimentos que se adquirem somente através da assistência de audiências.

Após cada audiência, todos os magistrados com quem contactei, mas principalmente o coletivo de juízes com quem estagiei, sempre demonstraram disponibilidade para responder a qualquer dúvida que eu tivesse em relação ao que tínhamos acabado de assistir, o que foi particularmente útil para o aprofundamento de conhecimentos.

Tive ainda a oportunidade de assistir a deliberações do tribunal coletivo (art. 365.º a 369.º do CPP), após encerramento da discussão das causas.

Assim, acompanhar um juiz, presenciar o seu trabalho e ouvir as discussões de direito e de facto entre o coletivo, permitiram desmistificar o funcionamento dos tribunais e da justiça e preparar-me para o exercício de profissão na área.

2.2. Consulta de processos

Foram vários os processos que consultei ao longo dos quatro meses de estágio, o que configurou como a atividade central quando não me encontrava a assistir a audiências. Esta atividade desempenhou um papel fundamental no meu processo de aprendizagem, posto que, não só me permitiu conhecer fisicamente a logística processual penal, como também compreender a sua organização e os elementos que dela constam.

3. Criminalidade Predominante

No decorrer deste estágio, no Juízo Central Criminal de Lisboa, surgiram com mais frequência determinados tipos de criminalidade. Assim, considero relevante uma brevíssima alusão a eles.

3.1. Tráfico de estupefacientes

O tráfico de estupefacientes, previsto no Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro, foi, indubitavelmente, o tipo de crime a que mais assisti nos julgamentos ao longo do estágio, em especial, os comumente denominados processos de “correio de droga” ou “tráficos de aeroporto”. Em todos estes casos de tráfico internacional de estupefacientes, os arguidos desembarcavam no aeroporto de Lisboa, num voo proveniente do Brasil, transportando droga que pretendiam entregar a terceiros a troco de quantias monetárias. Aquando da sua chegada a Lisboa, eram detidos em flagrante delito. Na audiência de julgamento, por norma, confessavam integralmente e sem reservas os factos pelos quais vinha acusado.

Surgem ainda processos de tráficos de droga de “média escala”. Na base destes

processos estão ações de vigilância realizadas pelas autoridades policiais, escutas telefónicas, buscas domiciliárias e apreensões.

O considerável número de processos de tráfico de droga demonstra claramente que as molduras penais elevadas não cumprem o objetivo de demover os indivíduos da prática deste crime, levantando questões quanto à sua adequação.

3.2. Crimes contra o património

Os crimes contra o património, designadamente, burlas, abusos de confiança, furtos e roubos, configuram o segundo tipo de criminalidade com maior expressão no Juízo Central Criminal de Lisboa.

4. Discussão de casos assistidos

Nos processos a que assisti ao longo do estágio, surgiram algumas aspetos relevantes de que vale a pena dar nota.

4.1. Caso 1

In casu, o arguido estava acusado de um crime de violência doméstica, nos termos do art. 152.º, n.º 1, al. d) e n.ºs 2, al. a), 4 e 5 do CPP.

Em sede de inquérito, a ofendida, progenitora do arguido, havia prestado declarações para memória futura (art. 271.º do CPP). Este meio de produção antecipada de prova destina-se a possibilitar que determinados depoimentos possam vir a ser tidos em conta em sede de julgamento, o que não seria possível de outra forma por razões de doença grave ou deslocação para o estrangeiro de uma testemunha, que previsivelmente a impeça de ser ouvida em julgamento, bem como nos casos de vítima de crime de tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual sendo que, em tais casos, o JIC - a requerimento do MP, do arguido, do assistente ou das partes civis - procederá à sua inquirição no decurso da fase de inquérito.

Nada obsta a que a ofendida volte a prestar declarações em sede de audiência de julgamento se o pretender fazer ou, se quem tem o poder de direção daquela assim o julgar necessário para a descoberta da verdade material – art. 271.º, n.º 8 do CPP. No caso *sub judicio*, o Tribunal tinha determinado a audição da ofendida e, uma vez em sede de audiência de julgamento, a mesma recusou-se validamente a depor (art. 134.º, n.º 2, al. a) do CPP). Colocou-se a questão de saber se podiam ser valoradas tais declarações ante a

posição assumida pela progenitora do arguido na de audiência de julgamento.

Nos termos dos n.ºs 1 e 2 do art. 355.º do CPP, as declarações cuja leitura é permitida na audiência valem como prova, mesmo que não sejam aí lidas.

A dúvida provém do facto de o art. 356.º, n.º 6 do CPP estatuir que “é proibida, em qualquer caso, a leitura do depoimento prestado em inquérito ou instrução por testemunha que, em audiência, se tenha validamente recusado a depor”. Resumidamente, parte da jurisprudência entende que quando o legislador impede expressamente a leitura das declarações, onde se incluem as declarações para memória futura, de quem se recusa a depor, impede-a com o intuito de que as mesmas não possam servir de prova, nem serem consideradas porque assim não o quer o autor das mesmas². Por outro lado, há quem sublinhe da letra da lei não resulta que não podem ser tidas em conta tais declarações para memória futura aquando da análise da prova pelo Tribunal, mas apenas e tão só que não podem, em caso algum, ser lidas em sede de audiência de julgamento e não que não possam ser valoradas³.

No caso em questão, o Tribunal acabou por se valorar as declarações para memória futura prestadas pela ofendida em sede de inquérito.

4.2. Caso 2

Na acusação pública, ao arguido foi imputada a prática de um crime de terrorismo (art. 4.º, n.º 7, por referência ao art. 2.º, n.º 1, al. a), c), e al. f) da Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto) na forma consumada, de um crime de terrorismo, (art. 4.º, n.º 1, por referência ao art. 2.º, n.º 1, al. a), c), e al. f) da Lei n.º 52/2003) na forma tentada (22.º e 23.º do CP) e de um crime de detenção de arma proibida (art. 86.º da Lei 5/2006).

A *vexatio quaestio* a decidir no presente processo foi a de se a atuação que o arguido pretendia concretizar preenchia o tipo de crime de terrorismo, tendo o tribunal acabado por considerar que não. Sem qualquer pretensão de exaustão, um dos fatores preponderantes para tal decisão residiu no facto de não se ter apurado factualidade que permitisse concluir pela repetibilidade da conduta, não se atingindo o patamar mínimo, tipicamente exigido, de ofensividade na direção do bem jurídico protegido por este tipo legal – a paz pública. Assim, decidiu condenar o arguido apenas pela prática crime de detenção de arma proibida, previsto no artigo 86.º, n.º 1, als. a) e d), da Lei n.º 5/2006.

² A título de exemplo, cfr. ac. do TRL de 15/09/2021, proc. 20/21.1SXLSB.L1-3, rel. Adelina Barradas de Oliveira.

³ A título de exemplo, cfr. ac. do TRL de 20/04/2022, proc. 37/21.6SXLSB.L1-3, rel. Maria Perquilhas.

Destacamos ainda a opção pelo tribunal de estabelecer que a execução da pena de prisão em causa ocorresse em estabelecimento destinado a inimputáveis, apesar do arguido não ter sido declarado irresponsável penalmente. Tal decisão foi tomada nos termos do art. 104.º do CP que prevê um regime específico para os casos em que o agente, sendo imputável, sofre, contudo, de anomalia psíquica já ao tempo dos factos que determina a inadequação do regime prisional comum, seja porque este se revela prejudicial ao condenado, seja pela perturbação causada por indisciplina ou inadaptação do agente. *In casu*, o arguido apresentava uma perturbação do espectro do autismo contemporânea à prática dos factos. Atendendo a este estado de saúde, o tribunal escolheu uma pena mais individualizada, através da execução da pena em condições que permitem a disponibilidade de tratamentos adequados, enquanto deles necessitar,

4.3. Caso 3

Os arguidos eram acusados da prática de crimes de violação de correspondência ou de telecomunicações (art. 194.º do CP), acesso indevido (art. 44.º, n.º 1 e 2, b) da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro) e de ofensa a pessoa coletiva (art. 187.º do CP), por terem divulgados e-mails de pessoas relacionadas com o Benfica num programa de televisão.

Um dos pontos especialmente discutidos neste processo prendia-se com a discussão sobre se a informação acedida e revelada ao público, por parte dos arguidos, configurava mero interesse do público ou interesse público. Na perspetiva da defesa, a divulgação daquela informação tinha sido efetuada no âmbito de trabalho jornalístico por ser de interesse público e que, portanto, não deviam ser condenados pela prática dos mencionados crimes.

A defesa questionou ainda a legitimidade do Benfica (pessoa coletiva) se constituir assistente no processo, defendendo que, na existência de ofendidos diretos, teriam que ser estes (particulares) a apresentarem queixa e constituírem-se assistentes, e não a pessoa coletiva Benfica-SAD.

4.4. Caso 4

Em causa estavam os crimes de corrupção passiva (arts. 373.º, n.º 1, 386.º, n.º 1, als. a) e b), 26.º, do CP), do crimes de violação do segredo de justiça (arts. 371.º, n.º 1, e 26.º, do CP), crimes de violação de segredo por funcionário (arts. 383.º, n.º 1, 386.º, n.º 1, alíneas a) e b), 26.º e 28.º, do CP), crimes de acesso indevido (art. 44.º, n.º 1 e 2, als. b)

e c)), da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, e 26.º do CP).

Em sede de alegações finais, a defesa invocou que, face à aplicação do ac. do TC n.º 268/2022 que determinou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas dos arts. 4.º, 6.º e 9.º da Lei n.º 32/2008, seriam nulas as interceções telefónicas realizadas no processo e, em consequência proibida a prova respetiva.

Como não poderia deixar de ser, o tribunal concluiu pela inaplicabilidade do ac. do TC ao caso em questão, porquanto em causa estava a interceção (em tempo real) do conteúdo das comunicações, realizadas ao abrigo do art. 187.º do CPP. Ora, o acórdão do TC visou apenas os arts. 4.º, 6.º e 9.º da Lei n.º 32/2008. Esta lei regula o acesso aos dados conservados pelas operadoras por conversações ou comunicações telefónicas pretéritas (os conhecidos metadados). Além disso, determina expressamente, no n.º 2 do art. 1.º, que a conservação de dados que revelem o conteúdo das comunicações é proibida. O ac. do TC não bole em mínima medida sequer com o regime processual penal das interceções telefónicas. São, pois, dois meios de obtenção de prova diferentes, um as escutas telefónicas, outro o acesso a dados conservados pelas operadoras de comunicações que nada têm que ver com o conteúdo, e apenas o primeiro ocorreu no caso em questão⁴.

Este processo teve particular relevância no meu estágio, uma vez que deu tema a este relatório, atendendo ao seu protagonismo na discussão jurisprudencial atual e às interessantes questões que suscita na processo penal.

⁴ Tal como sucedeu aqui, vários foram os casos em que o recorrente invocou erradamente este ac. do TC, confundindo o seu âmbito de aplicação, por exemplo acórdãos do STJ de 06/09/2022, proc. 618/16.OSMPRT-B.S1, rel. Ernesto Vaz Pereira; de 08/11/2022, proc. 107/13.4 P6PRT-D.S1, rel. Conceição Gomes; de 10/11/2022, proc. 3624/15.8JAPRT-G.S1, rel. Orlando Gonçalves; de 10/11/2022, proc. 35/15.9PESTB-Z.S2, rel. Maria do Carmo Silva Dias e de 23/11/2022, proc. 160/20.4GAMGL-A.S1, rel. Pedro Branquinho Dias.

Parte II – Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022 no processo penal

1. A conservação e transmissão de metadados para fins de investigação criminal

1.1. A divisão tripartida dos dados relativos às comunicações eletrónicas: densificação do conceito de metadados

Numa concreta comunicação eletrónica⁵ é possível distinguir entre diferentes tipologias de dados – os que dizem respeito à informação concretamente transmitida (texto, voz, imagens, som e vídeos) e aqueles que se reportam às circunstâncias do processo de comunicação. Estes últimos permitem saber que utilizador comunicou com quem, através de que meio, o horário e a duração da comunicação, a localização do dispositivo ao longo do dia, todos os dias (desde que transporte o telemóvel ou outro dispositivo eletrónico de acesso à internet) e os sítios da Internet consultados – estas informações são conhecidas por *metadados*⁶.

O prefixo *meta* provém do grego “metá” e significa “além de; para além de”⁷. Assim, os metadados não são nada mais que dados além de dados. No contexto das comunicações eletrónicas, são “dados sobre os dados comunicados (...) gerados antes e durante o processo de comunicação, que estão na posse dos fornecedores desses serviços”⁸. Nas doudas palavras do Ac. do STJ datado de 06/09/2022, “metadados por, não abrangendo o conteúdo das comunicações, dizerem respeito apenas às suas circunstâncias, por isso se falando em dados sobre dados, que são os marcos ou pontos de referência que lhe dão o respetivo suporte e que permitem circunscrever a informação sob todas as formas”⁹.

A este propósito, JOSÉ GRAZINA MACHADO critica a adoção do conceito de

⁵ Perfilhamos aqui o entendimento de BENJAMIM SILVA RODRIGUES (cfr. “*Das Escutas Telefónicas*” – *À obtenção da prova (em ambiente) digital*, Tomo II, 2.º ed., Coimbra Editora, 2009, p. 109) segundo o qual o termo “redes de comunicações eletrónicas” engloba o conceito de “redes de telecomunicações”, porquanto “a legislação europeia procedeu à aglutinação das comunicações levadas a cabo por meio de redes de telecomunicações ou redes informáticas, desaparecendo, deste modo, a distinção entre telecomunicações e comunicações eletrónicas, para se falar exclusivamente na noção de «comunicações eletrónicas»”.

⁶ ALESSANDRA SILVEIRA e PEDRO MIGUEL FREITAS, “Implicações da declaração de invalidade da Diretiva 2006/24 na conservação de dados (“metadados”) nos Estados-Membros da UE: uma leitura jusfundamental”, *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, vol. 9, n.º 1, Brasília, 2017, p. 49.

⁷ Porto Editora – *meta*- no Dicionário infopédia da Língua Portuguesa, disponível em <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/meta-> (acedido em 02/02/2023).

⁸ RUI CARDOSO, “A conservação e a utilização probatória de metadados de comunicações eletrónicas após o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022 – o que nasce torto...”, *Revista do Ministério Público*, n.º 172, 2022, p. 10.

⁹ Ac. do STJ de 6/09/2022, proc. 618/16.0SMPRT-B.S1., rel. Ernesto Vaz Pereira.

metadados por entender que “não tem acolhimento normativo europeu ou nacional, nem doutrinário, nem jurisprudencial no plano europeu, resultando de uma construção jurisprudencial nacional, que criou um conceito replicado de forma acrítica e sem tecnicidade”¹⁰. Com efeito, a designação de metadados não encontra respaldo na lei portuguesa, todavia, a sua adoção não se restringe à ordem jurídica nacional. Ora, numa Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo ao respeito pela vida privada e à proteção dos dados pessoais nas comunicações eletrónicas e que revoga a Diretiva 2002/58/CE, de 2002, foi empregue a expressão “Metadados das comunicações eletrónicas” para se referir aos “dados tratados numa rede de comunicações eletrónicas para efeitos de transmissão, distribuição ou intercâmbio de conteúdo de comunicações eletrónicas, incluindo os dados utilizados para detetar uma comunicação e identificar a sua fonte e destino, a localização do dispositivo no contexto da comunicação e a data, hora, duração e tipo de comunicação” (art. 4.º, n.º 3, al. b) – definição hodierna que entendemos ser merecedora de destaque¹¹. Ademais, deparamo-nos com referências doutrinárias europeias aos dados em questão como metadados (*metadata*)¹².

Contudo, a expressão “metadados” pode, efetivamente, dar azo a interpretações ambíguas, remetendo para dados que, por exemplo, transmitem informações sobre a data e hora em que um determinado ficheiro foi criado, modificado, quem tinha permissão para a ele aceder e qual o nome constante do computador/software do seu autor e/ou da última pessoa que o editou¹³, i.e., dados que em nada estão relacionados com a conceptualização de metadados das comunicações eletrónicas que empreendemos supra. Pese embora este reparo, a justiça constitucional nacional tem consistentemente aludido ao conceito de metadados para se referir aos dados em questão¹⁴. Deste modo, por razões

¹⁰ JOSÉ GRAZINA MACHADO, “A Lei Dos «Metadados»: A Crónica De Uma Morte Há Muito Anunciada”, *De Legibus - Revista de Direito da Universidade Lusófona Lisboa*, n.º 3, Lisboa, julho de 2022, pp. 119 e 120.

¹¹ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52017PC0010> (acedida em 10/02/2023).

¹² Por exemplo, SERGIO CARRERA e ELSPETH GUILD, “The Political and Judicial Life of Metadata: Digital Rights Ireland and the Trail of the Data Retention Directive”, *CEPS Papers in Liberty and Security in Europe*, 65, 2014, p. 1 e MICHELE PANZAVOLTA e ELISE MAES, “Exclusion of evidence in times of mass surveillance. In search of a principled approach to exclusion of illegally obtained evidence in criminal cases in the European Union”, *The International Journal of Evidence & Proof*, vol. 26, n.º 3, 2022, pp. 199-222.

¹³ DAVID SILVA RAMALHO, “A investigação criminal na Dark Web”, *Revista de Concorrência e Regulação*, vol. 4, n.º 14, Coimbra, 2013, p. 419.

¹⁴ A título de exemplo, *vide* o que se deixou expandido no ac. n.º 420/2017: “O objeto do presente recurso está relacionado com os designados «metadados», usualmente definidos como «dados sobre dados», por dizerem respeito a circunstâncias das comunicações e não ao próprio conteúdo da comunicação (ac. n.º 403/2015, ponto 9)”. Este conceito viria ainda a ser empregue no âmbito do ac. do TC n.ºs 464/2019 e 268/2022, este último que será objeto de análise aprofundada adiante.

de coerência, empregá-lo-emos no presente estudo.

Desde o Parecer n.º 21/2000¹⁵ do CCPGR, que a jurisprudência nacional, incluindo a constitucional¹⁶, tem seguido de perto a classificação tripartida de dados envolvidos no serviço de comunicações que distingue entre dados de base, dados de tráfego e dados de conteúdo¹⁷. À luz da pormenorização empreendida anteriormente, sublinhamos que somente os dois primeiros tipos se enquadram no conceito de metadados.

Os dados de base podem ser definidos, nos termos de ARMANDO VEIGA e BENJAMIM SILVA RODRIGUES, como os “elementos fornecidos pelo utilizador à empresa que fornece o acesso à rede e/ou ao serviço de comunicações eletrónicas, v.g., nome, morada, e os dados que aquela empresa fornece, em sentido inverso, ao utilizador para efeito de interligação à rede e ou ao serviço de comunicações eletrónicas, v.g., número de acesso, nome de utilizador, password”¹⁸. Destarte, os dados de base não implicam qualquer comunicação, sendo prévios e instrumentais a ela (abrangem uma fase prévia à comunicação), visando a identificação do utilizador do aparelho que se conecta à rede. Note-se que o conceito de dados de base é essencialmente jurisprudencial, não se encontrando definido em nenhuma lei.

Já os dados de tráfego dizem respeito à duração da utilização, data e hora, frequência da comunicação ou da consulta de sítios da Internet¹⁹. A Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro (LCC), dispõe de uma definição precisa do que são dados de tráfego, delimitando-os como elementos “da origem da comunicação, o destino, o trajeto, a hora, a data, o tamanho, a duração ou o tipo do serviço subjacente”. A este propósito, não podemos deixar de considerar que esta Lei, no que aos dados de tráfego diz respeito, representa um tremendo avanço quando comparada com a definição, demasiado ampla, consagrada na Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto: “«dados de tráfego»: quaisquer dados

¹⁵ Parecer n.º 21/2000, de 16/06/2000, homologado e publicado no Diário da República n.º 198, II Série, de 28/08/2000, que originou a Diretiva n.º 5/2000 (<https://dre.pt/dre/detalhe/directiva/5-2000-2171402>). Este parecer surge na sequência de um pedido feito pela fornecedora de telecomunicações TMN – *Telecomunicações Móveis Nacionais*, que veio questionar os termos da sua colaboração com as autoridades de investigação, designadamente no que toca a pedidos de informação sobre os dados pessoais dos seus clientes. De resto, vem consolidar o que se mostrava já consignado no Parecer n.º 16/94/complementar, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁶ Divisão adotada pelo TC nos seus ac. n.ºs 241/2002, 486/2009, 403/2015, 420/2017 e, recentemente, no seu ac. n.º 268/2022.

¹⁷ Parecer n.º 21/2000 *apud* POULLET, Yves e WARRANT, Françoise, *Nouveaux compléments au service téléphonique et protection des données: à la recherche d'un cadre conceptuel*, in *Droit de L'Informatique et des Télécoms*, 1990/91, pp. 19 e ss.

¹⁸ ARMANDO VEIGA e BENJAMIM RODRIGUES, “A Monitorização de dados pessoais de tráfego nas comunicações eletrónicas”, *Revista Raízes Jurídicas*, vol. 3, n.º 2, 2007, p. 73.

¹⁹ MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “Uma análise crítica do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 464/2019: o sistema de acesso a metadados ou a segurança versus liberdade”, *Julgar Online*, 2020, p. 7.

tratados para efeitos do envio de uma comunicação através de uma rede de comunicações eletrónicas ou para efeitos da faturação da mesma”. Atendendo a esta definição de dados de tráfego, salientamos que a faturação detalhada²⁰, que inclui as “informações relativas a todas as chamadas efetuadas num determinado período, aos números de telefone chamados, à data da chamada, à hora de início e à duração de cada chamada”²¹, integra o conceito de dados de tráfego relativos às comunicações efetuadas.

Tendo em conta o manancial de informação que esta tipologia de dados comporta, é possível, ainda mais do que no caso dos dados de base, traçar um perfil do utilizador, pois permitem identificar os seus interesses, apreender os seus comportamentos e mesmo reconhecer o tipo de conteúdos consultados.

Com o propósito de ilustrar a divisão tripartida de dados relativos às comunicações eletrónicas, chamamos à colação um exemplo de BENJAMIM SILVA RODRIGUES E ARMANDO VEIGA: “Suponhamos que António celebra um contrato com um ISP para o fornecimento de acesso à Internet e cede o que designamos por dados de base. Já na posse de todos os elementos necessários para a ligação à Internet, envia uma mensagem de correio eletrónico a um colega, com o seguinte conteúdo: «Convite para jantar amanhã às 17h00. Abraço. António». A hora de envio, o volume de dados transmitidos, o IP de origem, entre outros configuram o que apelidamos de dados de tráfego, e, por último, a mensagem enviada integra-se no conceito de dados de conteúdo”²².

Uma questão específica, que interessa sublinhar, é que os dados de localização²³ surgem conceitualmente autonomizados dos dados de tráfego na legislação europeia e nacional. Contudo, porque equiparáveis, em termos de tratamento e materialmente²⁴,

²⁰ Trata-se de um mecanismo que surgiu no “nosso ordenamento jurídico como um mecanismo vocacionado para a proteção dos utentes de serviços públicos essenciais, nomeadamente, o serviço telefónico, decorrente da obrigação (...) do prestador do serviço identificar cada chamada telefónica e o respetivo custo” cfr. LUÍSA NETO, “Acórdãos do TC n.ºs 213/2008 e 486/2009: a prova numa sociedade transparente”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2011, p. 326.

²¹ ANTÓNIO HENRIQUES GASPAS [et al.], *Código de Processo Penal Comentado*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2022, p. 779.

²² ARMANDO VEIGA e BENJAMIM RODRIGUES, “A Monitorização de dados pessoais de tráfego nas comunicações eletrónicas”, p. 101.

²³ Tratam-se de “quaisquer dados tratados numa rede de comunicações eletrónicas que indiquem a posição geográfica do equipamento terminal de um utilizador de um serviço de comunicações eletrónicas publicamente disponível” cfr. ANTÓNIO HENRIQUES GASPAS [et al.], *Código de Processo Penal Comentado*, p. 783.

²⁴ Esta equiparação de tratamento é patente em alguns diplomas. Por exemplo, o art. 189.º, n.º 2 do CPP coloca a par dados de localização e dados de tráfego. Além disso, a LCC apesar de não se referir expressamente aos dados de localização, por via de interpretação sistemática (englobando a localização na definição “dados informáticos relacionados com uma comunicação efetuada por meio de um sistema informático, gerados por este sistema (...) *indicando a origem da comunicação*”, cfr. art. 2.º, al. c)), deverão considerar-se abrangidos na noção de dados de tráfego.

quando se relacionam com a realização de comunicações integram-se na aceção de dados de tráfego. O TC tem sustentado (cfr. ac. n.ºs 403/2015, 464/2019 e 268/2022), com apoio na doutrina²⁵, esta tese. Não obstante a informação relativa à localização do equipamento tanto poder estar relacionada com um ato comunicacional (ou tentativa de), como pode ser independente de qualquer comunicação, sucede que esta última categoria de dados é meramente residual, como notou CLARA SOTTOMAYOR, baseando-se no parecer da CNPD n.º 38/2017, “nos dias de hoje, ocorrem comunicações mesmo quando o utilizador do equipamento de comunicação não o aciona direta e intencionalmente. É o caso das atualizações do correio eletrónico ou das mensagens que se recebem nos chats, o que significa que as comunicações são praticamente constantes, mesmo quando os cidadãos utilizadores dos equipamentos nada fazem”²⁶. Assim, ao longo do presente estudo, iremos focar-nos nos dados de localização quando associados a uma forma de comunicação.

Destacamos ainda que quanto ao endereço de IP, a propósito da citada categorização de dados das comunicações eletrónicas, suscita-se a questão acerca da necessidade de eventual distinção entre IP dinâmico do IP estático²⁷. No que diz respeito a este último, tratar-se-á sempre de um dado de base, porquanto é possível obter a identificação do sujeito a que pertence independentemente de qualquer comunicação. Todavia, o entendimento já não é pacífico no âmbito do IP dinâmico. DUARTE RODRIGUES NUNES²⁸ entende que o IP dinâmico integra os dados de tráfego²⁹, visto que, sendo atribuído de cada vez que o utilizador acede à Internet, está associado a um concreto processo comunicacional, isto é, a identificação de um IP dinâmico requer a informação da sua utilização num momento específico (a data e a hora). Já o TC, no seu aresto n.º 420/2017,

²⁵ CATARINA SARMENTO E CASTRO, *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*, Almedina, 2005, p. 181.

²⁶ MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “Uma análise crítica do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 464/2019: o sistema de acesso a metadados ou a segurança versus liberdade”, p. 8.

²⁷ Na esteira de ÂNGELO GARCIA MANUEL CAMBUNDO (cfr. “Cibercrime: Breve Reflexão Sobre Ciberinvestigação em Tempo de Pandemia”, *Anuário JANUS 2022*, Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2022, p. 27), é o “IP que permite identificar um dispositivo numa miríade de máquinas que a todo o tempo estão conectadas à internet. Os IP podem ainda ser fixos ou dinâmicos. Nos fixos o mesmo IP está alocado a um determinado servidor e nos dinâmicos o IP varia de cada vez que o dispositivo se conecta com a rede”. Deste modo, no primeiro caso, sempre que o utilizador se conectar à internet, usará sempre o mesmo IP. Já no caso do IP dinâmico, se um determinado utilizador se ligar à internet num determinado momento, é-lhe atribuído um certo endereço de IP; se terminar a sua ligação e a retomar dentro de alguns momentos, ser-lhe-á atribuído um IP distinto.

²⁸ DUARTE RODRIGUES NUNES, *Os Meios de Obtenção de Prova Previstos na Lei do Cibercrime*, 2ª ed., Coimbra: Gestlegal, 2021, pp. 62 e 63.

²⁹ Orientação seguida pelo TC Federal Alemão, no ac. de 17/07/2020 [1 BvR 1873/13 - 1 BvR 2618/13], pontos 101 e 102. Na jurisprudência nacional, ac. do TRC de 03/10/2012, proc. 84/11.6JAGRD-A.C1, rel. Alice Santos, foi considerado que “a informação relativa à identificação de determinado IP que realizou uma concreta comunicação em certo grupo data/hora, respeita a dados de tráfego”. No mesmo sentido o ac. do TRE 27/01/2011, proc. 1276/09.3TAPTM-B.E1, rel. Sénio Alves.

defende que a obrigação de conservar os dados relativos ao “nome e o endereço do assinante ou do utilizador registado, a quem o endereço do protocolo IP” estava atribuído “no momento da comunicação” constitui um dado de base: “Assim é, pois trata-se de «os elementos necessários ao acesso à rede, designadamente através da ligação individual e para utilização própria do respetivo serviço: interessa aqui essencialmente o número e os dados através dos quais o utilizador tem acesso ao serviço» (cf. Acórdão n.º 486/2009, ponto 2.2)”. Sublinhamos que esta posição foi ainda recentemente confirmada pelo TC no seu ac. n.º 268/2022, que afluiremos adiante³⁰. Ora, partilhámos também nós este entendimento. Na realidade, determinar a identidade do utilizador a quem estava atribuído o protocolo IP em certo momento não fornece informações sobre o contexto da comunicação, limitando-se a identificar, tal como nos demais dados de base, o utilizador daquele computador, não existindo, assim, razão para agrupar estes dados a esta última categoria.

Cumpramos ressaltar que a concetualização formal de dados de base e dados de tráfego, com génese nos pareceres do CCPGR, não é consensual.

Esta destrição surgiu com o propósito de definir a entidade competente para ordenar ou autorizar às operadoras de comunicações que entregassem no processo os dados das comunicações eletrónicas. Juntamente com a jurisprudência consolidada, concluiu-se nos pareceres do CCPGR que a obtenção dos dados de tráfego dependia da decisão judicial, mas não a obtenção dos dados de base. Contudo, a Lei n.º 32/2008, que regula esta matéria, trata os elementos relativos à identificação do utilizador como “dados conexos” aos dados de tráfego e aos dados de localização (cfr. art. 2.º, n.º 1, al. a)), conferindo-lhes a mesma proteção.

A CNPD, em 2003, assinalava já as suas dúvidas quanto a tal divisão, fundamentando o seu entendimento no elenco constante da Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas, “uma vez que nesta Diretiva apenas

³⁰ A PGR, através do seu Gabinete do Cibercrime, por via da nota prática n.º 1/201275, veio também atestar que “a identificação de um determinado endereço IP, conjugada com a identidade de quem o utilizou num dado dia e hora, não revela informação sobre o percurso dessa comunicação nem sobre outro eventual tráfego comunicacional da pessoa em causa. Apenas comprova que essa mesma comunicação (e apenas essa) foi efetuada por via daquele número técnico de acesso à Internet. Portanto, com esta informação, apenas se estabelece a ligação entre uma determinada comunicação, que se conhece já, e a respetiva origem” (https://cibercrime.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/nota_pratica_1_pedido_de_ip.pdf, acedido em 15/03/2023). No mesmo sentido, JOÃO CONDE CORREIA, “Prova digital: as leis que temos e a lei que devíamos ter”, *Revista do Ministério Público*, n.º 139, 2014, p. 49. Na jurisprudência, Ac. do TRL de 20/06/2013, proc. 1746/05.2TJLSB.L1-8, rel. Isoleta Almeida Costa.

se menciona, no elenco de definições, os dados de tráfego: «São quaisquer dados tratados para efeitos do envio de uma comunicação através de uma rede de comunicações eletrónicas ou para efeitos de faturação da mesma». No considerando 15 explica-se: «os dados de tráfego podem ser, nomeadamente, relativos ao encaminhamento, à duração, ao tempo ou ao volume de uma comunicação, ao protocolo utilizado, à localização do equipamento terminal do expedidor ou do destinatário, à rede de onde provém ou onde termina a comunicação, ao início, fim ou duração de uma ligação». Naturalmente, também aqui se incluirão os dados identificativos, pois só a possibilidade de identificar o titular dos dados transformará esta informação em informação de carácter pessoal, objeto, por isso, da especial proteção das Diretivas comunitárias respeitantes à proteção de dados pessoais»³¹.

O TC, no ac. n.º 464/2019, fugindo ao entendimento expresso até aí, levou a cabo uma compartimentação distinta, tomando como alicerce a Lei Orgânica n.º 4/2017³², de 25 de agosto. Neste aresto distinguiu-se entre os dados associados a uma comunicação intersubjetiva (tentada ou consumada) – nos quais foram inseridos os dados de telecomunicações e os dados de tráfego de internet ligados às circunstâncias da comunicação interpessoal – e os dados que não estão associados a uma comunicação efetiva ou tentada entre dois sujeitos – onde se incluem os dados de identificação do sujeito, os dados de localização do equipamento, quando não deem suporte a uma concreta comunicação e os dados de tráfego que apenas pressuponham uma comunicação entre um sujeito e uma máquina.

Não obstante, a classificação tripartida do CCPGR foi novamente assumida pelo TC no ac. n.º 268/2022 e a distinção entre dados de base e dados de tráfego, como aprofundaremos, revelou-se importante na análise da inconstitucionalidade das disposições da Lei n.º 32/2008. Adiantamos, desde já, que se entendeu que os dados de base, atendendo ao facto de comportarem uma mais baixa intensidade de agressão à intimidade privada e à autodeterminação informativa, podem ser amplamente conservados, enquanto os dados de tráfego e de localização, por representarem uma "agressão particularmente mais intensa" a esses direitos, não podem ser objeto de conservação generalizada e indiferenciada.

³¹ Parecer da CNPD n.º 10/2003, disponível em <http://www.cnpd.pt/bin/decisoes/2003/htm/par/par010-03.html>.

³² Esta lei aprova e regula o procedimento especial de acesso a dados de telecomunicações e Internet pelos oficiais de informações do Serviço de Informações de Segurança e do Serviço de Informações Estratégicas de Defesa e procede à segunda alteração à Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto.

Da análise empreendida, pode-se desde já extrair que as informações reveladas por estes dados contendem com a vida privada e são suscetíveis de revelar informações acerca da vida privada dos seus titulares “como os hábitos da vida quotidiana, os lugares onde se encontram de forma permanente ou temporária, as deslocações diárias ou outras, as atividades exercidas, as relações sociais e os meios sociais frequentados”³³.

Ademais, não surgem dúvidas quanto à natureza pessoal dos dados de base e de tráfego, pois “constituem informação relativa a pessoas identificadas ou identificáveis”³⁴. Com efeito, na medida em que permitam identificar uma pessoa singular (n.º 1 do art. 4.º do RGPD), ficam sujeitos à disciplina europeia de tratamento de dados pessoais³⁵.

1.2.O regime legal de conservação, obtenção e utilização probatória de metadados: A Lei n.º 32/2008, 17 de julho

Os ataques terroristas ocorridos nos EUA (2001), em Espanha (2004) e na Inglaterra (2005) geraram uma inquietação generalizada e resultaram numa tentativa de recuperação do sentimento de segurança perdido. Assim, atendendo à importância dos metadados para a prevenção e êxito no combate a este tipo de criminalidade, e sob a vigência da Diretiva 2002/58/CE³⁶, dá-se a proliferação de legislações internas dos Estados-Membros referentes à conservação de dados de tráfego e/ou de localização³⁷ por parte dos fornecedores de serviço para fins de prevenção, investigação, deteção e

³³ Ponto 27 da Decisão do TJUE, de 8 de abril de 2014, Caso *Digital Rights Ireland Ltd.*, relativa aos proc. C-293/12 e C-594/12.

³⁴ FILIPA CALVÃO, “Anotação [Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa – Acesso a Dados de Tráfego de Comunicações Móveis] - de 3 de maio de 2016”, *Forum de Proteção de Dados*, n.º 3, Lisboa, Comissão Nacional de Proteção de Dados, julho de 2016, p. 69.

³⁵ CARLOS PINHO, “Lei de retenção de dados de comunicações eletrónicas: aposentar ou reformar?”, *Revista do Ministério Público*, n.º 154, 2018, p. 187.

³⁶ Diretiva 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas. Foi transposta para o nosso ordenamento jurídico através da Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto.

³⁷ Alguns Estados-Membros impuseram, enquanto outros apenas permitiram, a conservação de dados, autonomamente ou com fundamento no art. 15.º da Diretiva. Este art. previa a *possibilidade* de os Estados-Membros adotarem “medidas legislativas prevendo que os dados sejam conservados durante um período limitado”, quando tal se revele uma “medida necessária, adequada e proporcionada numa sociedade democrática para salvaguardar a segurança nacional (ou seja, a segurança do Estado), a defesa, a segurança pública, e a prevenção, a investigação, a deteção e a repressão de infrações penais ou a utilização não autorizada do sistema de comunicações eletrónicas, tal como referido no n.º 1 do artigo 13.º da Diretiva 95/46/CE”. Ao invés, outros Estados não previram qualquer obrigação de conservação de dados, permanecendo em vigor a *regra de eliminação ou anonimização dos dados*, uma vez confirmada a sua desnecessidade para efeitos de transmissão da comunicação ou de faturação e pagamentos de interligação (cfr. BENJAMIM SILVA RODRIGUES, *Da Prova Penal – Tomo IV – Da Prova-Eletrónico-Digital e da Criminalidade Informático-Digital*, Lisboa, Rei dos Livros, 2011, p. 397).

repressão de infrações penais³⁸. Contudo, verificaram-se disparidades técnicas entre as disposições plasmadas nas respetivas legislações que residiam, fundamentalmente, na definição dos tipos de dados de tráfego e de localização a conservar, bem como das condições e períodos de conservação de tais dados³⁹.

Neste contexto, surge “um dos atos mais controversos adotados pela EU”⁴⁰, a Diretiva 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações, que, aliás, foi aprovada “à pressa”⁴¹, e que vem alterar a Diretiva 2002/58/CE, com o intuito explícito de alcançar uma uniformidade na legislação dos Estados-Membros nesta matéria⁴². A Diretiva exigia assim que os Estados-Membros adotassem legislação que previsse a *obrigação de conservação*, que impende sobre as empresas fornecedoras de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações, de dados⁴³, conservação essa com prazo mínimo de 6 meses e limite máximo de 2 anos (art. 6.º) – relegando para os legisladores nacionais, no quadro da transposição, a fixação do quantitativo a adotar, embora circunscrito aos limites temporais mínimos e máximos fixados na Diretiva.

No âmbito nacional, a Diretiva 2006/24/CE foi transposta para a ordem jurídica interna através da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, também designada por “Lei dos Metadados”, regulamentada pela Portaria n.º 469/2009, de 6 de maio, alterada pelas Portarias n.ºs 915/2009, de 18 de agosto, e 694/2010, de 16 de agosto. O texto legal nacional segue, aliás, de muito perto, quanto às disposições técnicas, o texto da Diretiva.

³⁸ DAVID SILVA RAMALHO e JOSÉ DUARTE COIMBRA, “A declaração de invalidade da Diretiva 2006/24/CE: presente e futuro da regulação sobre conservação de dados de tráfego para fins de investigação, deteção e repressão de crimes graves”, *O Direito*, Ano 147º, n.º IV, Lisboa, Almedina, 2015, p. 1005.

³⁹ Cf. Considerando 6 da Diretiva 2006/24/CE.

⁴⁰ ARIANNA VEDASCHI e VALERIO LUBELLO, *Data Retention and its Implications for the Fundamental Right to Privacy*, *Tilburg Law Review*, vol. 20, n.º 1, p. 14.

⁴¹ Como referem JOSÉ MOURAZ LOPES e CARLOS ANTÃO CABREIRO (“A Emergência da Prova Digital na Investigação da Criminalidade Informática”, *Sub Judice - Justiça e Sociedade*, n.º 35, Coimbra, Almedina, 2006), a Diretiva n.º 2006/24/CE resultou de uma “discussão e aprovação rápida”, uma vez que nasceu no contexto de uma crescente pressão política face à ocorrência dos atentados terroristas de Londres.

⁴² No seu art. 1.º, n.º 1 é estabelecido o propósito da Diretiva 2006/24/CE: “harmonizar as disposições dos Estados-Membros relativas às obrigações dos fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de uma rede pública de comunicações em matéria de conservação de determinados dados por eles gerados ou tratados, tendo em vista garantir a disponibilidade desses dados para efeitos de investigação, de deteção e de repressão de crimes graves, tal como definidos no direito nacional de cada Estado-Membro”.

⁴³ A Diretiva define “dados” relevantes para este contexto como “os dados de tráfego e os dados de localização, bem como os dados conexos necessários para identificar o assinante ou o utilizador”. Excluídos ficaram aqueles que se reportam ao conteúdo das comunicações ou serviço de comunicações (cfr. considerando 13 da Diretiva 2006/24/CE).

Este ato legislativo regula a conservação e acesso a dados de tráfego e de localização relativos a pessoas singulares e a pessoas coletivas, bem como dos dados conexos necessários para identificar o assinante ou o utilizador registado, tal como consta dos arts. 1.º, n.º 1 e 2.º, n.º 1, al. a), sendo expressamente afastada a possibilidade de conservação dos dados que traduzam o teor da comunicação pelo art. 1.º, n.º 2. Todavia, estipula, de forma expressa, que tal conservação e acesso são efetuados exclusivamente “para fins de investigação, deteção e repressão de crimes graves”. Tal é corroborado pelo art. 3.º, n.º 1, que acrescenta que estas finalidades incumbem às autoridades competentes. Por conseguinte, não se permite ao titular dos dados que se oponha à conservação (art. 3.º, n.º 4). No seu art. 3.º, n.º 3 determina que os ficheiros destinados à conservação de dados estejam separados de quaisquer outros.

Na Lei n.º 32/2008 é possível identificar dois regimes jurídicos em relação aos metadados: um atinente à *obrigação de conservação* por parte dos fornecedores de serviços de comunicações e outro relacionado com o seu *acesso* pelas autoridades competentes para a investigação e repressão criminal.

No que concerne à tipologia de dados conservados ao abrigo desta lei, incluem-se, tal como referimos, os dados de tráfego, os dados de localização e os dados conexos necessários para identificar o assinante ou o utilizador. No seu art. 4.º, a lei explicita as categorias de dados a conservar pelos fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas, elenco integralmente coincidente com o que vem previsto na Diretiva, a saber, os dados necessário para: (i) encontrar e identificar a fonte de uma comunicação; (ii) encontrar e identificar o destino de uma comunicação; (iii) identificar a data, hora e duração de uma comunicação; (iv) identificar o tipo de comunicação; (v) identificar o equipamento de telecomunicações dos utilizadores e (vi) identificar a localização do equipamento de comunicação móvel. Os dados em causa podem ser gerados no âmbito do serviço telefónico na rede fixe, do serviço telefónico na rede móvel, do serviço de acesso à Internet, do serviço de correio eletrónico através da Internet e do serviço de comunicações telefónicas através da Internet.

Retomando a visão tripartida de metadados derivados das comunicações eletrónicas, seguida pelo TC, e por nós aqui adotada, a que acima se fez alusão, o conjunto de dados sob análise integram o conceito de dados de base e dados de tráfego. Os dados de base alcançam-se quando a lei determina a conservação de dados relativos a: “nome do assinante ou do utilizador registado”, “códigos de identificação atribuídos ao utilizador”, “O código de identificação do utilizador e o número de telefone atribuídos a

qualquer comunicação que entre na rede telefónica pública” e “nome e o endereço do assinante ou do utilizador registado, a quem o endereço do protocolo IP estava atribuído”. De acordo com a conceitualização previamente explorada (ponto 1.1.), esta tipologia de dados visa a identificação do utilizador do aparelho que se conecta à rede, sem implicar uma comunicação determinada. Já os dados de tráfego referem-se aos dados gerados a partir do estabelecimento ou tentativa⁴⁴ de uma determinada comunicação. Estes alcançam-se quando a lei determina a conservação de dados relativos à data, hora e duração de comunicações, hora e data de início [*log in*] e fim [*log off*] de ligação à internet. Note-se que a conservação só abrange chamadas estabelecidas e falhadas (art. 5.º).

Por meio do exercício da liberdade legislante, conferida pela Diretiva, de fixação do prazo de conservação destes dados por parte dos operadores de comunicações, foi determinado, no art. 6.º da Lei, um prazo único de um ano, para todas as categorias de dados, a contar da data da conclusão da comunicação, sendo destruídos findo esse prazo (art. 7.º, n.º 1, al. e)⁴⁵.

Cumpra acrescentar que os dados permanecem bloqueados (*i.e.* encriptados), só sendo desbloqueados (*i.e.* descriptados) para transmissão às entidades competentes (art. 7.º, n.º 2). Ademais, a Lei n.º 32/2008 identifica a CNPD como sendo a autoridade pública competente para o controlo da aplicação das regras relativas à segurança e proteção de dados (art. 7.º, n.º 3).

Após análise do regime de conservação de metadados, constata-se que, por reconhecer o potencial grau de intensidade de agressão à esfera da vida privada dos titulares, houve uma tentativa por parte do legislador português de rodear a conservação de alguns condicionamentos restritivos (v.g. a retenção de dados ser limitada a um ano, a conservação ter por finalidade exclusiva a investigação, deteção e repressão de crimes graves, os ficheiros onde são conservados os dados deverem estar separados de quaisquer outros ficheiros destinados a outros fins, o bloqueio dos dados de tráfego)⁴⁶. Em

⁴⁴ Referimo-nos aos casos em que é feita uma ligação, mas o destinatário não atende ou a ligação é cortada pela empresa fornecedora do serviço de comunicações.

⁴⁵ Aquando da transposição da Diretiva 2006/24/CE, ao contrário de Portugal, alguns Estados-Membros optaram por estabelecer períodos de conservação distintos para as diferentes categorias de dados, v.g. a Itália e a Irlanda especificam dois anos para os dados das comunicações telefónicas (redes fixa e móvel) e um ano para os dados de acesso à Internet, correio eletrónico através da Internet e comunicações telefónicas através da Internet (cfr. Relatório de Avaliação sobre a Diretiva relativa à conservação de dados (2006/24/CE) [COM(2011) 225 final], disponível em <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0225:FIN:PT:PDF>).

⁴⁶ Note-se que o pano de fundo do crime do art. 13.º da Lei n.º 32/2008 é a detalhada regulamentação, constante deste diploma legal, dos procedimentos de conservação dos metadados. cfr. PEDRO VERDELHO,

contrapartida, é inegável que a Lei n.º 32/2008 prevê um tratamento automático de dados pessoais, relativo aos dados de todos os clientes ou utilizadores de comunicações eletrónicas, que, tal como exposto pela CNPD, “não permite uma seleção dos dados sujeitos a conservação em função da ligação do seu titular, ainda que indireta, a crimes graves, nem permite excluir dessa conservação dados das pessoas que, legalmente, não podem ser objeto de controlo por estarem abrangidos pelo sigilo profissional”⁴⁷. Razão pela qual, de acordo com o TC, os referidos esforços empreendidos pelo legislador, de modo a diminuir de grau de intensidade da agressão à intimidade da vida privada dos utilizadores, acabam por se revelar insuficientes, tal como aprofundaremos *infra*.

No que tange ao regime de acesso aos dados pelas autoridades competentes para investigação, deteção e repressão criminal, exige-se autorização fundamentada por parte do JIC, que deve respeitar os princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade⁴⁸, mas apenas se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter. Esta autorização só pode ser requerida pelo MP ou pela autoridade de polícia criminal competente (arts. 3.º, n.º 2, 9.º, n.º 1, 2 e 4).

Estabeleceu-se ainda um catálogo taxativo de crimes cuja investigação, deteção e repressão podem consentir o acesso: “crimes graves: 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” (art. 2.º, n.º 1, al. g)). Importa sublinhar que o conceito de “crime grave” não encontra respaldo, v.g., no CPP. Ademais, como repara JOSÉ GRAZINA MACHADO, a definição que consta da Lei n.º 32/2008 abrange “conceitos positivados e

“Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho”, *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, vol. 1, coordenação: Paulo Pinto de Albuquerque e José Branco, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010, p. 472.

⁴⁷ Cfr. Deliberação n.º 641/2017 da CNPD, p. 4, disponível em <https://www.cnpd.pt/umbraco/surface/cnpdDecision/download/104933>.

⁴⁸ Uma vez que estão em causa direitos, liberdades e garantias constitucionalmente protegidos, como o direito à privacidade e reserva da vida privada e familiar e à inviolabilidade das comunicações (arts. 26.º, n.º 1, 34.º, n.º 1 e 18.º, n.ºs 2 e 3 CRP), as respetivas restrições têm de obedecer aos pressupostos materiais da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido restrito, competindo, em primeira linha, ao legislador ordinário assegurar esses pressupostos ao legislar sobre a matéria (cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2007, pp. 388 e 392).

densificados naquele diploma processual penal, como terrorismo, criminalidade violenta, ou criminalidade altamente organizada, postergando aparentemente o conceito de criminalidade especialmente violenta, que se encontra desenvolvido naquele diploma adjetivo⁴⁹. CARLOS PINHO refere que esta definição de crime grave revela-se restritiva quando comparada com o catálogo de crimes previsto no art. 187.º, n.º 1 do CPP, preceito que estabelece as condições de admissibilidade de escutas telefónicas. Tal acarreta uma consequência prática: “no ordenamento jurídico português existem crimes na investigação dos quais é admissível a obtenção de prova consubstanciada em dados de conteúdo gerados no contexto de comunicações (v.g., de voz ou texto), mas não de dados de tráfego ou de localização”. O Autor considera que tal não se entende, em virtude de os metadados, em comparação com os dados de conteúdo, serem “seguramente menos intrusivos na esfera da vida privada dos visados”⁵⁰.

Adicionalmente, circunscreve-se o universo subjetivo de potenciais visados ao suspeito⁵¹ ou arguido; à pessoa que sirva de intermediário, relativamente à qual haja fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou arguido; à vítima de crime, mediante o respetivo consentimento, efetivo ou presumido (art. 9.º, n.º 3). Note-se que o legislador nacional sujeitou expressamente a decisão judicial de transmitir os dados ao dever de respeitar o segredo profissional, nos termos legalmente previstos (art. 9.º, n.º 2).

Depois do acesso aos dados, o legislador disciplinou a sua destruição, determinada pelo juiz, oficiosamente ou a requerimento de qualquer interessado logo que os mesmos deixem de ser estritamente necessários para os fins a que se destinam. Tal sucederá quando o processo penal seja arquivado nos termos do art. 277.º, n.º 1 do CPP, o arguido

⁴⁹ JOSÉ GRAZINA MACHADO, “A Lei Dos “Metadados”: A Crónica De Uma Morte Há Muito Anunciada”, p. 127.

⁵⁰ CARLOS PINHO, “Lei de retenção de dados de comunicações eletrónicas: aposentar ou reformar?”, p. 170.

⁵¹ Num breve excuro, note-se que, por vezes, em momentos embrionários da investigação, esgotando-se a investigação de outros elementos de prova, e não logrando o MP a identificação do agente do crime, requer junto do JIC a obtenção de metadados conservados pelas operadoras de comunicações por referência a uma área geográfica e período temporal, justificando tal pretensão no conceito jurídico-penal de “suspeito” (art. 1.º, al. e) do CPP). A jurisprudência tem indeferido este pedido por entender que existência de um suspeito, enquanto interveniente processual, não implica a sua identificação completa mas não dispensa a existência de dados factuais com base nos quais possa individualizar-se uma pessoa determinada, não podendo tratar-se apenas de um mero agente abstrato do crime, entendimento contrário contenderia com o direito à inviolabilidade dos meios de comunicação privada (art. 34.º, n.º 1 da CRP), com o disposto na al. a) do n.º 3 do art. 9.º da Lei n.º 32/2008, para além de não respeitar os princípios da proporcionalidade e da adequação que o n.º 4 desse normativo e o art. 18.º, n.º 2 CRP impõem. Neste sentido, *vide* acórdãos do TRL de 22/06/2016, proc. 48/16.3PBCSC-A.L1-9, rel. Sérgio Calheiros da Gama e de 25/10/2022, proc. 50/22.6JBLSB-A.L1-5, rel. Mafalda Santos e TRE de 19/05/2015, proc. 54/15.5GCBNV-A.E1, rel. Maria Leonor Esteves.

seja não pronunciado ou absolvido por decisão transitada em julgado, o arguido seja condenado por decisão transitada em julgado, ocorra a prescrição do procedimento penal ou tenha lugar uma amnistia. (art 11.º).

Ainda no que concerne à proteção e à segurança dos dados, de acordo com os arts. 8.º e 9.º, n.º 6, a CNPD deve manter um registo eletrónico permanentemente atualizado das pessoas especialmente autorizadas a aceder aos dados, estando os fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas ou de uma rede pública de comunicações, por seu turno, obrigados a remeter à CNPD, por via exclusivamente eletrónica, os dados necessários à identificação das pessoas especialmente autorizadas a aceder aos dados.

É digno de menção referir ainda que os arts. 12.º e 13.º descrevem os comportamentos que constituem, respetivamente, contraordenações⁵² e ilícitos criminais.

Em suma, de acordo com o quadro legal apresentado, verifica-se que o legislador nacional compatibilizou uma obrigação generalizada de os operadores de comunicações eletrónicas conservarem todos os dados de base e de tráfego (sem delimitar as categorias de dados ou os sujeitos afetados), com um regime vinculado quanto ao respetivo acesso pelas autoridades de investigação criminal.

2. O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022, de 19 de abril de 2022

2.1. O caminho até ao Acórdão n.º 268/2022

Antes de nos centrarmos no aresto nacional, iremos expender algumas considerações prévias que nos permitiam prever o desfecho a que se chegou por cá.

Através do seu ac. de 8 de abril de 2014, *Digital Rights Ireland Ltd*, por considerar que as suas normas interferem de forma desproporcionada com os direitos ao respeito pela vida privada e familiar (7.º CDFUE) e de proteção de dados pessoais (8.º CDFUE), veio a Diretiva 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações, a ser considerada inválida pelo TJUE.

Resumidamente, o juízo do TJUE incidiu sobre o facto da Diretiva (i.) consagrar um âmbito demasiado amplo de conservação de dados (parágrafo 56), (ii.) não estabelecer critérios objetivos que permitam delimitar o acesso das autoridades nacionais aos dados

⁵² Foi ainda conferida à CNPD a competência para a instrução dos processos de contraordenação e para a aplicação das correspondentes coimas.

conservados (parágrafo 60), (iii.) não concretiza o período de duração da conservação dos dados (parágrafo 64) e (iv.) não impõe que os dados em causa sejam conservados no território da UE (parágrafo 68).

Assim, pese embora a importância de dotar os Estados de instrumentos que permitam um combate eficaz à criminalidade grave, o TJUE considerou que era necessário estabelecer limites concretos à conservação e acesso destes dados, de modo a salvaguardar os direitos fundamentais dos cidadãos.

Embora a lei portuguesa seja mais exigente que a Diretiva que lhe deu origem⁵³, especialmente no que diz respeito ao regime da transmissão de metadados, é inegável que padece de alguns dos “pecados originais” descortinados pelo TJUE, designadamente a consagração de uma conservação indiscriminada de dados de todos os indivíduos⁵⁴. Destarte, surge a dúvida: quais as consequências práticas a retirar desta incompatibilidade da lei nacional?

Ora, a declaração de invalidade da Diretiva levada a cabo pelo TJUE no ac. *Digital Rights* possui eficácia *erga omnes* e, portanto, de acordo com parte da doutrina, não pode ser aplicada por qualquer órgão da União ou dos Estados-Membros, sob pena de incumprimento do direito da União⁵⁵. Deste modo, segundo DAVID SILVA RAMALHO e JOSÉ DUARTE COIMBRA, “por se tratar de um órgão jurisdicional e, por essa razão, integralmente sujeito aos efeitos do primado, nenhum juiz pode aplicar ou fazer aplicar a Lei n.º 32/2008 (...) a aplicação deste diploma representa, como se disse, e desde aquela data, uma atuação contrária ao Direito da União Europeia”^{56 57}.

Já o Gabinete do Cibercrime emitiu uma nota prática, na qual se afirma: “É importante sublinhar que a Lei 32/2008, além da transposição da Diretiva 2006/24/CE,

⁵³ JOÃO CONDE CORREIA, “Prova digital: as leis que temos e a lei que devíamos ter”, p. 38.

⁵⁴ CARLOS PINHO, “Lei de retenção de dados de comunicações eletrónicas: aposentar ou reformar?”, pp. 174 e ss.

⁵⁵ ALESSANDRA SILVEIRA e PEDRO MIGUEL FREITAS, “Implicações da declaração de invalidade da Diretiva 2006/24 na conservação de dados (“metadados”) nos Estados-Membros da UE: uma leitura jusfundamental”, p. 52.

⁵⁶ DAVID SILVA RAMALHO e JOSÉ DUARTE COIMBRA, “A declaração de invalidade da Diretiva 2006/24/CE: presente e futuro da regulação sobre conservação de dados de tráfego para fins de investigação, deteção e repressão de crimes graves”, p. 1042.

⁵⁷ Deixamos nota de que o TC, no seu ac. n.º 382/2022, de 13 de maio, defendeu expressamente este entendimento ao referir que “as normas que determinam uma obrigação indiferenciada de conservação de metadados não podiam já ser aplicadas por qualquer autoridade nacional desde 2014, momento em que se concluiu pela sua incompatibilidade com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia de 8 de abril de 2014, *Digital Rights Ireland*, proc. C-293/12 e C-594/12; e de 21 de dezembro de 2016, *Tele2 Sverige e Watson*, proc. C-203/15 e C-698/15) e surgiu a obrigação, para todas as autoridades nacionais (incluindo judiciárias) de recusar a sua aplicação, nos termos do disposto no n.º 4 do artigo 8.º da Constituição”.

introduziu um mais alargado quadro, muito complexo, de regulamentação do processo de retenção de dados [...]. Neste exercício, a lei nacional foi muito para lá das exigências da Directiva. Desta forma, a maior parte das exigências que vieram a ser feitas pelo acórdão do TJUE estariam já anteriormente consideradas no direito interno. Por essa razão, tem sido entendido que a decisão do tribunal do Luxemburgo não afeta a validade da lei nacional”⁵⁸. Este entendimento acabou por ser seguido pela maioria dos tribunais portugueses, que continuaram a aplicar a Lei n.º 32/2008.

Porém, em 2016, o Tribunal de Instrução Criminal de Lisboa indeferiu um pedido, efetuado pelo MP, ao abrigo da Lei n.º 32/2008, de transmissão de dados de identificação de um utilizador a quem estava atribuído um determinado endereço de protocolo IP, suspeito de um crime de pornografia de menores, por contrariedade aos arts. 18.º e 34.º, n.º 4 da CRP.

O MP recorreu para o TC, que, neste âmbito, proferiu o ac. n.º 420/2017, de 13 de julho. O TC começou por considerar que estavam em causa dados relativos ao “nome e o endereço do assinante ou do utilizador registado, a quem o endereço do protocolo IP” estava atribuído “no momento da comunicação” (art. 6.º e do art. 4.º, n.º 1, al. *a*), 2.ª parte, e n.º 2, al. *b*), subalínea *iii*)), tendo concluído que, na senda dos acs. n.ºs 486/2009 e 403/2015, se tratavam dados de base e, por isso, não estavam abrangidos pelo âmbito de proteção do sigilo das comunicações consagrado no art. 34.º, n.º 4 CRP, pois não pressupõe um ato de comunicação específico. Por fim, através de um juízo de proporcionalidade, arrimado nos arts. 18.º e 26.º da CRP, considerou que os dados de base têm natureza relativamente pouco invasiva da privacidade, dizendo respeito à identidade do titular, por um lado e, por outro lado, que o período de conservação de um ano se afigura razoável face à gravidade da criminalidade que está ali a ser investigada. Consequentemente, o TC decidiu não julgar inconstitucional a norma atinente à obrigação de conservação que impende sobre os fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas de conservarem durante um ano os dados relativos ao nome e o endereço do assinante ou do utilizador registado, a quem o endereço do protocolo IP estava atribuído no momento da comunicação. Além disso, valorou de forma determinante para o juízo positivo de constitucionalidade a delimitação do universo subjetivo de aplicação da norma, a circunstância de a autorização de acesso aos dados depender de despacho

58

Disponível em https://cibercrime.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/nota_pratica_7_retencao_de_dados.pdf.

fundamentado do juiz, arrimado num juízo de adequação, necessidade e proporcionalidade, a requerimento do MP ou da autoridade de polícia criminal competente. Pronunciou-se ainda sobre os efeitos da declaração de invalidade da Diretiva 2006/24/CE na legislação nacional, afirmando que “A declaração de invalidade de uma diretiva não tem uma consequência automática sobre a validade de um ato legislativo português que a transponha. O ato legislativo nacional, embora tendo como objetivo o cumprimento do dever de transposição de uma diretiva, decorrente do Direito da UE (artigo 4.º, n.º 3, do Tratado da UE, artigo 288.º, 3.º parágrafo, do Tratado sobre o Funcionamento da UE e artigo 112.º, n.º 8, da Constituição), tem uma fonte autónoma de validade e legitimidade. O Tribunal de Justiça não tem jurisdição para apreciar a validade dos atos de direito nacional dos Estados-Membros, sendo que a sua análise apenas incidiu sobre o texto da diretiva. A validade da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, não pode ser posta em causa apenas devido ao facto de este ato normativo da União ter sido declarado inválido”.

Em momento pretérito, a 21 de dezembro de 2016, o TJUE considerou, no ac. *Tele2*⁵⁹, que o art. 15.º, n.º 1 da Diretiva 2002/58/CE, lido à luz dos arts. 7.º, 8.º, 11.º e 52.º, n.º 1 da CDFUE, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional que (i.) “prevê, para efeitos de luta contra a criminalidade, uma conservação generalizada e indiferenciada de todos os dados”; (ii) permite sem constrangimentos o acesso das autoridades nacionais e não o submete a controlo prévio por órgão ou entidade independente; e (iii.) não exige que os dados em causa sejam conservados num Estado-Membro da UE.

Já em 2017, a CNPD emitiu a Deliberação n.º 641/2017 que questionava a compatibilidade da Lei n.º 32/2008 com a *norma normarum* e com o Direito da UE. Nesta deliberação, a CNPD criticou a falta de previsão de uma proibição de transferência dos metadados para fora do espaço comunitário, a par de consagrar um prazo, excessivamente longo, para o seu acesso. Outrossim, reprovou a impossibilidade de seleção dos dados sujeitos a conservação em função da ligação do seu titular. Em virtude disso, considerou que a Lei dos Metadados “contém normas que preveem a restrição ou ingerência nos direitos fundamentais ao respeito pela vida privada e pelas comunicações e à proteção dos dados pessoais com grande amplitude e intensidade, em clara violação do princípio da proporcionalidade e, portanto, em violação do n.º 1 do artigo 52.º da CDFUE”, bem

⁵⁹ Processos apensos C-203/15 e C-698/15.

como uma “restrição desproporcionada dos direitos à reserva da intimidade da vida privada, à inviolabilidade das comunicações e à proteção de dados pessoais, em violação do disposto no n.º 2 do artigo 18.º da CRP”⁶⁰. Por conseguinte, recomendou a revisão do diploma legal nacional e formulou algumas sugestões⁶¹ a fim de suprir a violação do princípio da proporcionalidade e dos direitos fundamentais contidos no art. 26.º, n.º 1 e no art. 35.º da CRP. Face a esse seu entendimento, a CNPD, através de nova deliberação, correspondente ao n.º 1008/2017, de 18 de julho, decidiu desaplicar a Lei n.º 32/2008 nas situações submetidas à sua apreciação, em cumprimento do princípio do primado do Direito da União e da prevalência da Constituição⁶².

Além-fronteiras, em virtude da prolação dos ac. *Digital Rights* e *Tele2* por parte do TJUE, alguns Estados-Membros debruçaram-se sobre as suas respetivas normas de transposição da Diretiva 2006/24/CE, à guisa de exemplo, *vide* os casos da Bélgica⁶³

⁶⁰ Deliberação n.º 641/2017 da CNPD, p. 5.

⁶¹ Em síntese, foi proposto que se consagrasse um regime de conservação seletiva de dados pessoais no âmbito das comunicações eletrónicas que distinguisse situações em que existisse uma *concreta suspeita* de prática de crime grave das situações em que haja *indícios fortes* de preparação ou de execução de crime grave. Na primeira hipótese, “a preservação dos dados pode ser feita quanto a uma ou mais pessoas direta ou indiretamente relacionadas com a concreta atividade criminosa e ainda assim restrita às categorias de dados adequadas e necessárias à investigação”, já na segunda, deve a “recolha e conservação dos dados ser determinada por forma a não ser ilimitada, designadamente, como sugere o TJUE, em função de um critério geográfico e por um período de tempo previamente definido” (cfr. Deliberação n.º 641/2017 da CNPD).

⁶² Cfr. Deliberação n.º 1008/2017, p. 2, disponível em <https://www.cnpd.pt/umbraco/surface/cnpdDecision/download/108002> (acedido em 28/04/2023).

⁶³ A transposição (parcial) da Diretiva 2006/24/CE e do art. 15.º, n.º 1 da Diretiva 2002/58/CE para o direito interno belga ocorreu pela aprovação e publicação da *Loi du 30 juillet 2013* (<https://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2013/07/30/2013011417/justel>, acessado em 25/04/2023) que alterou os arts. 2, 126 e 145 da *loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques* e do art. 90decies du *Code d'instruction criminelle*. No seguimento do ac. do TJUE *Digital Rights*, o TC belga anulou a *Loi du 30 juillet 2013* através do *Arrêt n.º 84/2015 du 11 juin 2015*. Ao longo do aresto, são reproduzidas algumas partes do mencionado ac. do TJUE, acabando por concluir, no seu ponto B.11 que “Pelos mesmos motivos que motivaram o TJUE a considerar a diretiva 2006/24/CE inválida, com a adoção do artigo 5 da lei contestada, o legislador excedeu os limites impostos pelo princípio da proporcionalidade em relação aos art. 7.º, 8.º e 52.º, n.º 1 da CDFUE”.

É importante, ainda, destacar outros atos legislativos, referentes à recolha e conservação de dados das comunicações eletrónicas, que foram objeto de decisão por parte do TC belga. Em primeiro lugar, a *Loi du 29 mai 2016 relative à la collecte et à la conservation des données dans le secteur des communications électroniques* (<https://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2016/05/29/2016009288/justel>, acessado em 25/04/2022). A sua redação atual, reflete duas decisões do TC belga: o *Arrêt n.º 96/2018 du 19 juillet 2018* (que julgou a falta de distinção entre as pessoas cujas comunicações se encontram sujeitas a segredo profissional e os outros utilizadores) e o *Arrêt n.º 57/2021 du 22 avril 2021*. Em segundo lugar, os art. 2.º da *Loi du 1er septembre 2016*, que modificam o *l'article 127 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques* e o *l'article 16/2 de la loi du 30 novembre 1998 organique des services de renseignement et de sécurité* (<https://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2016/09/01/2016011377/justel>, acessado em 25/04/2023), foram objeto de recurso e, por conseguinte, decisão de anulação por não determinarem os elementos de identificação que eram recolhidos e tratados e os documentos de identificação a ter em conta, cfr. *Arrêt n.º 158/2021 du 18 novembre 2021*.

Alemanha⁶⁴ e Suécia⁶⁵.

2.2. A declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral emitida pelo Acórdão n.º 268/2022 do Tribunal Constitucional

Em 2019, a Provedora de Justiça formulou um pedido de declaração de inconstitucionalidade, em sede de fiscalização abstrata sucessiva (nos termos do art. 281.º, n.º 2, al. d) CRP), das normas inseridas nos arts. 4.º (atinentes às categorias de dados que devem ser conservadas), 6.º (que se reporta ao prazo de conservação dos dados durante um ano) e 9.º (que define as condições de acesso e de utilização dos dados) da Lei n.º 32/2008. O pedido baseou-se, em suma, na violação do princípio da proporcionalidade na restrição dos direitos à reserva da intimidade da vida privada e familiar (art. 26.º, n.º 1 CRP), do sigilo das comunicações (art. 34.º, n.º 1 CRP) e do direito a uma tutela jurisdicional efetiva (art. 20.º, n.º 1 CRP).

⁶⁴ Cumpre salientar que, em momento pretérito à declaração de invalidade da Diretiva 2006/24/CE pelo TJUE, o TC germânico já se havia debruçado sobre a constitucionalidade das normas de transposição da Diretiva, tendo concluído em sentido negativo (*BverfG 256/08, Urteil des Ersten Senats vom 02. März 2010*, disponível em https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2010/03/rs20100302_1bvr025608en.html). Em 2015, foi aprovada uma nova lei sobre a conservação de dados das comunicações – a *Gesetz zur Einführung einer Speicherpflicht und einer Höchstspeicherfrist für Verkehrsdaten (VerkDSpG)*, disponível em <https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav>, acedido em 25/04/2022), que previa que os operadores teriam, a partir de 1 de julho de 2017, obrigação de conservação dos dados de tráfego dos seus clientes durante 10 semanas e dos dados de localização durante 4 semanas. Apesar destas alterações, o Tribunal Administrativo Federal (que julga em última instância) entendeu, a propósito da transposição da Diretiva 2002/58/CE, haver dúvidas quanto à compatibilidade da lei alemã com as normas europeias, tendo em conta anteriores decisões do TJUE, v.g. *Tele2 Sverige AB* (fundamentação desta decisão disponível em <https://www.bverwg.de/pm/2019/66>, acedido em 20/04/2023). Deste modo, em 2019, remeteu a questão ao TJUE e suspendeu a instância até haver decisão deste. No dia 20 de setembro de 2022, o TJUE anuncia a sua decisão (Processos apensos C-793/19 – *SpaceNet*, e C-794/19 – *TeleKom Deutschland*), tendo considerado que a lei alemã viola o direito da UE, uma vez que a conservação indiferenciada e generalizada de dados de telecomunicações, mesmo que por períodos limitados de 4 e 10 semanas, compromete os direitos fundamentais das pessoas visadas.

⁶⁵ A transposição da Diretiva 2006/2/CE para o ordenamento jurídico sueco deu-se através do *Electronic Communications Act (2003:389)* (cfr. <https://www.regeringen.se/rattsliga-dokument/proposition/2010/12/prop.-20101146/>, acedido em 20/04/2023), sendo que o diploma define que os períodos de conservação de dados que variam conforme a sua tipologia, entre dois, seis e dez meses. Após o ac. *Tele2 Sverige*, o Governo Sueco estabeleceu uma comissão (<https://www.regeringen.se/rattsliga-dokument/kommittedirektiv/2017/02/dir.-201716/>, acedido em 21/04/2023) com o fim de rever e modificar o quadro jurídico nacional vigente. Na sequência do trabalho da comissão, foram introduzidas alterações à *Electronic Communications Act (2003:389)*, como por exemplo, o fim da permissão da transferência de dados para fora da UE, limitação do universo da retenção de dados e a consagração de autorização das entidades judiciais para obtenção destes dados, que entraram em vigor em 2019. Todavia, o Parlamento sueco considerou que as alterações legislativas impuseram limitações excessivas à retenção de dados e, portanto, que este o regime de conservação deveria ser ampliado o máximo possível dentro do quadro legal europeu. Em agosto de 2021, o Governo decidiu criar uma nova comissão que procedesse à consideração de mudanças legislativas que mantenham ou reforcem a capacidade das autoridades judiciais.

A 19 de abril de 2022, o TC, através do seu ac. n.º 268/2022, embora com um voto de vencido do Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro, declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma constante do art. 4.º da Lei n.º 32/2008, em conjugação com o art. 6.º da mesma lei, por violação do disposto nos arts. 35.º, n.ºs 1 e 4, e 26.º, n.º 1, em conjugação com o art. 18.º, n.º 2, todos da CRP; e da norma do art. 9.º, na parte em que não prevê uma notificação ao visado de que os dados conservados foram acedidos pelas autoridades de investigação criminal, a partir do momento em que tal comunicação não seja suscetível de comprometer as investigações nem a vida ou integridade física de terceiros, por violação do disposto nos arts. 35.º, n.º 1, e 20.º, n.º 1, em conjugação com o art. 18.º, n.º 2, todos da CRP.⁶⁶

Justifica-se perscrutar, de forma sumária, os principais argumentos empregues pelo TC que conduziram a este juízo de inconstitucionalidade.

Preliminarmente, convém ressaltar que o TC apreciou separadamente a vertente da *conservação* (art. 4.º e art. 6.º) da vertente da *transmissão* (art. 9.º) dos metadados.

No que diz respeito ao *regime de conservação* dos metadados, o primitivo laivo de reprovação incidiu sobre a ausência de regulamentação legal que exigisse a conservação dos metadados em território de um Estado-membro. No entendimento do TC, a admissão implícita de que o armazenamento destes dados possa ocorrer fora do espaço comunitário, viola o direito à autodeterminação informativa⁶⁷, uma vez que contende com o direito de o visado controlar o tratamento dos dados a seu respeito, bem como a efetividade da garantia constitucional de fiscalização por parte de entidade administrativa independente.

Em face deste argumento, o TC concluiu pela inconstitucionalidade, por violação do direito à autodeterminação informativa, contido nos n.ºs 1 e 4 do art. 35.º da Lei fundamental portuguesa, interpretado conforme o disposto nos arts. 7.º e 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE, das normas referentes às categorias de dados e ao prazo de conservação, plasmadas nos artigos 4.º e 6.º da Lei n.º 32/2008.

O âmbito, quer *objetivo*, quer *subjetivo*, da conservação de metadados foi outrossim alvo de censura por parte do TC.

⁶⁶ Cumpre referir que a inconstitucionalidade das referidas normas não foi declarada à luz do direito ao sigilo das comunicações, o que motivou uma declaração de voto dos Conselheiros Afonso Patrão, José João Abrantes, Assunção Raimundo e Mariana Canotilho.

⁶⁷ Note-se que este direito dá “a cada pessoa o direito de controlar a informação disponível a seu respeito, impedindo-se que a pessoa se transforme em «simples objeto de informação»” cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 551.

Empreendida uma distinção entre os dados de base (nos quais o TC inclui o endereço do protocolo IP, tal como mencionado anteriormente) e os dados de tráfego, o manancial de informação contido nesta última categoria⁶⁸ levou a que se considerasse que a sua mera conservação, tal como está regulada na Lei n.º 32/2008, constituía uma agressão mais intensa aos direitos à reserva da intimidade da vida privada, ao livre desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação informativa dos sujeitos, intolerada pelo princípio da proporcionalidade. Com efeito, a informação revelada por tais dados é de carácter sensível, os dados de tráfego permitem “traçar um perfil do utilizador, identificar os seus interesses e mesmo reconhecer, em certos casos, o tipo de conteúdos consultados” e os dados de localização possibilitam a “identifica[ção], a todo o tempo, a posição e os movimentos dos utilizadores”⁶⁹.

Neste âmbito, o TC censurou o âmbito alargado da medida de conservação que abrange, de forma indiscriminada e generalizada, as comunicações eletrónicas, cuja utilização é cada vez mais difundida, de todos os assinantes e utilizadores registados, com o objetivo de potenciar a eficácia da atividade estadual de investigação de crimes graves. Ademais, não edifica qualquer limite a esta conservação, sem exigir nenhuma relação entre os dados de tráfego a conservar e uma ameaça para a segurança pública⁷⁰, representando assim uma medida desequilibrada, por atingir sujeitos em relação aos quais não há qualquer suspeita de atividade criminosa, e um reprovável exercício de acomodação entre a descoberta da verdade e o respeito pelos direitos fundamentais.

Em suma, a *amplitude do âmbito subjetivo e objetivo* dos dados a conservar durante o lastro temporal de um ano, decorrente da conjugação do art. 4.º com o art. 6.º da Lei n.º 32/2008, viola de forma desproporcional os n.ºs 1 e 4 do art. 35.º e do n.º 1 do art. 26.º, em conjugação com o art. n.º 18.º, n.º 2, todos da CRP.

Por fim, quanto à declaração de inconstitucionalidade do art. 9.º, criticou-se a inexistência de previsão legal de notificação aos visados da transmissão dos seus dados

⁶⁸ Contrariamente aos dados de base, cuja conservação, seguindo a linha jurisprudencial do ac. n.º 420/2017, abordado supra, não foi tida por ilícita. No ac. n.º 268/2022, o TC admite que a conservação de dados de base resulta numa agressão com uma intensidade inferior em comparação com os dados de tráfego.

⁶⁹ Ponto 18 do Ac. do TC n.º 268/2022.

⁷⁰ Nos termos da Provedora de Justiça, “todo e qualquer indivíduo que utilize um meio de comunicação [é] tratado como um potencial criminoso”. JOÃO CONDE CORREIA (cfr. “Prova digital: as leis que temos e a lei que devíamos ter”, p. 34) deu nota da decisão do TC Federal Alemão, de 27 de julho de 2005, que esclarece que há que separar entre as *providências para a perseguição criminal* – que procuram, previamente, reunir provas para posterior perseguição e punição de crimes ainda não cometidos, mas que possivelmente irão ser cometidos no futuro – as *providências para o combate preventivo ao crime* – que são simples medidas de polícia antecipadas, de verdadeira profilaxia da prática de crime. O autor refere que “neste contexto dogmático, também a obrigação de guarda preventiva daqueles dados [dados da Lei n.º 32/2008] parece ser uma providência para a perseguição criminal”.

às autoridades de investigação criminal, logo que se conclui pela sua desnecessidade para o processo penal. De acordo com o percurso argumentativo traçado pelo TC, ao não se prever a obrigatoriedade de informação aos sujeitos visados do acesso aos seus dados, não são criadas condições efetivas para que estes possam exercer o escrutínio da transmissão⁷¹, restringido, assim, de forma desproporcional – por não se prefigurar necessária, entendendo o TC que em termos processuais não se justifica tal restrição – o direitos à autodeterminação informativa (nas dimensões de faculdade de conhecimento da difusão dos seus dados e de controlo do acesso de terceiros a dados pessoais) e o direito a uma tutela jurisdicional efetiva. Através da existência de notificação, criam-se “condições efetivas para não só *saber* da difusão dos seus dados como de *exercer um controlo* sobre a licitude e regularidade daquele acesso”⁷².

Com este pressuposto, o TC declarou a inconstitucionalidade do art. 9.º da Lei n.º 32/2008, na parte em que não prevê, em tais circunstancialismos, uma notificação ao visado, por violação do art. 35.º, n.º 1 e do art. 20.º, n.º 1, em conjugação com o art. 18.º, n.º 2 da CRP.

Assim, este acórdão incide sobre a concertação de dois diferentes interesses afirmados por normas constitucionais: a liberdade e segurança (art. 27.º, n.º 1 da CRP) e a privacidade e autodeterminação dos dados pessoais (arts. 26.º e 35.º da CRP).

A este respeito, o voto de vencido do Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro acentua que a Lei n.º 32/2008, incluindo as normas declaradas inconstitucionais, situa-se num ponto de equilíbrio entre aqueles valores e que a maioria atendeu unicamente à *intensidade da agressão* que a conservação dos metadados causa na esfera privada do restivo titular, desconsiderando, porém, o *interesse público da segurança*, considerando que a norma questionada reclama e reflete um equilíbrio desses diferentes valores.

Não sendo nosso propósito tecer comentários acerca do que foi decidido pelo TC no

⁷¹ O TC sublinhou neste aresto que o sistema vigente permite que o sujeito cujos dados são conservados indague de *motu proprio* se houve acesso por parte das autoridades competentes. Em primeiro lugar, através do RGPD que prevê expressamente o direito de o titular obter dos fornecedores de comunicações eletrónicas a informação de que os seus dados foram objeto de tratamento, no n.º 1 do art. 15.º: “o titular dos dados tem o direito de obter do responsável pelo tratamento a confirmação de que os dados pessoais que lhe digam respeito são ou não objeto de tratamento e, se for esse o caso, o direito de aceder aos seus dados pessoais e às seguintes informações: (...) Os destinatários ou categorias de destinatários a quem os dados pessoais foram ou serão divulgados, nomeadamente os destinatários estabelecidos em países terceiros ou pertencentes a organizações internacionais”. Em segundo lugar, através da Lei n.º 59/2019, de 8 de agosto, que determina que o responsável pelo armazenamento dos dados é obrigado a facultar ao titular dos dados pessoais retidos, a seu pedido, informações sobre a sua transmissão (arts. 13.º e 15.º, n.º 2, al. c)). Contudo, note-se que esta alternativa é menos eficaz do que se o visado fosse notificado que as entidades competentes para a ação penal conheceram os dados armazenados.

⁷² Ponto 19.2 do ac. do TC n.º 268/2022.

ac. n.º 268/2022, não podemos deixar de destacar que foi recebido com alguma celeuma⁷³. Enquanto algumas vozes se ergueram no sentido de caracterizar esta decisão como “inevitável e há muito esperada”⁷⁴, em virtude do já decidido nas instâncias europeias, houve também quem criticasse a conclusão a que o TC chegou, por considerar que houve uma aplicação do princípio da proporcionalidade numa versão maximalista, concordando, ainda que não na sua totalidade, com o mencionado voto de vencido⁷⁵.

3. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade emitida pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022 sobre o processo penal

Conforme mencionado *supra*, o TC declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral das normas dos arts. 4.º e 6.º, que determinavam a conservação dos metadados das comunicações eletrónicas por parte das operadoras durante o período de um ano, e do art. 9.º da Lei n.º 32/2008, que previa a transmissão desses dados, para fins de investigação, deteção e repressão de crimes graves.

Os efeitos desta decisão projetam-se tanto num plano prospetivo, como retroativo.

Repare-se que o art. 282.º, n.º 1 da CRP estabelece que tal declaração produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional (o que, neste caso, remonta a 2009) e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.

Sendo as normas dos arts. 4.º, 6.º e 9.º da Lei n.º 32/2008 erradicadas do ordenamento

⁷³ Cabe-nos dar uma breve nota da resposta legislativa ao ac. do TC. Até ao momento, três partidos apresentaram diplomas para alterar a Lei n.º 32/2008, que, em síntese, preveem alterações ao prazo de conservação dos dados previsto na Lei n.º 32/2008 de 1 ano para 6 meses (Chega), 12 semanas (PSD) e ainda 90 dias (PCP), sendo unânime que a conservação destes dados deve dar-se em território da UE e que o titular desses dados tem de ser notificado. Já o Governo aprovou uma Proposta de Lei n.º 11/XV/1.ª, cuja solução passaria por alterar a Lei n.º 41/2004, permitindo o acesso a dados que hoje já são conservados, para efeitos de faturação, pelas empresas que oferecem redes e ou serviços de comunicações eletrónicas. Foi ainda aberto processo de revisão constitucional, tendo sido apresentados projetos sobre o acesso a metadados por parte do Chega, PS e PSD. Contudo, estes dois últimos partidos (dependendo a aprovação de qualquer alteração do seu acordo, uma vez que, entre si, têm 197 deputados) apenas propõem alterações ao art. 34.º, n.º 4 da CRP, de modo a permitir o acesso a estes dados por parte dos serviços de informações (cfr. PEDRO LOMBA, “Vigilância e Direito: Revisão Constitucional e Metadados”, *A Revisão Constitucional de 2023 – Debate sobre os Projetos de Revisão*, coordenação: Pedro Fernández Sánchez e Marco Caldeira, AAFDL Editora, Lisboa, 2023, pp. 70-71).

⁷⁴ LUÍS MENEZES LEITÃO, “A polémica sobre os metadados”, disponível em https://ionline.sapo.pt/artigo/771296/a-polemica-sobre-os-metadados-?seccao=Opiniao_i (acedido em 20/05/2023). No mesmo sentido, CARLOS GABRIEL DA SILVA LOUREIRO e MAGDA CERQUEIRA, “Retenção e utilização de metadados de comunicações eletrónicas: reflexões a propósito do acórdão do tribunal constitucional n.º 268/2022, de 3 de junho”, *Revista Jurídica*, vol. 1, n.º 73, Curitiba, 2023, pp. 145-158.

⁷⁵ DUARTE NUNES RODRIGUES, “Impedirá o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022 a obtenção e a valoração, para fins de investigação criminal, de metadados conservados pelos fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas ao abrigo da lei atualmente em vigor?”, *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n.º 170, 2022, pp. 28-47 e ANTÓNIO HENRIQUES GASPARGAR [et al.], *Código de Processo Penal Comentado*, p. 786.

jurídico e os seus efeitos futuros cessados, atendendo à importância destes dados para investigação e repressão de vários fenómenos criminais, cumpre, em primeiro lugar, determinar se é ainda possível obter os metadados conservados pelas operadoras de comunicações eletrónicas para fins de investigação criminal, com fundamento em normas diversas das da Lei n.º 32/2008.

Em segundo lugar, de acordo com o art. 282.º, n.º 1 da CRP, os efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade aplicar-se-ão aos casos em que foram obtidos metadados conservados pelas operadoras de comunicações com base na Lei n.º 32/2008, antes da declaração de inconstitucionalidade. Urge, pois, determinar se, nos processos pendentes, a prova obtida será prova proibida.

Por fim, apesar da declaração de inconstitucionalidade produzir efeitos *ex tunc*, o n.º 3 do art. 282.º determina que ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do TC, quando, cumulativamente, se trate de matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e a norma declarada inconstitucional for de conteúdo menos favorável ao arguido. O TC não procedeu à limitação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade surgindo assim a dúvida se o caso julgado se encontra intocado.

3.1. Admissibilidade de conservação e obtenção de metadados apesar da declaração de inconstitucionalidade emitida pelo Acórdão n.º 268/2022

Uma questão que ao longo do último ano tem assolado a jurisprudência tem sido a possibilidade de, na fase de recolha de prova, obter metadados conservados, após a declaração de inconstitucionalidade operada pelo ac. n.º 268/2022.

Dúvidas não existem quanto à utilidade destes dados na investigação criminal. Através deles é possível obter pontos de referência em relação ao momento do crime, à localização do agente antes e depois do crime, às relações existentes entre eventuais suspeitos, itinerário de fuga e indiciação de outros suspeitos. Não sendo possível a conservação de metadados e a sua posterior utilização probatória, há muitos fenómenos criminais cuja investigação e repressão será difícil e, em muitos casos, impossível.

Será admissível a convocação de fundamentos diversos da Lei n.º 32/2008, em virtude da declaração de inconstitucionalidade do TC no ac. n.º 268/2022, para conservar e aceder a metadados, de modo que possam ser utilizados como meio de prova no processo penal?

A dificuldade em responder a esta pergunta tem a sua génese em momento anterior à declaração de inconstitucionalidade do TC no ac. n.º 268/2022. O regime normativo

constante da Lei n.º 32/2008 foi, desde a data da sua entrada em vigor, fonte de problemas interpretativos, designadamente na sua compatibilização quer com as normas do CPP (*maxime* arts. 187.º e 189.º), quer com a Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro (LCC), resultando em extensas e comuns zonas de atrito. Este problema continua a vigorar, tendo-se evidenciado ainda mais com a declaração de inconstitucionalidade que impediu o recurso às normas da Lei n.º 32/2008, e nem a doutrina nem a *praxis* jurídica seguem um entendimento uniforme⁷⁶.

3.1.1. Fundamento para a conservação de metadados diverso do art. 4.º e 6.º da Lei n.º 32/2008

Primeiramente, há que averiguar se existe fundamento legal para a conservação de metadados, afastada a obrigatoriedade de o fazer ao abrigo da Lei n.º 32/2008.

A declaração de inconstitucionalidade da norma do art. 4.º da Lei n.º 32/2008 não incidiu sobre a conservação de todos os metadados.

A este propósito, atente-se na Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto⁷⁷, que transpôs para a ordem jurídica nacional a Diretiva 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho, estabelecendo um regime específico quanto ao tratamento de dados pessoais no contexto da prestação de serviços de comunicação eletrónicas. Assim, a Lei n.º 41/2004 prevê a conservação de dados de identificação dos assinantes das comunicações eletrónicas (os chamados dados de base) e de dados de tráfego, por parte das operadoras de comunicações, para efeitos de salvaguarda de direitos privados das operadoras de comunicações eletrónicas de cariz patrimonial (cobrança dos serviços prestados).

Note-se que quanto aos dados de tráfego, este ato legislativo estabelece, como princípio geral, que é proibido o armazenamento de dados de tráfego por terceiros sem consentimento prévio e expresso dos seus titulares, sendo obrigatória a sua eliminação ou anonimização quando deixem de ser necessários para a transmissão da comunicação (arts 4.º, n.º 2 e 6.º, n.º 1). No entanto, a lei permite (mas não o obriga) que as operadoras de comunicações guardem e tratem os dados de tráfego necessários à faturação dos assinantes e pagamento de interligações, até ao final do período em que a fatura pode ser legalmente contestada ou o pagamento reclamado, que atualmente é de seis meses após a

⁷⁶ Quanto à coexistência da referida trilogia no âmbito da prova digital, remetemos para o comentário de JOÃO CONDE CORREIA, “Prova digital: as leis que temos e a lei que devíamos ter”, pp. 29 -59.

⁷⁷ Esta Lei sofreu alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 46/2012, de 29 de agosto, e 16/2022, de 16 de agosto.

prestação do serviço (cfr. os arts. 10.º, n.º 1, e 1.º, n.º 2, al. d) da Lei n.º 23/96, de 26 de julho⁷⁸) – art. 6.º, n.ºs 2 e 3 da Lei n.º 41/2004. Esgotado este prazo, revive a obrigatoriedade de apagamento ou de anonimato desses dados.

Já o seu art. 7.º, n.º 1 dispõe que a conservação dos dados de localização só é permitida se os mesmos forem tornados anónimos.

Assim, estando esses dados conservados pelas operadoras de comunicações pelo período de seis meses após o fim de cada comunicação, podem ser subsequentemente obtidos para efeitos de prova em processo penal?

Quanto aos dados de localização, facilmente se conclui que só podendo ser conservados se forem tornados anónimos (art. 7.º, n.º 1)⁷⁹, não permitem identificar o seu titular e, sendo assim, o seu interesse probatório será nulo. Deste modo, os dados de localização não poderão ser obtidos para fins de prova em processo penal.

No que concerne aos dados de tráfego, as opiniões divergem quanto à possibilidade de se recorrer à base de dados das empresas prestadoras de serviços de comunicações prevista na Lei n.º 41/2004 para obter estes dados para efeitos de prova no processo penal.

Efetivamente, antes da entrada em vigor da Lei n.º 32/2008, a Lei n.º 41/2004 era invocada para fins de investigação criminal, no âmbito das decisões judiciais proferidas nos nossos tribunais, como fundamento para a conservação destes dados⁸⁰. Além disso, há quem entenda que se recorre à base de dados prevista na Lei n.º 41/2004 para a investigação de crimes que constam do catálogo de crimes do art. 187.º do CPP, mas que não constam do elenco de crimes graves da Lei n.º 32/2008⁸¹.

Contudo, parte da jurisprudência sustenta que a conservação de dados prevista na Lei n.º 41/2004 tem como objetivo somente a proteção contratual, no contexto das relações estabelecidas entre as empresas fornecedoras de serviços de comunicações eletrónicas e os seus clientes, não sendo lícito recorrer a ela para efeitos de investigação criminal⁸².

⁷⁸ A Lei n.º 23/96 (Lei dos Serviços Públicos Essenciais) cria no ordenamento jurídico alguns mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais.

⁷⁹ Em sentido diverso, veja-se RUI CARDOSO, “A conservação e a utilização probatória de metadados de comunicações eletrónicas após o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022 – o que nasce torto...”, pp. 61 e 62.

⁸⁰ Cfr., por exemplo, acs. do TRG de 10/01/2005, proc. 2013/04-1, rel. Francisco Marcolino; do TRL de 17/05/2006, proc. 1265/06, rel. Orlando Gonçalves e do TRE de 26/06/2007, proc. 843/07-1, rel. Guilhermina Freitas.

⁸¹ Cfr. ac. do TRC de 01/06/2022, proc. 152/21.6GGCBR-A. C1, rel. Alcina da Costa Ribeiro.

⁸² Ac. do TRC de 26/02/2014, proc. 559/12.0GBOBR-A.C1, rel. Fernando Chaves; do TRC de 12/10/2022, proc. 538/22.9JALRA.C1, rel. Paulo Guerra; do TRP de 07/12/2022, proc. 5011/22.2JAPRT-A.P1, rel. Pedro Vaz Pato; do TRP de 01/02/2023, proc. 2748/22.0JAPRT-A.P1, rel. João Pedro Pereira Cardoso.

Em defesa desta posição recorrem ao art. 6.º, n.º 7 da Lei n.º 41/2004 que estabelece que é possível obter dados de tráfego, conservados no âmbito desta lei, “com vista à resolução de litígios, em especial daqueles relativos a interligações ou à faturação”, sufragando o entendimento de que esta disposição determina que apenas é possível utilizar tais dados em ações cíveis respeitantes a litígios sobre a faturação. Temos as nossas dúvidas quanto a esta interpretação, porquanto entendemos que esta norma se limita a consagrar a possibilidade de utilização dos dados para prova nos tribunais, não afastando do seu âmbito as ações penais.

Quanto ao art. 1.º, n.º 4 – que dispõe que “as exceções à aplicação da presente lei que se mostrem estritamente necessárias para a proteção de atividades relacionadas com a segurança pública, a defesa, a segurança do Estado e a prevenção, investigação e repressão de infrações penais são definidas em legislação especial” –, esta corrente jurisprudencial interpreta-o no sentido de que afasta do âmbito de aplicação desta Lei a investigação e repressão de crimes, as quais são definidas em legislação especial. O ac. do TC n.º 486/2009, quanto a esta disposição, esclareceu que “a Lei n.º 41/2004 *não prejudica* a possibilidade de existência de legislação especial que restrinja a sua aplicação no que respeita à inviolabilidade das comunicações, nomeadamente para efeito de investigação e repressão de infrações penais” (sublinhado nosso). Deste modo, na senda do entendimento de RUI CARDOSO, esse artigo exprime somente que “podem existir outras exceções (aos limites de conservação definidos nesta lei) previstas em legislação especial (tendo como fundamento exclusivo a segurança pública, a defesa, a segurança do Estado e a prevenção, investigação e repressão de infracções penais, e não, como estas, o interesse dos fornecedores de serviços)”⁸³ e não que há uma limitação à utilização dos dados conservados no âmbito da Lei n.º 41/2004 para efeitos de investigação penal.

Não consideramos que, ao utilizar os dados armazenados ao abrigo da Lei n.º 41/2004, se está a lesar o ac. do TC n.º 268/2022 ou os acs. do TJUE por ele invocados⁸⁴.

Os acs. *Tele2* e *La Quadrature du Net* do TJUE que versaram sobre a Diretiva 2002/58/CE (transporta para o nosso ordenamento jurídico pela Lei n.º 41/2004), discutiram apenas a possibilidade de, ao abrigo do seu art. 15.º, n.º 1, poderem os Estados-Membros impor às operadoras de comunicações eletrónicas uma conservação generalizada e indiferenciada de todos os dados, para efeitos de luta contra a

⁸³ RUI CARDOSO, “A conservação e a utilização probatória de metadados de comunicações electrónicas após o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022 – o que nasce torto...”, p. 64.

⁸⁴ Ou nos termos do ac. do TRP de 07/12/2022, proc. 5011/22.2JAPRT-A.P1, rel. Pedro Vaz Pato, que estaríamos a “deixar entrar pela janela” aquilo a que o ac. do TC n.º 268/2022 “fechou a porta”.

criminalidade. Destarte, nunca foi objeto de censura por esse tribunal a admissibilidade de armazenamento destes dados para fins de faturação, nem a admissibilidade de posterior utilização desses dados para prova em processo penal.

Já o TC apreciou, nem direta, nem indiretamente, a conformidade constitucional de as operadoras poderem conservar os metadados como a Lei n.º 41/2004 o permite.

Recorde-se que a declaração de inconstitucionalidade do art. 4.º da Lei n.º 32/2008 tem como essência a forma encontrada pelo legislador europeu e nacional para operacionalizar a obtenção de dados de tráfego no âmbito da investigação de crimes graves: a criação de um arquivo geral e sem limitações. Contudo, não é isso que decorre do regime de conservação da Lei n.º 41/2004. Com efeito, esta lei não determina que todos os dados devem ser armazenados pelo prazo de seis meses pelas operadoras, “apenas refere que lhes é lícito conservar os que sejam necessários ao exercício do direito do consumidor à faturação detalhada e correspondente exercício do direito de cobrança do operador. Ora, os concretos dados que permitem a execução desses direitos dependem do interesse e posicionamento de mercado de cada operador, pelo que nem todos os dados necessários à prova em processo penal [vão] ser, nesta vertente interpretativa, conservados”⁸⁵. Assim, na Lei n.º 41/2004 não há uma conservação geral e indiscriminada de dados em relação a todas as pessoas, exclusivamente para efeitos de investigação criminal, criticada pelo TJUE e TC, mas apenas uma conservação de dados que relevam para fins de faturação. Note-se que alguns destes dados têm valor comercial residual, não sendo conservados pelas operadoras. Assim, o recurso à Lei n.º 41/2004 pode revelar-se uma solução precária no que toca à prova em processo penal.

No que diz respeito ao prazo de conservação, o juízo de inconstitucionalidade não versou sobre a adequação do prazo de 6 meses para a conservação de dados, nem poderia fazê-lo relativamente à Lei n.º 41/2004 que estabelece tal prazo para a finalidade de faturação e pagamento⁸⁶.

Já quanto à territorialidade dos dados, apesar da Lei n.º 41/2004 não regular expressamente esta matéria, a verdade é que atualmente encontra-se definida no RGPD, nos arts. 44.º a 50.^{o87}. Sendo de realçar que, não se tratando de conservação de dados realizada para efeitos de prevenção, investigação, deteção e repressão de infrações penais ou da execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à

⁸⁵ CARLOS PINHO, “Lei de retenção de dados de comunicações eletrónicas: aposentar ou reformar?”, p. 171.

⁸⁶ RUI CARDOSO, “A conservação e a utilização probatória de metadados de comunicações electrónicas após o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022 – o que nasce torto...”, p. 69.

⁸⁷ Cfr. Voto de vencido do Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro no ac. do TC n.º 268/2022.

segurança pública, não é de aplicar a exclusão de aplicação do RGPD prevista no seu art. 2.º, n.º 2, al. d), *i.e.*, o RGPD é aplicável a estas bases de dados.

O ac. do TRC de 12/10/2022⁸⁸ vem ainda argumentar que “permitir o acesso e valoração no processo penal de metadados obtidos e tratados para efeitos de faturação entre cliente e operadora é o mesmo que consentir na sua utilização para uma finalidade diferente daquela para a qual foram conservados, defraudando o âmbito de regulamentação prevista na citada Lei 41/2004, para acudir – atalhando – ao propósito da investigação criminal”. Não entendemos que isto seja um entrave, já que, como aponta o ac. do TRP de 29/03/2023⁸⁹, o próprio TC já se pronunciou em sentido favorável noutros casos em que foram utilizadas bases de dados informáticas existentes para fins diferentes da prova em processo penal. Neste sentido, *vide v.g.* o ac. do TC n.º 213/2008. *In casu*, o TC admitiu a junção ao processo criminal de provas documentais relativas a listagens de passagens de um veículo automóvel nas portagens das autoestradas, que foram registadas pelo sistema de identificador da “Via Verde”, armazenadas numa base de dados informatizada.

Sublinhamos que o acesso a dados de tráfego conservados pelas operadoras de comunicações eletrónicas para efeitos de faturação é admitido pela CNPD, que no seu parecer à Proposta de Lei 11/XV/1 destaca que “a finalidade de investigação e repressão criminal é em si mesma uma finalidade de interesse público que pode legitimar a reutilização de dados pessoais”⁹⁰. Ademais, foi ainda recentemente admitido pelo STJ⁹¹.

Por fim, cumpre mencionar que a preservação expedita (*quick-freeze*) de dados, prevista no art. 12.º LCC, não se confunde com a conservação de dados. A preservação expedita visa impedir a destruição de dados informáticos específicos armazenados num sistema informático, quando exista receio de que possam perder-se, alterar-se ou deixar de estar disponíveis. Aplica-se a qualquer tipo de dados informáticos, incluindo, pois, os dados de tráfego e de localização. Assim, a preservação é uma medida reativa, enquanto a conservação é preventiva.

⁸⁸ Proc. 538/22.9JALRA.C1, rel. Paulo Guerra.

⁸⁹ Proc. 47/22.6PEPRT-Z.P1, rel. Maria Joana Grácio.

⁹⁰ Parecer/2022/50 da CNPD, disponível em <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?>

⁹¹ Ac. do STJ de 13/04/2023, proc. 390/16.3TELSB-A.S1, rel. Orlando Gonçalves.

Em suma, apesar do decidido pelo TC no seu ac. n.º 268/2022, não julgamos que exista um impedimento a que os operadores de comunicações eletrónicas forneçam às autoridades competentes os dados que conservam nos termos da Lei n.º 41/2004⁹².

Assim, é possível aceder, para fins de investigação criminal, aos dados tráfego conservados à luz da Lei n.º 41/2004 pelos operadores de comunicações, num período de 6 meses após as comunicações, mas, pelos motivos apresentados *supra*, já não de localização. É ainda possível aceder aos dados de base (incluindo os dados relacionados com o IP)⁹³, no entanto, como tais dados não estão previstos no âmbito dos arts. 4.º, n.º 2 e 6.º, n.º 1, não se afigura necessário que a sua obtenção se mostre sujeita ao prazo de 6 meses⁹⁴.

3.1.2. Fundamento para obtenção de metadados diverso do art. 9.º da Lei n.º 32/2008

Cabe-nos, agora, averiguar a existência de fundamento para a obtenção e utilização probatória dos metadados, depois da declaração de inconstitucionalidade que incidiu sobre o art. 9.º da Lei n.º 32/2008.

Em primeiro lugar, há que ponderar se alguma das normas da LCC poderá constituir fundamento normativo para acesso a tais dados.

A LCC transpôs para a ordem jurídica interna a Decisão-Quadro n.º 2005/222/JAI, do Conselho, de 24 de fevereiro, relativa a ataques contra sistemas de informação, e adaptou o direito interno à Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa. A referida Lei estabelece disposições penais, materiais e processuais, no domínio do cibercrime, bem como disposições relativas à cooperação internacional em matéria penal

⁹² Neste sentido, acs. do TRL de 26/01/2022, proc. 849/20.8PBCSC.L1-9, rel. Bráulio Martins, do TRG 02/05/2023, proc. 12/23.6 PBGM-R-A.G1, rel. Armando Azevedo e o já citado ac. do TRP de 29/03/2023, proc. 47/22.6PEPRT-Z.P1, rel. Maria Joana Grácio.

⁹³ O STJ, no ac. de 06/09/2022, proc. 4243/17.0T9PRT-K.S1, rel. Teresa de Almeida, decidiu que os dados identificativos do titular de IP que assumem um carácter permanente e que resultam dos elementos contratuais celebrados pelo cliente com a fornecedora de serviço de telecomunicações, nada têm que ver com dados relativos às comunicações eletrónicas em si mesmo consideradas. Não respeitando estes dados a comunicações efetuadas, tratadas e armazenadas ao abrigo da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, mas a elementos contratuais com carácter permanente que podem ser obtidos independentemente de qualquer comunicação, a sua obtenção pelas autoridades judiciárias cai fora do âmbito deste diploma e da declaração de inconstitucionalidade do ac. do TC. Contudo, no ac. do STJ de 13/04/2023, proc. 390/16.3TELSB-A.S1, rel. Orlando Gonçalves, admite-se a possibilidade de se considerar que tais dados encontram-se abrangidos pela Lei n.º 32/2008, em virtude de constarem dos dados conservados ao abrigo da Lei n.º 32/2008, nos termos do seu art. 4.º. Acaba por concluir que admite a sua conservação e obtenção com fundamento no regime da Lei n.º 41/2004 (quanto à sua conservação, sem sujeição a qualquer prazo) e no art. 14.º, n.º 4 da LCC (quanto à sua obtenção).

⁹⁴ Cfr. ac. do STJ de 13/04/2023, proc. 390/16.3TELSB-A.S1, rel. Orlando Gonçalves.

no mesmo domínio. No que toca a comunicações/conversações através da utilização de sistema informático que geram dados informáticos, a LCC estabelece as diretrizes.

Após o surgimento da LCC em 2009, houve quem defendesse que este ato legislativo tinha revogado art. 3.º, n.ºs 1 e 2 e o art. 9.º da Lei n.º 32/2008, passando a ser o fundamento para a obtenção de dados de tráfego e de localização celular. A Lei n.º 32/2008 só sobrevivia naquilo que não foi expressamente regulado pela LCC⁹⁵. Seguindo esta interpretação, a declaração de inconstitucionalidade do art. 9.º em nada prejudicaria o acesso a estes dados, pois, desde 2009, que o fundamento convocável para a obtenção destes dados seria a LCC.

Para PAULO DÁ MESQUITA o fundamento para a obtenção de dados de tráfego e de localização passou a constar do art. 14.º da LCC. No seu n.º 1, prevê-se a possibilidade de a autoridade judiciária competente ordenar a quem tenha disponibilidade ou controlo de dados informáticos, específicos e determinados, armazenados num determinado sistema informático, incluindo os fornecedores de serviços⁹⁶, que os comunique ao processo ou que permita o acesso aos mesmos. Contudo, o n.º 4 do art. 14.º prevê expressamente que os dados relativos aos clientes ou assinantes não podem incluir dados relativos ao tráfego ou ao conteúdo⁹⁷ e, portanto, esta disposição é inaplicável à obtenção de dados de tráfego. Entendemos que resulta desta exclusão que as informações solicitadas através da injunção prevista neste normativo se reportam a dados de base. Por conseguinte, o art. 14.º, n.ºs 1 e 4, al. b) da LCC constitui hoje o fundamento normativo para a obtenção dos dados de base, incluindo os dados de acesso (IP)⁹⁸. Tais dados são admissíveis para a prova dos crimes que se incluam na previsão do art. 11.º, n.º 1 da LCC,

⁹⁵ Neste sentido, DUARTE RODRIGUES NUNES, “Impedirá o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022 a obtenção e a valoração, para fins de investigação criminal, de metadados conservados pelos fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas ao abrigo da lei atualmente em vigor?”, p. 17 (nota 5) e PAULO DÁ MESQUITA, *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, Coimbra Editora, 2010, pp. 113-114, bem como na jurisprudência cfr. Acórdãos do TRC de 26/02/2014, proc. 559/12.0GBOBR-A.C1, rel. Fernando Chaves e do TRE de 20/01/2015, proc. 648/14.6GCFAR-A.E1, rel. João Gomes de Sousa.

⁹⁶ De acordo com o art. 2.º, al. d) da LCC, o fornecedor de serviço será “qualquer entidade, pública ou privada, que faculte aos utilizadores dos seus serviços a possibilidade de comunicar por meio de um sistema informático, bem como qualquer outra entidade que trate ou armazene dados informáticos em nome e por conta daquela entidade fornecedora de serviço ou dos respectivos utilizadores”.

⁹⁷ Neste sentido, RUI CARDOSO, “A conservação e a utilização probatória de metadados de comunicações electrónicas após o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022 – o que nasce torto...”, p. 50. No mesmo sentido, ANTÓNIO GAMA [et al.], *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2021, p. 842.

⁹⁸ Entendimento expresso nos acs. do STJ de 08/11/2022, proc. 107/13.4P6PRT-D.S1, rel. Conceição Gomes e de 13/04/2023, proc. 390/16.3TELSB-A.S1, rel. Orlando Gonçalves.

sem qualquer limitação de âmbito subjetivo, sendo no inquérito o MP a autoridade judiciária competente para proferir a injunção aí prevista⁹⁹.

Retomando a aferição do fundamento normativo para a obtenção de dados de tráfego, DUARTE RODRIGUES NUNES defende que o acesso a estes dados estaria previsto no art. 18.º da LCC¹⁰⁰. RUI CARDOSO contraria este entendimento, sustentando que “dos n.ºs 2 e 4 do artigo 18.º resulta claro que o que está em causa é a interceptação e gravação de dados que estão em transmissão, não se aplicando a dados armazenados. Interceptar é o acto de aceder e conhecer o conteúdo da comunicação; gravar é o de registar para posterior utilização probatória o conteúdo e metadados dessa comunicação que está a ser transmitida. O legislador da LCC seguiu os verbos que o CPP desde sempre utilizou no n.º 1 do artigo 187.º: interceptar e gravar” e defendendo ainda que “os procedimentos previstos no artigo 188.º, aplicáveis por força do disposto no n.º 4 do artigo 18.º da LCC, apenas se justificam por estar em causa interceptação de dados que estão em transmissão”¹⁰¹. EDUARDO MAIA COSTA também defende que a previsão do art. 18.º se reporta exclusivamente às intercepções de comunicações em tempo real, argumentando que a “Convenção do Conselho da Europa sobre Cibercrime (...) no seu artigo 19.º consagra a busca e apreensão de dados informáticos armazenados, o que corresponde aos artigos 15.º a 17.º da Lei 109/2009. Nos artigos 20.º e 21.º a Convenção prevê e regula a recolha, em tempo real, de dados informáticos de tráfego (artigo 20.º) e de conteúdo (artigo 21.º), que correspondem ao artigo 18 da lei nacional”¹⁰². A maior parte da jurisprudência partilha também deste entendimento¹⁰³.

⁹⁹ RUI CARDOSO, “A conservação e a utilização probatória de metadados de comunicações electrónicas após o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022 – o que nasce torto...”, p. 54. Na “Nota Prática n.º 8/2016 de 18 de fevereiro de 2016” sobre Pedido de dados a operadores de comunicações, p. 3, (disponível em

https://cibercrime.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/nota_pratica_8_pedido_de_info_a_isp.pdf, consultado em 19/05/2023) o Gabinete de Cibercrime da PGR entendia já antes do ac. n.º 268/2022 do TC que o fundamento para a obtenção destes dados de base era o referido art. 14.º da LCC.

¹⁰⁰ No mesmo sentido, recentemente na jurisprudência, veja-se o voto de vencido de Alcina da Costa Ribeiro no ac. TRC de 12/10/2022, proc. 538/22.9JALRA.C1, rel. Paulo Guerra.

¹⁰¹ RUI CARDOSO, “A conservação e a utilização probatória de metadados de comunicações electrónicas após o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022 – o que nasce torto...”, pp. 55-56.

¹⁰² ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR [et al.], *Código de Processo Penal Comentado*, p. 788. No mesmo sentido, PEDRO DIAS VENÂNCIO, *Lei do Cibercrime. Anotada e Comentada. Atualizada pela Lei n.º 79/2021, de 24 de novembro*, Editora d’Ideias, Coimbra Editora, 2023, p. 196 e RITA CASTANHEIRA NEVES, *As ingerências das comunicações electrónicas*, Coimbra Editora, 2011, p. 278.

¹⁰³ Cfr. Acórdãos do TRP de 01/02/2023, proc. 2748/22.0JAPRT-A.P1, rel. João Pedro Pereira Cardoso, do TRE de 20/01/2015, proc. 648/14.6GCFAR-A.E1, rel. João Gomes de Sousa, do TRC de 12/10/2022, proc. 538/22.9JALRA.C1, rel. Paulo Guerra.

Pelo exposto, julgamos que nenhum dos normativos da LCC constitui fundamento para a obtenção de dados de tráfego e localização conservados pelas operadoras de comunicações.

Em segundo lugar, há que averiguar se o fundamento poderá encontrar-se consagrado no art. 189.º, n.º 2 do CPP.

Preliminarmente, é importante salientar desde já que até à reforma do CPP em 2007 não existia qualquer regulamentação expressa sobre o acesso a dados de tráfego e localização celular conservados. Não obstante, surgiram decisões que determinaram a sua obtenção, por meio de autorização judicial, com fundamento na apreciação conjugada dos arts. 187.º, 190.º e 269.º, n.º 1, al. c) do CPP (redação então vigente), respeitantes ao regime das escutas telefónicas¹⁰⁴.

No momento da revisão do CPP introduzida pela Lei n.º 48/2007, o legislador consagrou uma nova redação do art. 189.º, denominado “casa dos horrores hermenêuticos” por COSTA ANDRADE¹⁰⁵, sob a epígrafe “Extensão”, que estatuiu no seu n.º 1 “o disposto nos artigos 187.º e 188.º é correspondentemente aplicável às conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone, designadamente correio electrónico ou outras formas de transmissão de dados por via telemática, mesmo que se encontrem guardadas em suporte digital, e à interceptação das comunicações entre presentes” e no seu n.º 2 “a obtenção e junção aos autos de dados sobre a localização celular ou de registos da realização de conversações ou comunicações só podem ser ordenadas ou autorizadas, em qualquer fase do processo, por despacho do juiz, quanto a crimes previstos no n.º 1 do artigo 187.º e em relação às pessoas referidas no n.º 4 do mesmo artigo”. A partir deste momento, havia quem recorresse a este n.º 2 para aceder a dados de tráfego armazenados.

Em 2008, entrou em vigor a Lei dos Metadados que passou a ser a justificação tanto para a conservação como para a transmissão de metadados, com autorização do juiz e relativamente aos crimes tipificados nessa lei. Destaca-se que, como já mencionado, existem crimes que integram o catálogo de crimes das escutas telefónicas, no art. 187.º, n.º 4, mas que não integram a definição de crimes de catálogo da Lei n.º 32/2008, ou seja,

¹⁰⁴ Cfr., por exemplo, Acórdãos do TRL de 31/08/1999, proc. 0056965, rel. Carmona da Mota; de 10/12/2003, proc. 8673/2003-3, rel. Maria Isabel Duarte e de 23/06/2004, proc. 5845/2004-3, rel. Clemente Lima.

¹⁰⁵ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Bruscamente no Verão Passado, A Reforma do Código de Processo Penal: Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra Editora, 2009, p. 185.

existe um catálogo de crimes menos restrito para a interceção e gravação do conteúdo das comunicações em tempo real do que para situações em que se pretende obter dados de contexto pretéritos. Neste âmbito, surgiu a dúvida se era ou não admissível para prova dos crimes que não integram o elenco da Lei n.º 32/2008, mas que são “escutáveis”, a obtenção de dados de tráfego com fundamento no art. 189.º, n.º 2 (e conservados ao abrigo da Lei n.º 41/2004). Ora sucedeu que a resposta dada a esta questão não foi uniforme¹⁰⁶.

Já quanto à aferição se o art. 189.º, n.º 2 constitui a norma-fundamento para obtenção de dados de tráfego há que atentar que, por um lado, há quem defenda que a entrada em vigor da Lei n.º 32/2008, revogou, tacitamente, parcelas do art. 189.º, n.º 2, e, por outro, há quem sustente que estas normas têm campos de aplicação distintos e, portanto, não ocorreu revogação.

Quanto à primeira posição, parte da doutrina¹⁰⁷ e jurisprudência¹⁰⁸ defendem que o n.º 2 do art. 189.º nunca dizendo respeito à interceção e gravação de dados de tráfego em tempo real, sempre se aplicou apenas à obtenção de dados conservados.

Em primeiro lugar, porque, atendendo à letra da lei, este n.º 2 emprega a expressão “obtenção e junção”, que não se confunde com “interceção”.

Em segundo lugar, por se considerar que a verdadeira extensão do regime de interceção das comunicações telefónicas, a que faz alusão a epígrafe do art. 189.º, encontra-se apenas consagrada no seu n.º 1 (extensão do regime das escutas às comunicações feitas por outros meios técnicos), visto que é esse número que faz referência explícita ao art. 188.º, que é onde estão definidos os procedimentos da execução e controlo das interceções. Por sua vez, o n.º 2 não prevê “a aplicabilidade do disposto no art. 188.º – o que sempre seria indispensável caso se tratasse de interceções. Além disso, não prevê qualquer limitação à fase de inquérito para o acesso a esses dados, o que, mais uma vez, teria de fazer, à semelhança do que então foi inserido no n.º 1 do

¹⁰⁶ Considerando que era possível recorrer ao 189.º, n.º 2 quando estavam em causa crimes abrangidos pelo catálogo do art. 187.º, n.º 1, mas não pelo art. 2.º, n.º 1, al. g) da Lei n.º 32/2008, veja-se, por exemplo, o ac. do TRE de 28/02/2012, proc. 15/11.3JALRA-B.E1, rel. Sénio Alves; TRC de 01/06/2022, proc. 152/21.6GGCBR-A. C1, rel. Alcina da Costa Ribeiro e, na doutrina, CARLOS PINHO, “Lei de retenção de dados de comunicações eletrónicas: aposentar ou reformar?”, p. 170. Já entendendo que tal não era possível cfr., por exemplo, acs. do STJ de 06/09/2022, proc. 618/16.0SMPRT-B.S1, rel. Ernesto Vaz Pereira; do TRE de 08/10/2019, proc. 180/19.1GHSTC.E1, rel. José Proença da Costa e do TRP de 04/12/2019, proc. 463/18.8PASTS-A.P1, rel. Moreira Ramos.

¹⁰⁷ RUI CARDOSO, “A conservação e a utilização probatória de metadados de comunicações electrónicas após o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022 – o que nasce torto...”, p. 44.

¹⁰⁸ Neste sentido, na jurisprudência, veja-se ac. do TRP de 29/03/2023, proc. 47/22.6PEPRT-Z.P1, rel. Maria Joana Grácio, do TRL de 22/02/2023, proc. 495/22.1JAFUN-A.L1-5, rel. Alda Tomé Casimiro.

art. 187.º para as escutas, se se tratasse de interceção (devido à óbvia ineficácia de medida dessa natureza quando o processo não está em segredo de justiça)”¹⁰⁹.

De acordo com este entendimento, quando a Lei n.º 32/2008 entrou em vigor, revogou tacitamente¹¹⁰ este art. 189.º, n.º 2, porquanto a matéria de obtenção de dados de tráfego conservados, regulada neste normativo, passou a estar regulada pelo art. 9.º daquela Lei. Houve ainda quem entendesse que esta revogação tinha sido apenas parcial (derrogação) e que esta norma permitia ainda a recolha de dados de tráfego conservados em relação aos crimes do art. 187.º, n.º 1 do CPP que não se encontram previstos no catálogo de crimes da Lei n.º 32/2008¹¹¹.

Uma outra parte da doutrina¹¹² e da jurisprudência¹¹³ entende que o art. 189.º, n.º 2, antes da entrada em vigor da Lei n.º 32/2008, abrangia o acesso a dados de tráfego, quer armazenados, quer em tempo real. Assim, a Lei n.º 32/2008 veio derrogar tacitamente o art. 189.º, n.º 2 do CPP, sendo que a redação útil daquele normativo passou a dizer respeito à recolha de dados de tráfego obtidos em tempo real.

Nos termos do art. 282.º, n.º 1, *in fine* da CRP, a declaração de inconstitucionalidade com eficácia obrigatória geral acarreta a repristinação da norma ou regime eventualmente revogados pela norma ou normas declaradas inconstitucionais, sendo este um efeito direto da inconstitucionalidade¹¹⁴.

Independentemente de se entender que o art. 189.º, n.º 2 do CPP sempre disse respeito apenas ao acesso a dados conservados ou que naquele preceito cabe também o acesso a dados de tráfego em tempo real, ora se se sufragar a posição que admite que a Lei n.º 32/2008 revogou o art. 189.º, n.º 2, quando as normas dos arts. 4.º, 6.º e 9.º da Lei n.º 32/2008 são declaradas inconstitucionais com eficácia *erga omnes*, ocorre a repristinação

¹⁰⁹ RUI CARDOSO, “A conservação e a utilização probatória de metadados de comunicações electrónicas após o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022 – o que nasce torto...”, pp. 44-45.

¹¹⁰ Cumpre esclarecer que a revogação tácita ocorre “quando resulta da incompatibilidade entre as disposições novas e as antigas, ou ainda quando a nova lei regula toda a matéria da lei anterior – substituição global” (cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1990, pp. 165-166).

¹¹¹ Por exemplo, RUI CARDOSO, “A conservação e a utilização probatória de metadados de comunicações electrónicas após o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022 – o que nasce torto...”, p. 59 (nota 61).

¹¹² ANTÓNIO GAMA [*et al.*], *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, pp. 842 e ss e JOÃO CONDE CORREIA, “Prova digital: as leis que temos e a lei que devíamos ter”, p. 36.

¹¹³ Cfr., por exemplo, ac. do TRE de 20/01/2015, proc. 648/14.6GCFAR-A.E1, rel. João Gomes de Sousa, TRP de 04/12/2019, proc. 463/18.8PASTS-A.P1, rel. Moreira Ramos, TRP de 20/11/2019, proc. 54/19.6GDSTS-A.P1, rel. Borges Martins e do TRC de 23/11/2022, proc. 141/22.3GCLRA-A.C1, rel. Jorge Jacob.

¹¹⁴ Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, pp. 975-976.

desse art. 189.º, n.º 2 do CPP¹¹⁵. Assim, de acordo com este entendimento, após o Ac. TC n.º 268/2022, o art. 189.º, n.º 2 do CPP poderia constituir a norma-fundamento para obtenção de dados de tráfego conservados.

Relativamente à segunda posição, que determina que a Lei n.º 32/2008 e o art. 189.º, n.º 2 do CPP têm campos de aplicação distintos, há então uma corrente que sustenta que o referido art. 189.º, n.º 2 sempre abrangeu somente os dados de tráfego obtidos em tempo real e que a possibilidade de captação de dados de comunicação conservados encontra-se apenas na Lei n.º 32/2008¹¹⁶. Ora o regime jurídico das escutas telefónicas (que consiste na interceção de dados de conteúdo) tem como fundamento os arts. 187.º e 188.º do CPP, e com a Lei n.º 48/2007, que procedeu à revisão do CPP, o legislador veio estender esse regime às comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone (n.º 1) e aos dados de tráfego (n.º 2).

TIAGO CAIADO MILHEIRO sublinha que a “não menção (expressa) no art. 189.º, n.º 2 ao demais regime do art. 187.º (n.ºs 2, 3, 5 a 8) e 188.º não deverá interpretar-se com uma vontade de excluí-lo. A intenção legislativa terá sido salientar a necessidade da reserva de juiz, existência de crimes catálogo e delimitação de pessoas em relação às quais se poderão realizar essas interceções em termos idênticos à interceção de dados de conteúdo”¹¹⁷.

Deste modo, estas normas teriam campos de aplicação distintos, encontrando-se simultaneamente em vigor, não ocorrendo, portanto, qualquer revogação ou derrogação do art. 189.º, n.º 2 pela Lei n.º 32/2008.

Nesta linha de entendimento, segundo o ac. do TRC de 12/10/2022, “caso fosse intenção da Lei n.º 32/2008, revogar o regime do CPP, face ao melindre da matéria a disciplinar e em obediência à boa hermenêutica, o legislador tê-lo-ia dito de forma

¹¹⁵ Daí termos dificuldades em perceber o raciocínio levado a cabo pelo ac. do TRP de 07/09/2022, proc. 877/22.9JAPRT-A.P1, rel. José António Rodrigues da Cunha, quando admite que “com a entrada em vigor da Lei n.º 32/2008, de 17.07, ficou, no que concerne aos dados conservados, revogado o regime processual penal previsto nos art.ºs 187.º a 189.º do CPP”, mas acaba por concluir que “o regime dos art.ºs 187.º a 189.º do CPP não é aplicável aos dados abrangidos pela Lei n.º 32/2008, pelo que carece de fundamento a argumentação desenvolvida pelo recorrente. A tal não obsta a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas constantes dos art.ºs 4.º, 6.º e 9.º da referida Lei”. Ora, se se entender que a Lei n.º 32/2008 revogou parcelas do art. 189.º, n.º 2 do CPP (passando a regular-se por esta lei o acesso a dados de tráfego conservados, anteriormente regulado pelo art. 189.º, n.º 2), quando as normas da Lei n.º 32/2008 são declaradas inconstitucionais, não deverá ocorrer o efeito direto de repristinação do art. 189.º, n.º 2? Entendemos que sim.

¹¹⁶ Ac. nesse sentido ac. do TRP de 07/12/2022, proc. 5011/22.2JAPRT-A.P1, rel. Pedro Vaz Pato e do TRC de 12/10/2022, proc. 538/22.9JALRA.C1, rel. Paulo Guerra. Na doutrina, ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR [et al.], *Código de Processo Penal Comentado*, p. 782.

¹¹⁷ ANTÓNIO GAMA [et al.], *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, p. 843.

expressa e categórica, em homenagem às exigências de segurança e certeza na aplicação do direito”. Acresce ainda segundo este aresto que a Lei n.º 32/2008 tem “um objecto bem definido, certo e seleccionado, bem diferente, da previsão legal do artigo 187º, n.º 1 do CPP, que prevê e faz expressa alusão a alguns crimes que não serão propriamente socialmente graves. Como não existe qualquer identidade formal ou material entre a previsão legal do artigo 2º n.º 1 alínea a) da Lei n.º 32/2008 e o catálogo de crimes delineado no artigo 187º, n.º 1 e 189º, do CPP - com a "virtual" excepção da alínea b) do artigo 187º, n.º 1 -, razão pela qual, sendo estruturalmente diferentes as matérias e ilícitos focalizados, não se poderá afirmar, que aquele regime revogou este último”¹¹⁸.

Destarte, e seguindo este entendimento, após o ac. do TC n.º 268/2022, não era possível obter dados de tráfego com base no art. 189.º, n.º 2 do CPP.

Tal como já adiantámos, todas estas posições divergentes têm a sua génese na redacção pouco clara do art. 189.º, n.º 2 do CPP. Com efeito, desde a sua entrada em vigor que este normativo deixa atrás de si um rasto de diferentes interpretações. Descortinar o verdadeiro sentido do n.º 2 seria um primeiro passo para determinar se atualmente, após a declaração de inconstitucionalidade da norma do art. 9.º da Lei n.º 32/2008, é possível obter dados de tráfego armazenados com base neste preceito.

Não nos opomos à possibilidade de obtenção de dados de tráfego em tempo real com base no art. 189.º, n.º 2 do CPP, mas já não conseguimos concordar com a posição que afirma que este normativo sempre abrangeu apenas a intercepção de dados de tráfego em tempo real. Para além da letra do n.º 2 do art. 189 do CPP fazer menção expressa à “junção e obtenção” de dados e não à sua “intercepção”, ao contrário dos arts. 187.º e 188.º, prevê ainda a obtenção em qualquer fase do processo, apontando no sentido de estar em causa um regime sobre dados armazenados. Se em fase de julgamento pode fazer sentido a obtenção de dados de tráfego e localização celular conservados, já não faz sentido a realização de intercepção desses dados em tempo real, pois a prova do julgamento respeita a factos pretéritos, aqueles que se encontram descritos na acusação.

Consideramos, assim, que é inquestionável que a Lei n.º 32/2008 modificou o campo de aplicação do art. 189.º, n.º 2 do CPP. Antes desta Lei entrar em vigor, era opinião dominante na *praxis* jurídica que este normativo legitimava o acesso a dados de tráfego conservados. A matéria que era por si regulada, passou a estar regulada por uma norma posterior – o art. 9.º da Lei n.º 32/2008 – ocorrendo, então, a sua revogação. A este

¹¹⁸ Cfr. Ac. do TRC de 12/10/2022, proc. 538/22.9JALRA.C1, rel. Paulo Guerra.

respeito, é indiferente considerar que ocorreu uma revogação parcial ou total do art. 189.º, n.º 2 do CPP, certo é que, nos termos do art. 282.º, n.º 1 da CRP, com a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral da norma do art. 9.º da Lei 32/2008 a norma do n.º 2 do art. 189.º do CPP foi ripristinada na sua plenitude, sendo esta a norma que permite a obtenção de dados de tráfego (apenas para a investigação dos crimes elencados no art. 187.º, n.º 1 do CPP) armazenados pelas operadoras de comunicações à luz da Lei n.º 41/2004. Tal possibilidade, porém, só é efetiva nos 6 meses subsequentes ao termo da comunicação em causa, porquanto findo tal prazo os referidos dados de tráfego são eliminados.

É certo que o TC considerou que o art. 9.º da Lei n.º 32/2008 é inconstitucional em virtude de não se prever a obrigatoriedade da notificação ao visado de que os dados conservados foram acedidos pelas autoridades de investigação criminal a partir do momento em que tal comunicação não seja suscetível de comprometer as investigações nem a vida ou integridade física de terceiros¹¹⁹. Todavia, atendendo à utilidade destes dados, tal poderá ser colmatado por via de, apesar de a lei o não prever, a autoridade judiciária notificar as pessoas cujos metadados tenham sido acedidos logo que essa notificação não seja suscetível de comprometer as investigações nem bens jurídicos, como a vida, integridade física ou a liberdade¹²⁰.

É importante deixar, por fim, assente que a declaração de inconstitucionalidade, operada pelo acórdão do TC a que vimos aludindo, não afetou os dados de tráfego obtidos em tempo real¹²¹. Por outras palavras, os dados de tráfego, que não estejam previamente conservados, podem ser obtidos ao abrigo dos arts. 187.º e 188.º do CPP, em relação a pessoas concretas, até porque, nas palavras do ac. do TC n.º 486/2009, a “interceção e gravação [do conteúdo] das conversações ou comunicações telefónicas incorpora

¹¹⁹ Não podemos deixar de mencionar que o regime das escutas telefónicas não prevê qualquer tipo de notificação aos visados, apesar de ser amplamente entendido que o acesso a dados de tráfego é “seguramente menos intrusivo na esfera da vida privada dos visados” (cfr. CARLOS PINHO, “Lei de retenção de dados de comunicações eletrónicas: aposentar ou reformar?”, p. 170) do que o acesso a dados de conteúdo.

¹²⁰ Já RUI CARDOSO defende que o vício de ausência de notificação ao titular dos dados visados no art. 189.º, n.º 2 não lhe pode ser apontado, pois “o regime das regras relativas à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, detecção, investigação ou repressão de infracções penais ou de execução de sanções penais, que naturalmente inclui os direitos de acesso dos titulares dos dados, está hoje na Lei 59/2019 (cf. artigos 13.º a 19.º). Não é matéria que caiba ao CPP” (cfr. “A conservação e a utilização probatória de metadados de comunicações electrónicas após o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022 – o que nasce torto...”, p. 70).

¹²¹ Neste sentido pronunciaram-se os acs. do TRP de 18/01/2023, proc. 47/22.6PEPRT-P.P1, rel. João Pedro Pereira Cardoso e de 08/02/2023, proc. 344/20.5IDPRT-A.P1, rel. Raul Esteves.

necessariamente uma facturação detalhada dessas comunicações, que é levada a cabo pelo órgão de polícia criminal interveniente e que se materializa no auto de gravação a juntar ao processo, o qual contém, relativamente ao aparelho de telefone escutado, além de outros dados, os números de telefone chamados, a data da chamada, a hora de início e a duração de cada chamada, isto é os elementos de tráfego cobertos pelo sigilo das telecomunicações constantes da facturação detalhada. Por outro lado, as referidas intercepções das comunicações telefónicas são sempre necessária e tecnicamente precedidas da localização celular do equipamento móvel em causa, sem a qual não pode haver estabelecimento e transmissão das comunicações”. Ou seja, uma vez que estes dados são obtidos sempre que se procede à intercepção do conteúdo das comunicações em tempo real, entendemos que se pode à obtenção de dados de tráfego, nos termos do art. 187.º e 188.º do CPP, mesmo que não se proceda à intercepção de dados de conteúdo. Está aqui em causa uma interpretação restritiva da norma do art. 187.º: quem pode o mais, *i.e.*, obter dados de conteúdo e dados de tráfego, pode o menos, *i.e.*, obter apenas dados de tráfego. Assim, não se trata de uma aplicação analógica de um meio de obtenção de prova, mas sim o mesmo meio de obtenção de prova com um âmbito mais restrito.

3.2. A proibição de prova decorrente da declaração de inconstitucionalidade emitida pelo Acórdão n.º 268/2022 nos processos pendentes

Existiam processos pendentes em que foram obtidos metadados conservados pelas operadoras de comunicações antes do ac. do TC n.º 268/2022, com recurso à Lei n.º 32/2008. Consequentemente, apesar de tais dados terem sido obtidos e transferidos, com base na Lei n.º 32/2008, e, portanto, de forma lícita, o juízo de inconstitucionalidade emitido pelo TC em abril de 2022 teve como consequência a eliminação das normas (*in casu*, arts. 4.º, 6.º e 9.º) que legitimavam a sua conservação e obtenção, deixando de existir base legal, desde o início da vigência da lei (em virtude do efeito retroativo da decisão do TC, nos termos do art. 282.º, n.º 1 da CRP), para tal.

Apesar de entendermos, tal como referido *supra*, que ainda é possível, na fase de recolha de prova, a conservação e obtenção de dados de base, com base na Lei n.º 41/2004 (quanto à sua conservação, sem sujeição a qualquer prazo) e no art. 14.º, n.º 4 da LCC (quanto à sua obtenção), e dos dados de tráfego, com fundamento na Lei n.º 41/2004 (quanto à sua conservação, no prazo de 6 meses) e no art. 189.º, n.º 2 do CPP (quanto à sua obtenção, dentro do prazo de conservação de seis meses), importa analisar as consequências para a prova por metadados já obtida previamente à declaração de

inconstitucionalidade, com recurso à Lei n.º 32/2008, que consta dos processos em curso.

Preliminarmente, afigura-se essencial proceder à distinção entre o que, nesta matéria, se trata de um meio de prova, da conservação de um eventual meio de prova e de um meio de obtenção de prova¹²². Os metadados são, em si mesmos, um meio de prova, em concreto, prova documental¹²³. Nos arts. 4.º a 8.º da Lei n.º 32/2008 encontra-se o regime de conservação dos metadados na posse dos operadores das comunicações que se traduz na conservação de possível meio de prova. Já nos arts. 9.º a 11.º do mesmo diploma é regulada a transmissão desses metadados conservados às autoridades competentes, traduzindo-se num meio de obtenção de prova¹²⁴.

Em matéria de acesso aos dados gerados e tratados no âmbito de uma comunicação eletrónica, há que ter em conta o respeito pela Lei Fundamental e, em particular, o direito fundamental à reserva da vida privada, tutelado no art. 26.º, n.º 1 CRP e, especificamente, no disposto no n.º 1 do art. 34.º da CRP, relativo à inviolabilidade do sigilo das comunicações, que abrange, não apenas conteúdo das comunicações, mas, de igual modo, o tráfego em si¹²⁵. O n.º 4 deste preceito acolhe o princípio da inviolabilidade dos meios

¹²² GERMANO MARQUES DA SILVA (*Curso de Processo Penal II*, 5.ª ed., Lisboa Verbo 2011, p. 280) procede à distinção entre meios de prova e meios de obtenção de prova numa dupla perspetiva: lógica e técnico-operativa. De acordo com o autor, “na perspectiva lógica os meios de prova caracterizam-se pela sua aptidão para serem por si mesmos fonte de convencimento, ao contrário do que sucede com os meios de obtenção da prova que apenas possibilitam a obtenção daqueles meios. Na perspectiva técnico-operativa os meios de obtenção da prova caracterizam-se pelo modo e também pelo momento da sua aquisição no processo, em regra nas fases preliminares, sobretudo no inquérito. Normalmente são modos de investigação para obtenção de meios de prova e por isso que o modo de sua obtenção seja particularmente relevante”.

¹²³ Nos termos art. 164.º, n.º 1 CPP, entende-se como documento “a declaração, sinal ou notação corporizada em escrito ou qualquer outro meio técnico, nos termos da lei penal”. A lei penal em causa é o art. 255.º, al. a) CP, que define documento com “a declaração corporizada em escrito, ou registada em disco, fita gravada ou qualquer outro meio técnico, inteligível para a generalidade das pessoas ou para um certo círculo de pessoas, que, permitindo reconhecer o emitente, é idónea para provar facto juridicamente relevante, quer tal destino lhe seja dado no momento da sua emissão, quer posteriormente; e bem assim o sinal materialmente feito, dado ou posto numa coisa ou animal para provar facto juridicamente relevante e que permite reconhecer à generalidade das pessoas ou a um certo círculo de pessoas o seu destino e a prova que dele resulta”.

¹²⁴ Entendimento expressamente consagrado nos ac. do TRC de 08/11/2017, proc. 380/17.9JACBR.C1, rel. Helena Bolieiro e do STJ de 06/09/2022, proc. 618/16.OSMPRT-B.S1, rel. Ernesto Vaz Pereira. Em sentido contrário, RUI CARDOSO, “A conservação e a utilização probatória de metadados de comunicações eletrónicas após o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022 – o que nasce torto...”, p. 35.

¹²⁵ Neste sentido, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 544. Em sentido contrário, MARIANA GOMES MACHADO, *O acesso aos metadados pelos serviços de informações da República Portuguesa à luz da Lei e da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 152 a 158. Já quanto aos dados de base, o TC, no ac. n.º 486/2009, socorrendo-se da doutrina sustentada por COSTA ANDRADE, estabelece que o sigilo das comunicações não se estende a esses dados pois “a pertinência dos dados à categoria e ao regime das telecomunicações pressupõe, em qualquer caso, a sua vinculação a uma concreta e efetiva comunicação – ao menos tentada/falhada – entre pessoas” (cfr. *Bruscamente no Verão Passado, A Reforma do Código de Processo Penal: Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente*, pp. 161 e 162), e acrescenta ainda que “a mera identificação do titular de um número fixo ou móvel, mesmo quando confidencial, surge com uma autonomia e com uma instrumentalidade relativamente às eventuais comunicações e, por isso mesmo, não pertence ao sigilo das

de comunicação privada, estabelecendo que as restrições a tal direito apenas podem ter lugar em matéria de processo criminal (e não para outros efeitos) e desde que previstas na lei (reserva de lei). O acesso a estes dados é também tutelado pelo art. 35.º, n.º 4 CRP¹²⁶, em relação ao qual o legislador constituinte proclamou que a proibição de acesso a dados pessoais, por terceiros, é relativamente absoluta, uma vez que esse acesso está previsto “em casos excepcionais previstos na lei”. No momento da densificação das “aberturas constitucionais” enunciadas, por implicarem uma restrição de direitos fundamentais, há que atender aos critérios de proporcionalidade constitucionalmente vigentes (art. 18.º, n.ºs 2 e 3 CRP)¹²⁷. Tais aberturas existem em prol do princípio da descoberta da verdade material e da realização da justiça¹²⁸.

Ademais, note-se que a CRP prescreve, no art. 32.º, n.º 8 como “nulas” todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa à integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou, com particular relevância para a questão que nos ocupa, nas telecomunicações. Este normativo plasma a ideia de que o processo criminal não se pode fazer valer de atos que ofendam direitos fundamentais básicos, encontrando limites no princípio da dignidade humana (art. 1.º CRP) e nos princípios fundamentais do Estado de direito democrático (art. 2.º CRP)¹²⁹, consagrando o instituto das chamadas *provas proibidas*.

Sem pretensão de exaustão, com o mero propósito de proceder a uma breve contextualização, deve assinalar-se que as proibições de prova “representam meios processuais de imposição da tutela de direitos materiais, constituindo limites à descoberta da verdade”¹³⁰. Convocando aqui os ensinamentos de PAULO DE SOUSA MENDES, com

comunicações, nem beneficia das garantias concedidas ao conteúdo das comunicações e aos elementos de tráfego gerados pelas comunicações propriamente ditas”. Em relação aos dados de base funcionam as normas relativas à tutela do segredo da prova documental (cfr. ANTÓNIO GAMA [et al.], *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, p. 842).

¹²⁶ No entendimento de BENJAMIM SILVA RODRIGUES, “o acesso aos dados gerados e tratados no âmbito de uma comunicação eletrónica mobilizavam uma outra tutela que não a da inviolabilidade do sigilo da correspondência e demais meios de comunicação privada, consagrada no artigo 34.º, n.ºs 1 e 4, da CRP (...), o acesso a estes dados (tráfego, localização e externos), gerados e tratados, coetânea ou simultaneamente, para permitirem as conversações e comunicações por meio das redes ou serviços de (tele)comunicações eletrónicas, contendiam com o direito à autodeterminação informacional, nos termos do artigo 35.º, n.º 1 da CRP 1976...” (*Da prova penal, Tomo II, Bruscamente... A(s) Face(s) Oculta(s) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal*, Rei dos Livros, 2010, p. 387).

¹²⁷ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, pp. 524 e ss, “[q]ualquer restrição de direitos, liberdades e garantias só é constitucionalmente legítima se [e]stiver suficientemente sustentada em lei da Assembleia da República ou em Decreto-Lei autorizado”.

¹²⁸ ANA RAQUEL CONCEIÇÃO, *Escutas Telefónicas – Regime Processual Penal*, Quid Juris? - Sociedade Editora, 2009, p. 68.

¹²⁹ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 524.

¹³⁰ GÖSSEL, *apud* MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades – Desconstrução de um Mito do Processo Penal*, Almedina, 2011, p. 291.

recurso a tal expressão pretende-se “referir que existem limitações à descoberta da verdade material no processo penal, que o Estado se impõe a si mesmo, em parte como forma de respeitar a esfera da personalidade do cidadão investigado, noutra parte também como forma de preservar certos interesses públicos”¹³¹. Nesta dialética, conclui-se que as linhas definidoras das proibições de prova consistem, por um lado, na proteção de violação dos direitos fundamentais, e por outro lado, numa verdadeira limitação à descoberta da verdade material.

O art. 126.º do CPP consagra nos n.ºs 1 e 2 o regime das provas absolutamente proibidas, esclarecendo que as provas obtidas mediante tortura, coação ou ofensa à integridade física ou moral da pessoa em geral não podem ser utilizadas. Estas dizem respeito aos direitos que a CRP consagra como sendo invioláveis (art. 25.º CRP). Já o art. 126.º, n.º 3 versa sobre provas relativamente proibidas, que se referem às provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações. Esta proibição é removida, e, portanto, as provas podem ser utilizadas, nos casos previstos na lei, *i.e.*, desde que respeitadas as regras estabelecidas na lei para a intromissão nos direitos tutelados ou com o acordo do respetivo titular dos direitos em causa. Estas proibições relativas de prova relacionam-se com os direitos que a CRP admite sejam limitados nos casos previstos na lei em matéria de processo penal (art. 26.º, 34.º, n.ºs 3 e 4 da CRP)¹³².

Como adiantámos, o acesso por parte das autoridades públicas aos metadados conservados pelas operadoras de comunicações trata-se, indubitavelmente, de uma intromissão na vida privada, especificamente nas comunicações, tutelada pelo art. 34.º, n.º 4 da CRP. Ora, o art. 126.º, n.º 3 do CPP apenas interdita as situações de intromissão abusiva.

Da decisão de inconstitucionalidade do ac. do TC n.º 268/2022 não decorre necessariamente o carácter proibido de qualquer prova assente em metadados. No entanto, é inegável que a declaração de inconstitucionalidade, por força do seu efeito retroativo, eliminou o título legal que legitimou, em certos processos, a conservação e subsequente acesso dos metadados armazenados, para efeitos de investigação criminal, estando em causa, portanto, um meio de obtenção de prova proibido nos termos do art. 123.º, n.º 3 do CPP. Este entendimento tem sido perfilhado pela jurisprudência¹³³.

¹³¹ PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, Almedina, 2013, p. 177.

¹³² GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal II*, p. 174.

¹³³ Neste sentido, a título de exemplo, acs. do TRE de 27/09/2022, proc. 1251/18.7PULSB.L1, Rel. Agostinho Torres, do TRL 25/10/2022, proc. 52/18.7GBSLV.E1, rel. Gomes de Sousa, do TRL de

É importante notar ainda que a doutrina processual penal das proibições de prova integra quer as proibições de produção de prova e a as proibições de valoração de prova. Esta é, como enuncia PAULO DE SOUSA MENDES a “melhor maneira de o legislador prevenir a tentação de obtenção das provas a qualquer preço, por parte das instâncias formais de controlo social”¹³⁴, uma vez que, mesmo que um meio de prova fosse ilicitamente obtido, não poderia ser utilizado probatoriamente. Em princípio, a consequência processual do reconhecimento do carácter proibido das provas devia ser a proibição de as mesmas serem utilizadas. Todavia, o Autor admite que possam existir proibições de produção de prova cuja violação não traz consigo qualquer consequência processual e, particularmente relevante neste contexto, proibições de valoração de prova estranhas à existência de qualquer vício na anterior produção de prova¹³⁵.

Assim, não olvidando que a declaração de inconstitucionalidade prevista no ac. n.º 268/2022 produz efeitos *ex tunc*, se na altura de acesso aos metadados nenhuma inconstitucionalidade havia sido decretada e somente em momento ulterior é que o TC veio modificar a situação, quando os metadados já tinham sido legitimamente obtidos, entendemos que está em causa uma proibição de valoração de prova. Dito de outro modo: quando a prova foi obtida havia enquadramento legal para tal, contudo, aquando da apreciação da validade da prova, tal enquadramento havia sido eliminado por força da declaração de inconstitucionalidade.

Existe assim uma proibição de prova ancorada na ilegítima intromissão das comunicações dos indivíduos, ficando “demonstrada, mais uma vez, a constante tensão dialéctica entre a protecção da reserva da intimidade da vida privada e os meios postos ao dispor da justiça penal para alcançar a descoberta da verdade material”¹³⁶.

3.3. As decisões já transitadas em julgado

Com a publicação do ac. do TC n.º 268/2022, uma das questões levantadas foi a de saber se a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, dos arts. 4.º,

26/01/2023, proc. 849/20.8PBCSC.L1-9, rel. Bráulio Martins e do TRE de 28/02/2023, proc. 661/17.1TELSB.E1, rel. Ana Bacelar.

¹³⁴ PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, p. 182.

¹³⁵ Um exemplo paradigmático desta situação é o caso de uma busca domiciliária legitimamente ordenada, mas que leva à apreensão de, por exemplo, um diário pessoal com escritos de conteúdo confessional. Apesar do regime da prova documental do CPP nada referir quanto à possibilidade de utilização de diários íntimos como meios de prova, o TC veio entender que não era lícito a sua valoração como meio de prova na “ausência de uma ponderação, efetuada à luz dos princípios da necessidade e da proporcionalidade, sobre o conteúdo, em concreto, desses diários” Cfr. Ac. do TC n.º 607/03.

¹³⁶ RITA CASTANHEIRA NEVES, *As ingerências nas comunicações electrónicas em Processo Penal*, p. 30.

6.º e 9.º da Lei n.º 32/2008, salvaguarda ou não, o caso julgado. Na tentativa de apurar a resposta a esta questão há que atentar, primeiramente, no art. 282.º da CRP.

De acordo com o seu n.º 1, a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral produz, em regra, efeitos *ex tunc*. Todavia, o n.º 3 ressalva o instituto do caso julgado¹³⁷. O fundamento desta solução reside no respeito pela autoridade própria dos tribunais, no princípio da separação de poderes e, essencialmente, na exigência de segurança jurídica¹³⁸. A este propósito, o TC, no seu ac. n.º 232/04, afirmou que “colocado entre dois campos de interesses opostos – de um lado a consideração do interesse da certeza e segurança jurídicas, a demandar o respeito pelo caso julgado, com a sua natureza definitiva, e do outro o interesse do respeito pela «legalidade» constitucional, a solicitar a reconstituição da ordem jurídica constitucional mediante o afastamento da norma que a violava e de todos os efeitos jurídicos produzidos à sua sombra – o legislador constitucional sobrepôs o primeiro ao segundo, pondo como limite ao efeito *ex tunc* da inconstitucionalidade a existência de caso julgado formado relativamente a situação em que tenha ocorrido a aplicação da norma declarada inconstitucional”.

A segunda parte do n.º 3 do art. 282.º consagra ainda uma exceção a este regime ao admitir a tangibilidade do caso julgado por meio de decisão do TC, quando, cumulativamente, se trate de matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e a norma declarada inconstitucional for de conteúdo menos favorável ao arguido.

Compulsado o acórdão *sub judicio*, verifica-se que o TC não procedeu a nenhuma limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral. Destarte, parecia ficar afastada a afetação dos casos julgados por aqueles efeitos, ou seja, havia quadro legal que legitimava a conservação e transmissão de metadados e tal quadro manteve-se em relação às decisões já transitadas em julgado. Não obstante, as opiniões quanto aos efeitos do ac. do TC n.º 268/2022 divergiam.

Num gesto inédito, a PGR veio “arguir a nulidade do Acórdão”, pretendendo que o TC fixasse a sua eficácia *ex nunc*, de modo a salvaguardar a manutenção das decisões judiciais já proferidas em que aqueles dados tivessem sido utilizados. O TC rejeitou

¹³⁷ RUI MEDEIROS e JORGE MIRANDA (cfr. *Constituição Portuguesa Anotada*, 2.ª ed. revista, atualizada e ampliada, UCE, 2020, p. 732) considera que esta ressalva do caso julgado revela que a “declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral não constitui fundamento autónomo de revisão das sentenças firmes”.

¹³⁸ FERNANDO ALVES CORREIA, *Justiça Constitucional*, Almedina, Coimbra, 2016, p. 341.

aquela pretensão, através do ac. n.º 382/2022, de 13 de Maio, por razões formais¹³⁹, acrescentando que já desde 2014, momento em que o TJUE (nos casos *Digital Rights Ireland* e *Tele2*) concluiu pela incompatibilidade da Diretiva 2006/24/CE com a CDFUE, que as normas que estabelecem a obrigação indiscriminada de conservação de metadados não podem ser aplicadas por qualquer autoridade nacional (nos termos do disposto art. 8.º, n.º 4 da CRP). A este propósito, seja de dizer ainda que, no seu ac. de 5 de abril de 2022, o TJUE já havia esclarecido que o Direito da UE impede que “um órgão jurisdicional nacional limite no tempo os efeitos de uma declaração de invalidade que lhe incumbe, por força do direito nacional, relativamente a uma legislação nacional que impõe aos prestadores de serviços de comunicações eletrónicas uma conservação generalizada e indiferenciada dos dados de tráfego e dos dados de localização”¹⁴⁰. Do mesmo passo, o TC sublinhou que a consequência jurídica da declaração de inconstitucionalidade de quaisquer normas é determinada pela Lei Fundamental no seu art. 282.º, n.º 1 e que “apenas quando o TC considera necessário, no condicionalismo do n.º 4 do artigo 282.º da Constituição, utilizar a faculdade excecional de afastamento da eficácia normal da declaração de inconstitucionalidade (preservando efeitos produzidos por normas inconstitucionais) que lhe cabe determinar os respetivos termos”.

Destarte, a decisão proferida esclareceu quaisquer dúvidas existentes em relação aos efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade das normas dos arts. 4.º, 6.º e 9.º da Lei n.º 32/2008, mas apenas quanto aos casos não transitados em julgado. O TC nada mencionou relativamente à brecha do art. 282.º, n.º 3, 2.ª parte da CRP, o que, na opinião de ANA TERESA CARNEIRO, “reforçou tacitamente a obrigatoriedade de declaração expressa para a extensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade aos casos julgados. O que, como vimos já, não se verificou no acórdão n.º 268/2022”¹⁴¹.

No entanto, vários defensores vieram publicamente e em fóruns variados tornar clara a sua pretensão de interpor recursos de revisão requerendo a anulação de decisões já transitadas em julgado com base na declaração de inconstitucionalidade do TC¹⁴², tendo,

¹³⁹ Nomeadamente, por ilegitimidade da PGR para suscitar incidentes pós-decisórios em processos de fiscalização abstrata em que não seja sujeito processual.

¹⁴⁰ Ac. do TJUE *Commissioner of An Garda Síochána*, de 05/04/2022.

¹⁴¹ ANA TERESA CARNEIRO, “A inconstitucionalidade da «lei dos metadados» e o recurso extraordinário de revisão. Uma caixa de pandora?”, *Liber Amicorum Benedita Mac Crorie*, coordenação: A. Sofia Pinto Oliveira e Patrícia Jerónimo, vol. I, UMinho Editora, 2022, p. 110.

¹⁴² Algumas destas declarações foram proferidas durante a participação do advogado Ricardo Serrano Vieira no programa “Em nome da Lei”, no qual sustentou a posição de que há lugar ao recurso de revisão. Ainda o constitucionalista Paulo Mota Pinto veio afirmar que, embora a CRP ressalve a intangibilidade do caso julgado “o problema é que há no CPP um outro art., que é o art. 449.º, n.º 1, al. f), que diz que é fundamento de revisão, a declaração de inconstitucionalidade de norma que tenha servido de fundamento

entretanto, o STJ vindo recentemente a debruçar-se em vários acórdãos sobre esta questão.

3.3.1. Recurso extraordinário de revisão: seu enquadramento geral

O recurso extraordinário de revisão de decisões condenatórias já transitadas em julgado constitui uma restrição à intangibilidade do caso julgado, que, por sua vez, deriva do princípio da segurança jurídica, elemento integrante do próprio princípio do Estado de Direito e condição fundamental da paz jurídica que todo o sistema jurídico prossegue¹⁴³.

Apesar da segurança ser um dos fins do processo penal, não é o único e a função jurisdicional não se encontra imune ao erro. O direito não quer, como sublinha CAVALEIRO DE FERREIRA, a “manutenção duma condenação, em homenagem à estabilidade das decisões judiciais (...) à custa de postergação de direitos fundamentais dos cidadãos, transformados então cruelmente em vítimas ou mártires duma ideia mais do que errada, porque criminosa da lei e do direito”¹⁴⁴. O caso julgado não pode, pois, ser um dogma absoluto face à injustiça patente.

Assim, o recurso de revisão foi gizado pelo legislador para situações de exceção, funcionando como última *ratio* da justiça, um último “remédio” contra intoleráveis erros judiciários ou casos de flagrante injustiça com força suficiente para motivar a derrogação do caso julgado¹⁴⁵. Daí que a previsão deste recurso encontre guarida na própria CRP, no art. 29.º, n.º 6. Com o recurso de revisão, o legislador consegue atingir “o equilíbrio entre a imutabilidade da sentença ditada pelo caso julgado (vertente da segurança) e a necessidade de assegurar o respeito pela verdade material (vertente da Justiça)”¹⁴⁶.

É nas alíneas a) a g) do n.º 1 do art. 449.º do CPP que o legislador ordinário plasmou os fundamentos e condições de admissibilidade da revisão da sentença penal transitada em julgado. Claro está que, atendendo à excecionalidade da revisão, esta apenas é admissível dentro deste elenco taxativo e respeitados os apertados requisitos aí previstos.

à condenação”, programa disponível em <https://rr.sapo.pt/artigo/em-nome-da-lei/2022/05/20/polemica-dos-metadados-pj-vai-passar--todos-os-processos-a-pente-fino/284991/>.

¹⁴³ Ac. do TC n.º 151/2015, de 4 de março.

¹⁴⁴ MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, “Revisão Penal”, *Revista Scientia Iuridica*, Tomo XIV, n.ºs 75-76, Braga, Livraria Cruz, 1965, pp. 520-521.

¹⁴⁵ MANUEL LEAL-HENRIQUES e MANUEL SIMAS SANTOS, *Recursos Penais*, 9.ª ed., Rei dos Livros, 2020, p. 193.

¹⁴⁶ Ac. do STJ de 13/04/2023, proc. 390/16.3TELSB-A.S1, rel. Orlando Gonçalves.

3.3.2. Recurso extraordinário de revisão em virtude da declaração de inconstitucionalidade das normas da Lei n.º 32/2008

Conforme evidenciado *supra*, a declaração de inconstitucionalidade de normas dos arts. 4.º, 6.º e 9.º da Lei n.º 32/2008 alavancou a possibilidade de revisão de decisões condenatórias já transitadas em julgado.

Os recursos que têm sido interpostos neste âmbito têm como fundamento as als. e) e/ou f) do art. 449.º do CPP, introduzidos na profunda alteração do CPP, operada pela Lei n.º 48/2007. Adiantamos, desde já, que até à presente data todos os recursos extraordinários de revisão, com fundamento na declaração de inconstitucionalidade ínsita no ac. do TC n.º 268/2022 têm sido considerados improcedentes pelo STJ.

3.3.2.2. A alínea e) do n.º 1 do art. 449.º do Código de Processo Penal

A al. e) do n.º 1 do art. 449.º do CPP consagra uma causa de revisão de sentença que resulta da descoberta de que serviram de fundamento à condenação provas proibidas nos termos dos n.ºs 1 a 3 do art. 126.º do CPP.

Existe um entendimento jurisprudencial consolidado de que o fundamento de revisão respeitante à condenação com recurso a provas proibidas, previsto na referida al. e), exige a verificação de dois requisitos cumulativos: por um lado, a condenação em provas proibidas, nos termos dos n.ºs 1 a 3 do art. 126.º do CPP e, por outro, superveniência na demonstração de que serviu de fundamento à condenação uma prova proibida¹⁴⁷.

Quanto a este último requisito, o STJ tem-se pronunciado, reiterada e uniformemente, no sentido de que o preceito legal deve ser interpretado, atendendo à natureza extraordinária deste recurso, no sentido de que a revisão só pode ser concedida, se a descoberta de que serviram de fundamento à condenação provas proibidas tiver ocorrido em momento ulterior ao da prolação da sentença, ou seja, “num momento em que o vício já não podia ser considerado na decisão condenatória ou nos recursos ordinários que dela couberam. Só pode dizer-se que foi descoberta uma situação com relevo para a decisão de condenar ou absolver se ela era, ou também era, processualmente desconhecida do tribunal que proferiu a decisão transitada em julgado. Se o tribunal conhecia toda a envolvência da situação, mas fez dela uma errada apreciação houve um erro de

¹⁴⁷ Ac. do STJ de 23/06/2022, proc. 208/19.5GEBRG-N.S1, rel. Orlando Gonçalves. Na doutrina, veja-se MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal – Anotado e Legislação Complementar*, 17.ª ed., Almedina, 2009, p. 1062.

juízo, para cuja correção a lei pressupõe serem suficientes as vias ordinárias admissíveis”¹⁴⁸. É necessário, portanto, a “emergência de um facto novo desconhecido até ao termo da discussão da causa e, por isso, insuscetível de ter sido invocado pelo interessado em sede de recurso ordinário”¹⁴⁹. Evidentemente que, qualquer entendimento em sentido contrário, transformaria a revisão de sentença num outro grau de recurso.

Nos recursos de revisão que têm vindo a ser interpostos com fundamento nesta al., em virtude da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, operada pelo ac. n.º 268/2022 do TC, a qualificação das provas como proibidas não resulta da ocorrência, posterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória, de qualquer facto ou circunstância até então processualmente desconhecida mas, do efeito retroativo que os recorrentes têm atribuído à mencionada declaração de inconstitucionalidade.

Assim, o STJ tem negado liminarmente tais recursos por considerar que o segundo requisito mencionado não se encontra verificado, *i.e.*, não houve “descoberta inovatória do carácter proibido da prova utilizada”¹⁵⁰, necessariamente posterior ao trânsito da decisão condenatória. Por outras palavras, não é invocado um “facto novo, desconhecido até ao termo da discussão da causa, não ocorre a descoberta de uma invalidade de prova (...) trata-se, antes, da probabilidade de aplicação de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral de normas eventualmente utilizadas no que à prova produzida concerne”¹⁵¹.

Ademais, parte da jurisprudência do STJ tem considerado acesso à operadora de serviço de telecomunicações para identificar o titular de um IP utilizado para praticar um crime pode considerar

Os acs. do STJ de 06/09/2022, proc. 4243/17.0T9PRT-K.S1, rel. Teresa de Almeida, entendem que a declaração de inconstitucionalidade versou apenas sobre “dados que respeitam a comunicações, nos seus vários modos de realização, iniciando-se cada registo com o estabelecimento da comunicação e terminando com o seu fim”, portanto, a declaração de inconstitucionalidade nunca se aplicaria aos dados de identificação por força. No entanto, o ac. do STJ de admite entender-se que a conservação dos dados de base, onde se incluem o nome e endereço do assinante ou do utilizador registado, a quem

¹⁴⁸ Cfr. ac. do STJ de 10/11/2022, P. 120/17.2TELSB-B.S1, rel. Cid Geraldo. No mesmo sentido, *vide* ac. do STJ de 28/10/2009, proc. 109/94.8TBEPs-A.S1, rel. Oliveira Mendes.

¹⁴⁹ Ac. do STJ de 04/07/2018, proc. 1006/15.0JABRG-D.S1, rel. Maia Costa.

¹⁵⁰ Ac. do STJ de 09/03/2023, proc. 476/18.0PIPRt-AR.S1, rel. Leonor Furtado. Ainda, ac. do STJ de 13/04/2023, proc. 390/16.3TELSB-A.S1, rel. Orlando Gonçalves e de 04/05/2023, proc. 267/18.8GDTVd-I, rel. Maria do Carmo Silva Dias.

¹⁵¹ Ac. do STJ de 01/02/2023, proc. 35/17.4GACHV-A.S1, rel. Teresa de Almeida.

o endereço do protocolo IP está atribuído, se relaciona com a Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, na medida em que esses dados devem ser conservados.

3.3.2.1. A alínea f) do n.º 1 do art. 449.º do Código de Processo Penal

A al. f) do n.º 1 do art. 449.º do CPP diz respeito a situações em que o princípio do respeito pelo caso julgado cede perante a declaração da inconstitucionalidade com força obrigatória geral de norma de conteúdo menos favorável ao arguido que tenha servido de fundamento à condenação.

Assim, para que este fundamento opere é necessário que, na apreciação da relação jurídica material que levou à condenação, tenha sido tida em conta uma norma que foi declarada inconstitucional, sendo que essa decisão de inconstitucionalidade terá de ser posterior ao trânsito em julgado da decisão a rever¹⁵². Ademais, exige-se que a norma declarada inconstitucional seja de conteúdo desfavorável a quem foi condenado e tenha composto a *ratio decidendi* da decisão condenatória. Quanto a este último requisito, o legislador não exige que a norma declarada inconstitucional tenha sido a única norma a fundamentar a condenação, mas exige-se essa norma tenha carácter determinante na condenação¹⁵³.

Neste âmbito, surgiu uma interpretação, literal, no sentido de que o art. 449.º, n.º 1, al. f) permite, *per si*, que haja revisão de sentença sempre que a norma tenha sido declarada inconstitucional, com força obrigatória geral, dispensando-se então uma declaração por parte do TC.

A jurisprudência do STJ tem entendido que, embora esta al. f) não o refira expressamente, os efeitos retroativos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade de norma respeitante a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e que seja menos favorável ao arguido não operam *ope juris*, pois o legislador constitucional cometeu-a à ponderação do TC. Vejamos.

Repare-se que o art. 282.º, n.º 3 da CRP estabelece, como já mencionado, que “ficam ressalvados os casos julgados” dos efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade, mas que o TC pode decidir pela atribuição dos efeitos retroativos

¹⁵² Neste sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª ed. atualizada, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2022, p. 1213. Ainda, PAULO RENATO DE FREITAS BELO, “O recurso de revisão e a reforma penal”, *Julgar*, n.º 23, Coimbra Editora, 2014, p. 102.

¹⁵³ ANA TERESA CARNEIRO, “A inconstitucionalidade da «lei dos metadados» e o recurso extraordinário de revisão. Uma caixa de pandora?”, p. 119.

aos casos julgados, quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido. A quebra pelo respeito pelo caso julgado formado sobre a aplicação da norma declarada inconstitucional não é, assim, obrigatória¹⁵⁴, implicando um juízo de ponderação a efetuar pelo TC, em razão do seu carácter excepcional, “com referência à específica norma jurídica em causa, daquelas razões de justiça, ao qual não poderão ser alheios os princípios da adequação e da proporcionalidade”¹⁵⁵, e tem de constar expressamente da sentença que declarar a inconstitucionalidade da norma¹⁵⁶.

Assim, interpretar, de forma literal, a al. f) do n.º 1 do art. 449.º no sentido de permitir ao STJ, no âmbito do recurso de revisão, a definição, em todos os casos julgados, dos efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade da norma que serviu de fundamento à condenação, não se exigindo a declaração expressa do TC, quando o art. 282.º, n.º 3 da CRP expressamente reserva a definição desses efeitos retroativos a casos julgados a esse tribunal, significaria que a referida norma constitucional perderia qualquer utilidade. Nas palavras de RAQUEL BRÍZIDA CASTRO, “se qualquer tribunal, e não apenas o TC, pode reabrir o caso julgado nessas circunstâncias, porque é que o legislador constituinte quis conferir, expressamente, esse poder apenas ao TC?”¹⁵⁷. Tal interpretação olvida o primado da CRP e a obrigatoriedade da conformidade das leis ordinárias com a *norma normarum*¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Neste sentido, *vide* GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, 4.ª ed., Coimbra Editora, pp. 976-977 e Ac. do STJ de 10/01/2023, proc. 731/09.0GBMST-J.S1, rel. Teresa de Almeida. Em sentido diverso, Jorge Miranda defende que tal decisão é obrigatória, não apenas uma faculdade, e “se faltar a revogação, os tribunais criminais deverão reapreciar os casos julgados, suprimindo assim a inconstitucionalidade por omissão resultante daquela decisão, mas com possibilidade de recurso para o Tribunal Constitucional” (*Fiscalização da Constitucionalidade*, Almedina, 2017, p. 342).

¹⁵⁵ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, p. 734.

¹⁵⁶ Note-se que no ac. do STJ de 06/09/2022, proc. 4243/17.0T9PRT-K.S1, rel. Teresa de Almeida, entende-se que nem sequer existia razão para que a declaração de inconstitucionalidade das normas contemplasse a exceção à ressalva dos casos julgados, uma vez que o princípio do tratamento mais favorável ao arguido (art. 29.º, n.º 4 da CRP) abrange apenas as normas que “condicionem a responsabilidade penal ou contendam com os direitos fundamentais do arguido”. Por um lado, quanto às normas dos art. 4.º e 6.º da Lei n.º 32/2008 declaradas inconstitucionais, dificilmente se poderiam considerar normas processuais penais, constituindo, na verdade, o alargamento (de categoria de dados e temporal) da base de dados das operadoras. Por outro lado, a inconstitucionalidade da norma do art. 9.º diz respeito somente à inexistência de previsão de notificação, tratando-se assim de uma norma processual *stricto sensu* que, pela sua natureza, não é apta a afetar os direitos fundamentais do arguido. No mesmo sentido, acs. do STJ de 10/11/2022, 35/15.9PESTB-Z.S2, rel. Maria do Carmo Silva Dias e de 09/03/2023, proc. 476/18.0PIPR-AR.S1, rel. Leonor Furtado.

¹⁵⁷ RAQUEL BRÍZIDA CASTRO, “A Eventual Tangibilidade do Caso Julgado Fundado em Normas Inconstitucionais Sancionatórias Menos Favoráveis: Breves Notas Sobre o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022”, *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 35, 2022, p. 38.

¹⁵⁸ ANA TERESA CARNEIRO, “A inconstitucionalidade da «lei dos metadados» e o recurso extraordinário de revisão. Uma caixa de pandora?”, p. 116.

Por conseguinte, a al. f) do n.º 1 do art. 449.º deve ser interpretada restritivamente “no sentido de só constituir fundamento de revisão a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral relativamente aos casos julgados determinados pelo TC”¹⁵⁹. Partilhamos deste entendimento que se afigura o mais ajustado, porquanto permite uma interpretação conforme à CRP¹⁶⁰.

Em suma, não havendo essa decisão por parte do TC, nos termos do art. 282.º, n.º 3 da CRP, ficam intocados todos os casos julgados que tenham aplicado a norma declarada inconstitucional. De acordo com este entendimento, é evidente que qualquer recurso de revisão interposto ao abrigo do art. 449.º, n.º 1, al. f) do CPP, em virtude da declaração de inconstitucionalidade do ac. do TC n.º 268/2022, está votado ao insucesso, pois o TC não estendeu os efeitos da declaração de inconstitucionalidade aos processos já julgados em definitivo, não os afetando. Tem sido este o entendimento da jurisprudência do STJ¹⁶¹.

¹⁵⁹ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, pp. 1213-1214.

¹⁶⁰ Neste sentido, PAULO RENATO DE FREITAS BELO, “O recurso de revisão e a reforma penal”, p. 104.

¹⁶¹ Cfr. Ac. do STJ de 04/05/2023, proc. 16/18.0GAOAZ-D.S1, rel. Lopes da Mota: “em interpretação da alínea f) do n.º 1 do artigo 449.º do CPP conforme à Constituição, o seu conteúdo se limita restritivamente, em conjugação com o n.º 3 do artigo 282.º da lei fundamental: só poderá ocorrer revisão com este fundamento quando o TC proferir decisão em contrário à ressalva do caso julgado constitucionalmente imposta (...) É este o entendimento que, em jurisprudência uniforme, tem vindo a ser reiterado por este Supremo Tribunal de Justiça, em cerca de duas dezenas de acórdãos proferidos em recursos extraordinários de revisão com fundamento na invocação do acórdão do Tribunal Constitucional 268/2022, de 19 de abril de 2022, já publicados”. Neste sentido, veja-se, por exemplo, os acs. do STJ de 23/11/2022, proc. 85/15.5GEBRG-CA.S1, rel. Ernesto Vaz Pereira, de 30/11/2022, proc. 71/11.4JABRG-G.S1, rel. Paulo Ferreira da Cunha, de 13/04/2023, proc. 4778/11.8JFLSB-B.S1, rel. Lopes da Mota; de 01/02/2023, proc. 35/17.4GACHV-A.S1, rel. Teresa de Almeida e de 04/05/2023, proc. 267/18.8GDTV-D-I, rel. Maria do Carmo Silva Dias.

Considerações Finais

No que diz respeito ao estágio curricular, consideramos que se revelou uma experiência extremamente enriquecedora, que permitiu aliar os conhecimentos teóricos adquiridos ao longo da formação académica, com novos conhecimentos práticos provenientes dos ensinamentos de magistrados experientes e com o contacto diário com o funcionamento de um tribunal. Tal refletiu-se, principalmente, num desenvolvimento tanto ao nível profissional, como pessoal, por meio de obtenção de um conhecimento jurídico mais amplo e de um pensamento mais equilibrado e crítico.

Quanto ao tema que protagonizou o relatório – os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do ac. n.º 268/2022 do TC no processo penal –, apresentamos as seguintes conclusões:

- I. O conceito de metadados das comunicações eletrónicas integra os dados sobre os dados comunicados, *i.e.*, dizem respeito às circunstâncias das comunicações e não ao seu conteúdo.
- II. Os metadados dividem-se em dados de base (incluindo-se nesta categoria os endereços de IP, quer estáticos, quer dinâmicos) e dados de tráfego (incluindo-se nesta categoria os dados de localização, porque equiparáveis, em termos de tratamento e materialmente, aos dados de tráfego).
- III. A conservação massiva de metadados pelas operadoras de comunicações tornaram aqueles dados uma importante ferramenta de combate à criminalidade.
- IV. A Diretiva que deu origem à Lei n.º 32/2008 foi declarada inválida pelo TJUE em 2014, contudo os tribunais portugueses continuaram a aplicar disposições legais contrárias ao Direito da UE, até à declaração de inconstitucionalidade, emitida pelo TC no seu ac. n.º 268/2022, das normas dos arts. 4.º, 6.º e 9.º (apenas quanto à ausência de notificação aos visados da transmissão dos seus dados).
- V. A declaração de inconstitucionalidade do ac. do TC não incidiu sobre toda e qualquer conservação de metadados, mas sim apenas sobre a forma encontrada pelo legislador para operacionalizar a obtenção de metadados no âmbito da investigação de crimes graves: a criação de um arquivo geral e sem limitações, deixando, assim, incólume a restante legislação nacional em vigor, até porque as operadoras de comunicações podem continuar (e devem) fazê-lo ao abrigo da Lei n.º 41/2004 para efeitos de faturação dos serviços de telecomunicações.

- VI. Sendo os dados de base e dados de tráfego conservados pelas operadoras de comunicações, podem ser subsequentemente obtidos para efeitos de prova em processo penal, uma vez que nem a letra da lei, nem as decisões do TJUE ou do TC se opõe a tal.
- VII. Uma vez que, de acordo com a Lei n.º 41/2004, os dados de localização apenas podem ser conservados se forem anonimizados, não têm, desse modo, interesse probatório penal. Sendo assim, neste momento não é possível obter dados de localização para efeitos de prova em processo penal.
- VIII. Os dados de base, incluindo os dados de subscritor, podem ser hoje obtidos com base no art. 14.º, n.º 1 e 4, al. b da LCC.
- IX. Já os dados de tráfego podem ser obtidos com recurso ao art. 189.º, n.º 2 do CPP (desde que se trate de um crime de catálogo do art. 187.º, n.º 1, do CPP), normativo que entendemos que não diz apenas respeito à interceção de dados em tempo real, permitindo a obtenção de dados pretéritos.
- X. A norma do art. 189.º, n.º 2 era a norma a que se recorria para obter dados de tráfego armazenados, tendo sido revogada pelo art. 9.º da Lei n.º 32/2008. Deste modo, nos termos do art. 282.º, n.º 1 da CRP, é ripristinada, passando a ser o fundamento legal para a obtenção de dados de tráfego conservados.
- XI. De qualquer modo, sempre será possível a obtenção de metadados no âmbito das investigações criminais em curso, em relação a pessoas em concreto, desde que esses dados não estejam previamente conservados, uma vez que a interceção e gravação do conteúdo das conversações ou comunicações telefónicas (art. 187.º do CPP) incorpora necessariamente uma faturação detalhada dessas comunicações e é precedida da localização do aparelho. Não se trata de uma aplicação analógica de um meio de obtenção de prova, mas sim o mesmo meio de obtenção de prova com um âmbito mais restrito.
- XII. Havendo processos pendentes em que foram obtidos metadados antes do ac. do TC n.º 268/2022, com recurso à Lei n.º 32/2008, não podem ser valorados, estando em causa uma proibição de prova, especificamente uma proibição de valoração de prova, tendo em conta que foi obtida validamente, mas que, entretanto, as normas fundamento para tal foram declaradas inconstitucionais.
- XIII. Quanto ao eventual alcance dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ínsita no ac. n.º 268/2022 aos casos julgados, na senda do entendimento do STJ, entendemos que impera a necessidade de declaração expressa do TC quanto ao

sacrifício do caso julgado decorrente duma declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, o que não ocorreu no caso.

XIV. Deste modo, o art. 449.º, n.º 1, al. f) deve ser interpretado de forma restrita e não literal, não bastando, por isso, para que haja revisão de sentença que uma norma tenha sido declarada inconstitucional, com força obrigatória geral, dispensando-se qualquer declaração por parte do TC.

XV. No que toca à possibilidade de art. 449.º, n.º 1, al. e), verifica-se que nos recursos de revisão interpostos no âmbito do ac. do TC n.º 268/2022 não se encontrar verificado um dos seus requisitos: não se pode considerar que surge um facto novo desconhecido até ao termo da discussão da causa e, por isso, insuscetível de ter sido invocado pelo interessado em sede de recurso ordinário.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª ed. atualizada, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2022.

ANDRADE, Manuel da Costa, *Bruscamente no Verão Passado, A Reforma do Código de Processo Penal: Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra Editora, 2009.

BELO, Paulo Renato de Freitas “O recurso de revisão e a reforma penal”, *Julgar*, n.º 23, Coimbra Editora, 2014, pp. 83-105.

CALVÃO, Filipa, “Anotação [Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa – Acesso a Dados de Trafego de Comunicações Móveis] - de 3 de maio de 2016”, *Forum de Proteção de Dados*, n.º 3, Lisboa, Comissão Nacional de Proteção de Dados, julho de 2016, pp. 69-71.

CAMBUNDO, Ângelo Garcia Manuel, “Cibercrime: Breve Reflexão Sobre Ciberinvestigação em Tempo de Pandemia”, *Anuário JANUS 2022*, Lisboa Universidade Autónoma de Lisboa, 2022, pp. 26-29.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., vol. 1 e 2, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

CARDOSO, Rui, “A conservação e a utilização probatória de metadados de comunicações eletrónicas após o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022 – o que nasce torto...”, *Revista do Ministério Público*, n.º 172, 2022, pp. 9-77.

CARNEIRO, Ana Teresa, “A inconstitucionalidade da «lei dos metadados» e o recurso extraordinário de revisão. Uma caixa de pandora?”, *Liber Amicorum Benedita Mac Crorie*, coordenação: A. Sofia Pinto Oliveira e Patrícia Jerónimo, vol. I, UMinho Editora, 2022, pp. 105–120.

CARRERA, Sergio e GUILD, Elspeth, “The political and judicial life of metadata: Digital Rights Ireland and the trail of the data retention directive”, *CEPS Papers in Liberty and Security in Europe*, n.º 65, 2014.

CASTRO, Catarina Sarmiento e, *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*, Almedina, 2005.

CASTRO, Raquel Brízida, “A Eventual Tangibilidade do Caso Julgado Fundado em Normas Inconstitucionais Sancionatórias Menos Favoráveis: Breves Notas Sobre o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022”, *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 35, maio-setembro 2022, pp. 36-39, acessível em: <https://historia.oa.pt/boletim/boa-35/>.

CONCEIÇÃO, Ana Raquel, *Escutas Telefónicas – Regime Processual Penal*, Quid Juris? - Sociedade Editora, 2009.

CORREIA, Fernando Alves, *Justiça Constitucional*, Coimbra, Almedina, 2016.

CORREIA, João Conde, “Prova digital: as leis que temos e a lei que devíamos ter”, *Revista do Ministério Público*, n.º 139, 2014, pp. 29-59.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, “Revisão Penal”, *Revista Scientia Iuridica*, Tomo XIV, n.ºs 75-76, Braga, Livraria Cruz, 1965, pp. 520-526.

GAMA, António [et al.], *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, TOMO II, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2021.

GASPAR, António Henriques [et al.], *Código de Processo Penal Comentado*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2022.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código de Processo Penal – Anotado e Legislação Complementar*, 17.ª ed., Almedina, 2009.

LEAL-HENRIQUES, Manuel e SANTOS, Manuel Simas, *Recursos Penais*, 9.ª ed., Rei dos Livros, 2020.

LOMBA, Pedro, “Vigilância e Direito: Revisão Constitucional e Metadados”, *A Revisão Constitucional de 2023 – Debate sobre os Projetos de Revisão*, coordenação: Pedro Fernández Sánchez e Marco Caldeira, AAFDL Editora, Lisboa, 2023, pp. 59-72.

LOPES, José Mouraz, e CABREIRO, Carlos Antão, “A Emergência da Prova Digital na Investigação da Criminalidade Informática”, *Sub Judice - Justiça e Sociedade*, n.º 35, Coimbra, Almedina, abril- junho 2006, pp. 71-79.

LOUREIRO, Carlos Gabriel da Silva e CERQUEIRA, Magda, “Retenção e utilização de metadados de comunicações electrónicas: reflexões a propósito do acórdão do tribunal constitucional n.º 268/2022, de 3 de junho”, *Revista Jurídica*, vol. 1, n.º 73, Curitiba, 2023, pp. 145-158.

MACHADO, João Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1990.

MACHADO, José Grazina, “A Lei Dos “Metadados”: A Crónica De Uma Morte Há Muito Anunciada”, *De Legibus - Revista de Direito da Universidade Lusófona Lisboa*, Lisboa, n.º 3, julho de 2022, pp. 113-144.

MACHADO, Mariana Gomes, *O acesso aos metadados pelos serviços de informações da República Portuguesa à luz da Lei e da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2019.

MATA-MOUROS, Maria de Fátima, *Juiz das Liberdades – Desconstrução de um Mito do Processo Penal*, Almedina, 2011.

MENDES, Paulo de Sousa, *Lições de Direito Processual Penal*, Almedina, 2013.

MESQUITA, Paulo Dá, *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, Coimbra Editora, 2010, pp. 83-129.

MIRANDA, Jorge, *Fiscalização da Constitucionalidade*, Almedina, 2017.

MIRANDA, Jorge, e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, 2.^a ed. revista, atualizada e ampliada, UCE, 2020.

NETO, Luísa, “Acórdãos do TC n.ºs 213/2008 e 486/2009: a prova numa sociedade transparente”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2011, p. 315-343.

NEVES, Rita Castanheira, *As ingerências nas comunicações electrónicas em Processo Penal*, Coimbra Editora, 2011.

NUNES, Duarte Rodrigues, *Os Meios de Obtenção de Prova Previstos na Lei do Cibercrime*, 2.^a ed., Coimbra, Gestlegal, 2021.

NUNES, Duarte Rodrigues, “Impedirá o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º

268/2022 a obtenção e a valoração, para fins de investigação criminal, de metadados conservados pelos fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas ao abrigo da lei atualmente em vigor?”, *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n.º 170, 2022, pp. 9-58.

PANZAVOLTA, Michele e MAES, Elise, “Exclusion of evidence in times of mass surveillance. In search of a principled approach to exclusion of illegally obtained evidence in criminal cases in the European Union”, *The International Journal of Evidence & Proof*, vol. 26, n.º 3, 2022, pp. 199-222.

PINHO, Carlos, “Lei da retenção de dados de comunicações eletrónicas: aposentar ou reformar?”, *Revista do Ministério Público*, n.º 154, abril-junho de 2018, pp.167-192.

RAMALHO, David Silva, “A investigação criminal na Dark Web”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Coimbra, vol. 4, n.º 14, Abr.-Set. 2013, pp. 383-429.

RAMALHO, David Silva e COIMBRA, José Duarte, “A declaração de invalidade da Diretiva 2006/24/CE: presente e futuro da regulação sobre conservação de dados de tráfego para fins de investigação, deteção e repressão de crimes graves”, *O Direito* (Diretor: Jorge Miranda), Ano 147º, n.º IV, Lisboa, Almedina, 2015, p. 997- 1046.

RODRIGUES, Benjamim Silva, *Da prova penal, Tomo II, Bruscamente... A(s) Face(s) Oculta(s) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal*, Rei dos Livros, 2010.

RODRIGUES, Benjamim Silva, *Da Prova Penal – Tomo IV – Da Prova-Eletrónico-Digital e da Criminalidade Informático-Digital*, Lisboa, Rei dos Livros, 2011.

RODRIGUES, Benjamim Silva, *Das Escutas Telefónicas – À obtenção da prova (em ambiente) digital, Tomo II, 2.º ed. revista e atualizada*, Coimbra Editora, 2009.

SILVA, Germano Marques da, *Curso de Direito Processual Penal II, 5.ª Ed.*, Lisboa Verbo, 2011.

SILVEIRA, Alessandra, e FREITAS, Pedro Miguel, “Implicações da declaração de invalidade da Diretiva 2006/24 na conservação de dados (“metadados”) nos Estados-Membros da UE: uma leitura jusfundamental”, *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, Brasília, vol. 9, n.º 1, 2017, pp. 47-68.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, “Uma análise crítica do Acórdão do Tribunal

Constitucional n.º 464/2019: o sistema de acesso a metadados ou a segurança versus liberdade”, *Julgar Online*, fevereiro de 2020, disponível em <http://julgar.pt/uma-analise-critica-do-acordao-do-tribunal-constitucional-n-o-4642019-o-sistema-de-acesso-a-metadados-ou-a-seguranca-versus-liberdade/>.

VEDASCHI, Arianna e LUBELLO, Valerio, “Data Retention and its Implications for the Fundamental Right to Privacy”, *Tilburg Law Review*, vol. 20, n.º 1, 2015, pp. 14-34.

VEIGA, Armando e RODRIGUES, Benjamim, “A Monitorização de dados pessoais de tráfego nas comunicações electrónicas”, *Revista Raízes Jurídicas*, vol. 3, n.º 2, julho/dezembro 2007, pp. 59-110.

VENÂNCIO, Pedro Dias, *Lei do Cibercrime. Anotada e Comentada. Atualizada pela Lei n.º 79/2021, de 24 de novembro*, Editora d’Ideias, Coimbra, 2023.

VERDELHO, Pedro, “Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho”, *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, vol. I, coordenação: Paulo Pinto de Albuquerque e José Branco, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010.

Jurisprudência Consultada

Jurisprudência Nacional

Tribunal Constitucional

Ac. do TC n.º 241/2002, de 29/05/2022, proc. 444/01, rel. Conselheiro Artur Maurício.

Ac. do TC n.º 607/03, de 05/12/2003, proc. 594/03, rel. Conselheiro Benjamim Rodrigues.

Ac. do TC n.º 213/2008, de 02/04/2008, proc. 671/07, rel. Conselheiro Cura Mariano.

Ac. do TC n.º 486/2009, de 28/09/2009, proc. 4/09, rel. Conselheiro Cura Mariano.

Ac. do TC n.º 151/2015, de 04/03/2015, proc. 544/14, rel. Conselheiro Cura Mariano.

Ac. do TC n.º 403/2015, de 17/09/2015, proc. 773/15, rel. Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro.

Ac. do TC n.º 420/2017, de 13/07/2017, proc. 917/16, rel. Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros.

Ac. do TC n.º 464/2019, de 18/09/2019, proc. 26/2018, rel. Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro.

Ac. do TC n.º 268/2022, de 19/04/2022, proc. 828/2019, rel. Conselheiro Afonso Patrão.

Ac. do TC n.º 382/2022, de 13/05/2022, proc. 828/2019, rel. Conselheiro Afonso Patrão.

Supremo Tribunal de Justiça

Ac. do STJ de 28/10/2009, proc. 109/94.8TBEPS-A.S1, rel. Oliveira Mendes.

Ac. do STJ de 04/07/2018, proc. 1006/15.0JABRG-D.S1, rel. Maia Costa.

Ac. do STJ de 23/06/2022, proc. 208/19.5GEBRG-N.S1, rel. Orlando Gonçalves.

Ac. do STJ de 06/09/2022, proc. 4243/17.0T9PRT-K.S1, rel. Teresa de Almeida.

Ac. do STJ de 6/09/2022, proc. 618/16.0SMPRT-B.S1, rel. Ernesto Vaz Pereira.

Ac. do STJ de 08/11/2022, proc. 107/13.4 P6PRT-D.S1, rel. Conceição Gomes.

Ac. do STJ de 10/11/2022, proc. 120/17.2TELSB-B.S1, rel. Cid Geraldo.

Ac. do STJ de 10/11/2022, proc. 3624/15.8JAPRT-G.S1, rel. Orlando Gonçalves.

Ac. do STJ de 10/11/2022, proc. 35/15.9PESTB-Z.S2, rel. Maria do Carmo Silva Dias.

Ac. do STJ de 23/11/2022, proc. 160/20.4GAMGL-A.S1, rel. Pedro Branquinho Dias.

Ac. do STJ de 23/11/2022, proc. 85/15.5GEBRG-CA.S1, rel. Ernesto Vaz Pereira.

Ac. do STJ de 30/11/2022, proc. 71/11.4JABRG-G.S1, rel. Paulo Ferreira da Cunha.

Ac. do STJ de 10/01/2023, proc. 731/09.0GBMTS-J.S1, rel. Teresa de Almeida.

Ac. do STJ de 01/02/2023, proc. 35/17.4GACHV-A.S1, rel. Teresa de Almeida.

Ac. do STJ de 09/03/2023, proc. 476/18.0PIPRT-AR.S1, rel. Leonor Furtado.
Ac. do STJ de 13/04/2023, proc. 4778/11.8JFLSB-B.S1, rel. Lopes da Mota.
Ac. do STJ de 13/04/2023, proc. 390/16.3TELSB-A.S1, rel. Orlando Gonçalves.
Ac. do STJ de 04/05/2023, proc. 267/18.8GDTV-D-I, rel. Maria do Carmo Silva Dias.
Ac. do STJ de 04/05/2023, proc. 16/18.0GAOAZ-D.S1, rel. Lopes da Mota.

Tribunal da Relação de Coimbra

Ac. do TRC de 26/02/2014, proc. 559/12.0GBOBR-A.C1, rel. Fernando Chaves.
Ac. do TRC de 08/11/2017, proc. 380/17.9JACBR.C1, rel. Helena Bolieiro.
Ac. do TRC de 01/06/2022, proc. 152/21.6GGCBBR-A. C1, rel. Alcina da Costa Ribeiro.
Ac. do TRC de 23/11/2022, proc. 141/22.3GCLRA-A.C1, rel. Jorge Jacob.
Ac. do TRC de 12/10/2022, proc. 538/22.9JALRA.C1, rel. Paulo Guerra.

Tribunal da Relação de Évora

Ac. do TRE de 26/06/2007, proc. 843/07-1, rel. Guilhermina Freitas.
Ac. do TRE 27/01/2011, proc. 1276/09.3TAPTM-B.E1, rel. Sénio Alves.
Ac. do TRE de 28/02/2012, proc. 15/11.3JALRA-B.E1, rel. Sénio Alves.
Ac. do TRE de 19/05/2015, proc. 54/15.5GCBNV-A.E1, rel. Maria Leonor Esteves.
Ac. do TRE de 20/01/2015, proc. 648/14.6GCFAR-A.E1, rel. João Gomes de Sousa.
Ac. do TRE de 08/10/2019, proc. 180/19.1GHSTC.E1, rel. José Proença da Costa.
Ac. do TRE de 28/02/2023, proc. 661/17.1TELSB.E1, rel. Ana Bacelar.

Tribunal da Relação de Guimarães

Ac. do TRG de 10/01/2005, proc. 2013/04-1, rel. Francisco Marcolino.
Ac. do TRG 02/05/2023, proc. 12/23.6 PBGMR-A.G1, rel. Armando Azevedo.

Tribunal da Relação de Lisboa

Ac. do TRL de 31/08/1999, proc. 0056965, rel. Carmona da Mota.
Ac. do TRL de 10/12/2003, proc. 8673/2003-3, rel. Maria Isabel Duarte.
Ac. do TRL de 23/06/2004, proc. 5845/2004-3, rel. Clemente Lima.
Ac. do TRL de 17/05/2006, proc. 1265/06, rel. Orlando Gonçalves.
Ac. do TRL de 20/06/2013, proc. 1746/05.2TJLSB.L1-8, rel. por Isoleta Almeida Costa.
Ac. do TRL de 22/06/2016, proc. 48/16.3PBCSC-A.L1-9, rel. Sérgio Calheiros da Gama.
Ac. do TRL de 15/09/2021, proc. 20/21.1SXLSB.L1-3, rel. Adelina Barradas de Oliveira.
Ac. do TRL de 26/01/2022, proc. 849/20.8PBCSC.L1-9, rel. Bráulio Martins.

Ac. do TRL de 20/04/2022, proc. 37/21.6SXLBSB.L1-3, rel. Maria Perquilhas.
Ac. do TRL de 25/10/2022, proc. 50/22.6JBLSB-A.L1-5, rel. Mafalda Santos.
Ac. do TRL de 22/02/2023, proc. 495/22.1JAFUN-A.L1-5, rel. Alda Tomé Casimiro.

Tribunal da Relação do Porto

Ac. do TRP de 20/11/2019, proc. 54/19.6GDSTS-A.P1, rel. Borges Martins.
Ac. do TRP de 04/12/2019, proc. 463/18.8PASTS-A.P1, rel. Moreira Ramos.
Ac. do TRP de 07/09/2022, proc. 877/22.9JAPRT-A.P1, rel. José António Rodrigues da Cunha.
Ac. do TRP de 07/12/2022, proc. 5011/22.2JAPRT-A.P1, rel. Pedro Vaz Pato.
Ac. do TRP de 18/01/2023, proc. 47/22.6PEPRT-P.P1, rel. João Pedro Pereira Cardoso.
Ac. do TRP de 01/02/2023, proc. 2748/22.0JAPRT-A.P1, rel. João Pedro Pereira Cardoso.
Ac. do TRP de 08/02/2023, proc. 344/20.5IDPRT-A.P1, rel. Raul Esteves.
Ac. do TRP de 29/03/2023, proc. 47/22.6PEPRT-Z.P1, rel. Maria Joana Grácio.

Jurisprudência Alemã

Decisão do TC Federal Alemão de 17/07/2020, 1 BvR 1873/13 - 1 BvR 2618/13, disponível em https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2020/05/rs20200527_1bvr187313en.html, acedido em 24/04/2023.

Decisão do TC Federal Alemão de 02/03/2010, 1 BvR 256/08, disponível em https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2010/03/rs20100302_1bvr025608en.html, acedido em 24/04/2023.

Jurisprudência Belga

Ac. n.º 84/2015 de 11/06/2015, disponível em <https://www.const-court.be/public/f/2015/2015-084f.pdf>, acedido em 20/04/2023.

Ac. n.º 96/2018 de 19/07/2018, disponível em disponível em <https://www.const-court.be/public/f/2018/2018-096f.pdf>, acedido em 20/04/2023.

Ac. n.º 57/2021 de 22/04/2021, disponível em <https://www.const-court.be/public/f/2021/2021-057f.pdf>, acedido em 20/04/2023.

Ac. n.º 158/2021 de 18/11/2021, disponível em <https://www.const-court.be/public/f/2021/2021-158f.pdf>, acedido em 20/04/2023.

Jurisprudência do TJUE

Ac. *Digital Rights Ireland*, de 08/04/2014, proc. C-293 e C-594/12, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CJ0293&from=pt>

Ac. *Tele2 Sverige AB*, de 21/12/2016, proc. C-203/15 e C-698, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CJ0203&from=pt>

Ac. *Commissioner of An Garda Síochána*, de 05/04/2022, proc. C-140/20, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62020CA0140>.

Ac. *SpaceNet e Telekom Deutschland*, de 20/09/2022, proc. C-793/19 e C-794/19 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62019CJ0793&from=EN>, acedido em 25/04/2022.

Índice	5
Agradecimentos	6
Modo de citar e outras convenções	7
Lista de Siglas e Abreviaturas	8
Resumo	9
Abstract	10
Introdução	11
Parte I – Relatório de Estágio	14
1. O Estágio	14
2. Atividades desenvolvidas	14
2.1. Assistência a audiências	14
2.2. Consulta de processos	15
3. Criminalidade Predominante	15
3.1. Tráfico de estupefacientes	15
3.2. Crimes contra o património	16
4. Discussão de casos assistidos	16
4.1. Caso 1	16
4.2. Caso 2	17
4.3. Caso 3	18
4.4. Caso 4	18
Parte II – Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022 no processo penal	20
1. A conservação e transmissão de metadados para fins de investigação criminal	20
1.1. A divisão tripartida dos dados relativos às comunicações eletrónicas: densificação do conceito de metadados	20
1.2. O regime legal de conservação, obtenção e utilização probatória de metadados: A Lei n.º 32/2008, 17 de julho	27
2. O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022, de 19 de abril de 2022	33
2.1. O caminho até ao Acórdão n.º 268/2022	33
2.2. A declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral emitida pelo Acórdão n.º 268/2022 do Tribunal Constitucional	38
3. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade emitida pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022 sobre o processo penal	42

3.1. Admissibilidade de conservação e obtenção de metadados apesar da declaração de inconstitucionalidade emitida pelo Acórdão n.º 268/2022	43
3.1.1. Fundamento para a conservação de metadados diverso do art. 4.º e 6.º da Lei n.º 32/2008	44
3.1.2. Fundamento para obtenção de metadados diverso do art. 9.º da Lei n.º 32/2008	49
3.2. A proibição de prova decorrente da declaração de inconstitucionalidade emitida pelo Acórdão n.º 268/2022 nos processos pendentes	58
3.3. As decisões já transitadas em julgado	62
3.3.1. Recurso extraordinário de revisão: seu enquadramento geral	65
3.3.2. Recurso extraordinário de revisão em virtude da declaração de inconstitucionalidade das normas da Lei n.º 32/2008	66
Considerações Finais	71
Bibliografia	74
Jurisprudência Consultada	79