

O Acórdão n.º 268/2022 do Tribunal Constitucional: da conservação generalizada de dados de tráfego e de localização prevista na Lei n.º 32/2008, de 17 de julho.

No passado dia 19 de abril o Tribunal Constitucional voltou a decidir sobre a conservação dos chamados metadados (dados sobre dados), desta feita na sequência da declaração de invalidade, em 8 de abril de 2014, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (através do Acórdão Digital Rights Ireland), da Diretiva 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março.

Trata-se, precisamente, da Diretiva que foi transposta para a ordem jurídica nacional através da referida Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, 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, bem como a sua transmissão às autoridades judiciais competentes para efeitos de investigação, deteção e repressão criminal.

Quanto a esta Diretiva decidiu o TJUE que violava o princípio da proporcionalidade pela restrição que operava aos direitos ao respeito pela vida privada e familiar e à proteção de dados pessoais, direitos consagrados nos artigos 7.º e 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE).

Por sua vez, decidiu agora o Tribunal Constitucional, através do Acórdão n.º 268/2022, também com fundamento na violação dos direitos à reserva da intimidade da vida privada e à autodeterminação informativa, consagrados nos artigos 35.º, n.ºs 1 e 4, e 26.º, n.º 1, da Constituição, que a Lei n.º 32/2008, ultrapassava os limites da proporcionalidade, declarando a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas dos respetivos artigos 4.º e 6.º, por preverem a conservação generalizada (de todos os utilizadores) dos dados de tráfego e de localização. Adicionalmente, também por desvio ao princípio da proporcionalidade e ao direito à autodeterminação informativa, bem como ainda à tutela jurisdicional efetiva, declarou a inconstitucionalidade da norma do artigo 9.º da mesma lei, por não prever que o visado pela transmissão dos dados às autoridades competentes seja notificado deste acesso (a partir, claro, do momento em que tal comunicação não seja suscetível de comprometer a investigação).

Ora, o momento e o sentido da decisão não podem ter causado assim tanta surpresa.

Desde logo porque o Acórdão do Tribunal Constitucional agora proferido teve na sua origem um pedido de fiscalização da Provedora de Justiça, que já data de 26 de agosto 2019 e

que surgiu, precisamente, na sequência da referida decisão do TJUE, por estar a Diretiva 2006/24/CE na génese da Lei n.º 32/2008. Neste pedido de fiscalização, embora se reconhecendo que a Lei n.º 32/2008 não padecia de alguns dos vícios apontados pelo TJUE à Diretiva, considerou-se ser inequívoco que, em aspetos fundamentais, aquela Lei não se conformava com as exigências decorrentes do direito da União Europeia, concretamente no que concerne quer à conservação dos dados, quanto ao seu âmbito e duração, quer quanto à transmissão dos dados às autoridades competentes para a investigação, deteção e repressão de crimes graves.

Por outro lado, já antes tinha a Comissão Nacional de Proteção de Dados (na Deliberação n.º 1008/2017, de 18 de julho) desaplicado a Lei n.º 32/2008, com fundamento no primado do direito da União Europeia, considerando que aquela legislação transgredia desproporcionadamente os artigos 7.º e 8.º da CDFUE (na esteira da Deliberação n.º 641/2017, de 9 de maio).

Mas também porque a própria Provedora de Justiça, pelas mesmas razões e face às mesmas preocupações, cerca de sete meses antes de ter dirigido ao Tribunal Constitucional o referido pedido de fiscalização da constitucionalidade, já havia dirigido à Ministra da Justiça uma recomendação no sentido de ser alterada a Lei n.º 32/2008.

Já desde então – em bom rigor, já desde o próprio Acórdão do TJUE, de 2014 – se sabe que esta decisão tomada no Luxemburgo sobre a Diretiva que esteve na génese da Lei n.º 32/2008 tinha comprometido a vigência da Lei n.º 32/2008, tal como se encontrava formulada. Sendo verdade que se reconhecia que a lei interna conferia mais garantias do que a própria Diretiva, não se ignorava (embora se tenha na prática ignorado) que o ponto forte das preocupações e tensões, precisamente a conservação generalizada dos metadados, era na Lei n.º 32/2008 o espelho da Diretiva.

A primeira questão que naturalmente se colocou no Acórdão em análise foi a dos termos e fundamentos da aplicação do direito da União Europeia na formulação do juízo de (in)constitucionalidade, resultando da decisão que, embora o parâmetro não deixe de ser a Constituição, deve ser dado lugar ao princípio da interpretação conforme ao Direito da União Europeia. Segundo o Acórdão este princípio alastra-se às condições de restrição dos direitos fundamentais, deixando a “*reflexão constitucional*” de ter como “*horizonte exclusivo de referência o quadro nacional*”. Tal matéria ocupou significativamente a fundamentação do Acórdão, vindo depois a ser visada numa declaração de voto que vê antes no princípio da cooperação leal a razão

de deverem ser eliminadas do ordenamento jurídico nacional normas que estejam em contradição com o Direito da União. De uma forma ou de outra, resulta claro que, sendo as normas fiscalizadas resultantes de Direito da União Europeia, o Tribunal Constitucional se vê vinculado ao destino a que as mesmas foram votadas através da interpretação da CDFUE.

Já numa segunda parte, o Acórdão entra na fundamentação do juízo de inconstitucionalidade propriamente dito.

Concretamente, na apreciação das normas dos artigos 4.º e 6.º da Lei n.º 32/2008, respeitantes à possibilidade de conservação dos dados pelos serviços de comunicações pelo período de um ano, decide sobre a questionada legitimidade da compressão dos direitos à reserva da intimidade da vida privada, ao livre desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação informativa.

E logo aqui – sem sequer entrar na ponderação do princípio da proporcionalidade – conclui pela inconstitucionalidade das normas fiscalizadas, por revelarem que o legislador não garantiu que o armazenamento dos dados ocorresse em território da União Europeia, pondo, assim, em causa os direitos à autodeterminação informativa assegurados pelos n.ºs 1 e 4 do artigo 35.º da Constituição (interpretados em conformidade com o disposto nos artigos 7.º e 8.º da CDFUE).

Fundamental para a compreensão do Acórdão é ver que, logo de seguida, se faz constar que, mesmo que aquela obrigação fosse cumprida, tal não determinaria, sem mais, a “solvência constitucional de tais normas”, na medida em que, pelo menos no que toca aos dados de tráfego, ao se estabelecer uma conservação de dados imposta de forma generalizada a todos os utilizadores e relativamente a todos os dados, se restringe desproporcionadamente os direitos consagrados nas mesmas disposições constitucionais, com conjugação com o artigo 26.º, n.º 1, da Constituição.

Sendo, precisamente, na ponderação pelo princípio da proporcionalidade que o Acórdão enceta a fundamentação que leva ao juízo de inconstitucionalidade.

Neste âmbito, quanto aos dados de base, o Acórdão conclui pela conformidade constitucional da sua conservação (não fosse inexistir a garantia da sua preservação em território da União Europeia). Juízo este que aplica (i) aos endereços do protocolo de IP da fonte da comunicação, os quais têm sido objeto de algumas divergências quanto à sua recondução aos dados de base ou de tráfego, na medida em que se tratam de dados que podem espelhar uma agressão mais intensa no direito à intimidade da vida privada, ao pressupor um tratamento do

momento do acesso à internet. No entanto, afirma o Acórdão, não tendo o direito da União Europeia posto em causa a ponderação de proporcionalidade já levada a cabo pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 420/2017, manteve-se a jurisprudência neste alcançada no sentido de não ser inconstitucional a conservação de tais dados. Bem como (ii) à conservação dos dados de base (e de endereços de protocolo IP dinâmicos relativos à fonte de uma comunicação) das pessoas coletivas.

Já quanto aos dados de tráfego (que abrangem os dados que identificam as comunicações, mas também os dados de navegação na internet, que, não visando os conteúdos consultados, afetam a privacidade de modo particularmente intenso) e de localização entende o Acórdão que as normas fiscalizadas não garantem a necessária conformidade constitucional.

Admitindo que não se configuram no panorama nacional medidas com a mesma eficácia do que este tipo de conservação de dados prevista nos artigos 4.º e 6.º da Lei n.º 32/2008, afirma o Acórdão, porém, que a ponderação de uma agressão tão grave aos direitos à intimidade da vida privada e da autodeterminação informativa conduz a uma solução legislativa desequilibrada, por atingir sujeitos que não são suspeitos de qualquer atividade criminosa. Ou seja, *“abrange[ndo] a agressão daqueles direitos fundamentais em situações que, num juízo de ponderação, não são contrapesadas pelos efeitos positivos no combate à criminalidade”*.

Este Acórdão do Tribunal Constitucional não questiona, assim, a medida em si, a conservação dos dados, que até reconhece ser adequada aos fins visados e também constitucionalmente garantidos, nem mesmo o período da conservação (que não chega a ponderar), mas o âmbito subjetivo demasiado alargado da medida.

O que o Tribunal Constitucional decide é da inconstitucionalidade destas concretas normas dos artigos 4.º e 6.º da Lei n.º 32/2008, na medida em que impõem que esse armazenamento e conservação de dados seja realizado de forma generalizada e indiferenciada, ou seja, imposta a todos os utilizadores, de forma sistemática e contínua (na expressão do Acórdão do TJUE *“La quadrature du net”*).

Não é seguramente inócuo permitir este armazenamento generalizado, sobretudo quando se constata que os dados previstos no artigo 4.º da Lei n.º 32/2008 compreendem dados que permitem descrever com algum pormenor a esfera de ser e de estar de cada utilizador, revelando rotinas, relações, contactos, preferências, deslocações, entre outros aspetos. Tenha-se em conta que os dados referidos no artigo 4.º compreendem os dados gerados ou tratados no âmbito de

serviços telefónicos na rede fixa, de serviços telefónicos na rede móvel, de serviços de acesso à internet, de serviços de correio eletrónico através da internet e de serviços de comunicações telefónicas através da internet. Um universo bastante significativo, portanto.

Sendo ainda certo que, em tempos como os atuais, em que os dados pessoais jogam um papel decisivo também na própria salvaguarda da democracia, não se pode alinhar com o menosprezo da salvaguarda da privacidade e do direito à autodeterminação comunicativa, direitos estes já objeto da decisão contida no Acórdão n.º 403/2015 do Tribunal Constitucional, a qual, aliás, não deixa de frisar que são precisamente os avanços tecnológicos hodiernos que aumentam a possibilidade de devassa dos direitos em referência.

Claro que o equilíbrio a alcançar não é fácil, sendo inquestionável a derradeira importância dos direitos à segurança interna e ao exercício da ação penal no combate à criminalidade grave, que naturalmente ficam mais bem munidos com a conservação de dados atualmente prevista na Lei n.º 32/2008.

Será, no entanto, exagerado atribuir a este Acórdão a responsabilidade pela proibição de qualquer medida de conservação de dados, pois o que decidiu foi, em concreto, da Lei n.º 32/2008, já depois da Diretiva que a transpôs ter sido invalidada pelo TJUE, precisamente com fundamento na desproporcionalidade da violação que introduzia nos direitos ao livre desenvolvimento e à autodeterminação informativa, ao não limitar a abrangência das pessoas diretamente visadas pela conservação.

Há uma plêiade de soluções legislativas que podem ser encontradas no arco conservação generalizada / proibição de conservação de dados, desde logo através de uma alteração da Lei n.º 32/2008 ou de uma nova legislação sobre o assunto (solução esta que, como referido, foi tentada pela Provedora de Justiça antes de submeter ao Tribunal Constitucional o seu pedido de fiscalização).

Reiterando-se ainda que já desde 2014, ano em que o TJUE proferiu o Acórdão *Digital Rights* se sabia da necessidade de alterar os termos legais contidos na Lei n.º 32/2008, pelo que não será inteiramente correto dizer que é o Acórdão sob análise, proferido em 2022, que faz perigar 14 anos de investigação em processos vários. Aliás, neste aspeto o que mais preocupa é haver investigações de 2008 que ainda não tenham visto a luz de uma decisão judicial definitiva, para mais quando recorreram à própria medida da conservação dos dados, considerada decisiva no sucesso da investigação.

O ponto crucial para o entendimento do Acórdão é, nas palavras do próprio aresto: se a medida de conservação dos dados de tráfego e de localização pode, em si mesma, ser tida como adequada e necessária para os fins de interesse público que visa salvaguardar, a definição da abrangência dos visados só não transgride os limites da proporcionalidade na medida em que se dirija, de forma direta, às situações em que a agressão aos direitos fundamentais em causa possa ter-se por orientada à perseguição dos objetivos da ação penal.

Ainda apropriando-nos das palavras do Acórdão: a conservação dos dados não fere a Constituição se for prevista e aplicada na luta contra a criminalidade grave quando se estabeleça uma relação entre os dados cuja conservação se encontra prevista e um período temporal e /ou a uma zona geográfica e / ou um círculo de pessoas que possam estar envolvidas.

A medida aqui em mente acaba por estar já, de facto, em vigor na ordem jurídica interna, precisamente através da Lei do Cibercrime (Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro) – que é referida pelo Acórdão e que é aplicável a todos os crimes em relação aos quais seja necessário proceder à recolha de prova em suporte eletrónico –, a qual consagra no seu artigo 12.º, precisamente, a preservação expedita de dados. Aqui assegura-se que os dados de tráfego sejam preservados, mas já no âmbito de um processo concreto, isto é, relativamente a pessoas concretamente visadas pela investigação criminal.

Não parece ser de excluir, porém, que o legislador possa olhar à possibilidade de passar a prever a referida conservação (por período temporal e /ou zona geográfica e / ou círculo de pessoas que possam estar envolvidas) na área da prevenção criminal, face ao conhecimento de algum acontecimento concreto.

Ainda a este propósito, e em jeito de parêntesis, sempre se diga que parece merecer reflexão o facto de a Lei do Cibercrime prever a obtenção de dados historicamente registados em suportes informáticos (e já não no âmbito da atividade levada a cabo pelos serviços de comunicações eletrónicas).

Sendo, claro, uma evidência que a eficácia da conservação dos dados em causa no âmbito de um processo não equivale à conservação generalizada dos dados prevista na Lei n.º 32/2008, sobretudo porque a realidade nos obriga a trazer para a equação que só esta conservação permite à investigação obter dos fornecedores de serviços dados historicamente processados, ou seja, dados que existem no momento da ocorrência do crime, antes mesmo da existência de qualquer processo.

Resulta, assim, que a declaração de inconstitucionalidade retira à investigação criminal medidas de obtenção de prova antes existentes e eficazes quanto aos processos respeitantes a crimes graves, o que poderá obstar à finalidade da descoberta da verdade, à punição dos agentes dos crimes e à proteção das vítimas. Em contraponto, resulta também deste Acórdão que ficam mais seguros os dados de todos os utilizadores, a maioria dos quais nada tem a ver com os referidos processos, e que desta forma deixam de estar suscetíveis aos riscos de violação da sua privacidade e autodeterminação informativa.

Uma tensão que o processo penal nunca deixa de ter, sabendo-se que para todos os tipos de crimes haveria certamente métodos de obtenção de prova mais eficazes na investigação criminal, os quais, todavia, não são admitidos pela Constituição por lesarem, desproporcionadamente, outros direitos também protegidos. Um equilíbrio muito difícil de operar e alcançar e que tem que ser procurado pelo legislador ordinário, o qual, neste caso deixou arrastar até ao Tribunal Constitucional uma lei já comprometida.

Antes de terminar, refiram-se duas notas:

A primeira respeita à categorização dos metadados que é elucidada neste Acórdão, na esteira do que já vem fazendo o Tribunal Constitucional desde o Acórdão n.º 241/2002, de 29 de maio, com a classificação tripartida entre dados de base, de tráfego e de localização.

Tal distinção revela-se importante na medida em que o artigo 4.º da Lei n.º 32/2008 – que visa os tais metadados, ou seja, os dados que respeitam às circunstâncias da comunicação, deixando, naturalmente, de fora os dados de conteúdo, ou seja, da própria comunicação – abrange as categorias de dados de base e dados de tráfego, não sendo, como já visto, igual a tutela constitucional para cada uma destas categorias.

Este Acórdão não deixa de colocar os dados de localização no âmbito de proteção dos dados de tráfego, realçando mesmo a relevância da agressão que estes introduzem aos direitos fundamentais em análise, já que abrangem a informação relativa à localização do equipamento, quer por via da identificação da posição geográfica do aparelho, independentemente de qualquer comunicação (em bom rigor, sendo reconduzíveis aos dados de base), quer por via da identificação de uma comunicação ou a uma tentativa falhada.

Mais conferindo uma atenção reforçada aos endereços de protocolo IP, os quais podem ser estáticos (identificando permanentemente um ponto de acesso à rede) ou dinâmicos (sendo atribuídos a certo computador apenas no momento em que se conecta à rede e durante a sua

ligação). Estes dados foram, como se viu, colocados ao nível dos dados de base na formulação do juízo de conformidade, significando isto que poderão ser conservados para os efeitos aqui em discussão caso o legislador venha a garantir o respetivo armazenamento em território europeu.

Tal categorização de dados e sua distinção com relação à comunicação propriamente dita leva ainda à segunda nota, que é a de o Acórdão ter decidido com base nos parâmetros constitucionais do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o direito à autodeterminação informativa, excluindo o direito à inviolabilidade das comunicações (consagrado no artigo 34.º da Constituição), precisamente por entender que os dados contidos no artigo 4.º da Lei n.º 32/2008 não se incluem nos dados de comunicação, não reclamando, assim, aquela proteção constitucional.

Ora, tal decisão desvia-se quer do que havia sido requerido pela Provedora de Justiça no seu pedido de fiscalização, quer de uma declaração de voto conjunta que, concordando com o juízo de inconstitucionalidade decidido, entende que na esteira dos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 464/2019 e 403/2015 (dos quais resulta que as comunicações requerem um regime de inviolabilidade mais intenso, recaindo a proteção constitucional nesta matéria não apenas no seu conteúdo, mas também nos dados de tráfego gerados a seu propósito), deveria ter sido mobilizado como parâmetro do juízo positivo de inconstitucionalidade o direito consagrado no artigo 34.º, n.ºs 1 e 4, da Constituição.

Os próximos tempos (agora que se sabe não ter o Tribunal Constitucional conhecido da arguição de nulidades requerida pela Procuradoria-Geral da República) requererão uma cuidada, atenta e ponderada intervenção do legislador, que é quem, desde o primeiro momento, deveria ter atuado de molde a evitar este já anunciado juízo de inconstitucionalidade. Não sendo de descartar que a atenção recaia ainda sobre a constatação de que também o artigo 6.º, n.º 3, da Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, na redação dada pela Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto, e os artigos 9.º, n.º 2, e 10.º, n.º 1, da Lei n.º 23/96, de 26 de julho, preveem uma conservação generalizada de dados (ainda que para finalidade distinta, de faturação). Muitas vozes críticas do Acórdão têm chamado, precisamente, a atenção para a incoerência que é proibir a conservação generalizada dos dados para efeitos de investigação criminal, mas permiti-lo já para efeitos de faturação. Havendo razão nesta observação, não se pode esquecer que o Tribunal Constitucional foi chamado a pronunciar-se sobre um objeto preciso, o da inconstitucionalidade de concretas normas da Lei n.º 32/2008 e na sequência da declaração de ilegalidade das respetivas normas da Diretiva 2006/24/CE.