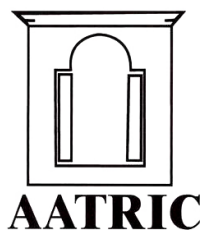


SEPARATA

RPDC N.º 1 (2021)

# REVISTA PORTUGUESA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

PORTUGUESE REVIEW OF CONSTITUTIONAL LAW



# *O Tribunal Constitucional e o Acesso aos Metadados das Comunicações pelos Serviços de Informação\**

**Jorge Reis Novais**

*Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
jnovais@fd.ulisboa.pt*

1. A recente jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre acesso dos Serviços de Informação aos chamados *metadados* das comunicações privadas foi objecto de uma reacção política que se pode qualificar, no mínimo, como não muito edificante. Muito resumidamente, a uma primeira decisão do Tribunal Constitucional (o Acórdão n.º 403/2015) que se pronunciou pela inconstitucionalidade daquele acesso quando feito fora do contexto de um processo penal – inconstitucionalidade que, a meu ver, decorre cristalinamente do artigo 34.º, n.º 4, da Constituição (“*é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal*”) – o poder político reagiu de forma inapropriada. De acordo com afirmações na altura proferidas por responsáveis políticos, se o Tribunal Constitucional considerava aquela ingerência inconstitucional, mas se, em contrapartida, a segurança pública exigia impreterivelmente que os Serviços de Informação pudessem ter acesso àqueles dados no âmbito da luta contra o terrorismo, então o que haveria a fazer seria *contornar* a decisão do Tribunal Constitucional.

E, na prática, foi exactamente essa a tentativa feita pelo legislador: a Lei Orgânica n.º 4/2017 alterou os requisitos procedimentais anteriormente previstos no Decreto considerado inconstitucional, continuando a permitir o acesso dos Serviços de Informação aos *metadados* mesmo fora de um processo penal, mas procurando assegurar uma protecção das garantias individuais

---

\* Por opção do Autor, o presente texto segue a ortografia anterior ao Acordo Ortográfico em vigor desde 2009.

materialmente equivalente à que é proporcionada pelas garantias do processo penal. Beneficiando da *teimosia* quase obsessiva do actual Presidente da República em prescindir da fiscalização preventiva junto do Tribunal Constitucional, a lei entrou em vigor, mas, chamado a intervir em sede de fiscalização sucessiva, o Tribunal Constitucional, e a meu ver novamente bem, declarou a inconstitucionalidade das normas correspondentes através do Acórdão n.º 464/2019.

Perante isto, e para facilidade de exposição, podemos começar por dar como adquiridos – embora, como é natural, não haja integral unanimidade a propósito – os seguintes pressupostos. Primeiro, em Portugal como na maior parte dos países que nos são próximos, as necessidades da luta antiterrorista aconselham fortemente ou até exigem, em casos excepcionais devidamente fundamentados, o acesso dos Serviços de Informação aos *metadados* das comunicações, mesmo fora de um contexto de processo penal. Em segundo lugar, esse acesso ou a possibilidade desse acesso legalmente instituída constitui, em termos jurídicos, uma ingerência ou, mais rigorosamente, uma restrição ou uma intervenção restritiva na garantia jusfundamental consagrada no artigo 34.º, n.º 4, da Constituição (para além da concomitante, embora não já tão específica, afectação de outros direitos fundamentais correlacionados, como os direitos à privacidade, ao livre desenvolvimento da personalidade ou à protecção de dados pessoais).

Nestes termos, antes da abordagem à questão decisiva de saber como superar o impasse jurídico e político entretanto criado, importa esclarecer os contornos do tema principal subjacente, o da controversa legitimidade constitucional do acesso aos *metadados* perante a proibição aparentemente instituída no artigo 34.º, n.º 4, da Constituição.

2. Na resposta a esta dúvida, tudo passa, em primeiro lugar, pela determinação da natureza daquela proibição constitucional. É ela uma proibição absoluta (definitiva), insusceptível de admitir quaisquer outras excepções para além das constitucionalmente previstas, ou é uma proibição relativa e, portanto, sujeita a juízos de ponderação que admitam a sua eventual cedência?

A importância do esclarecimento desta dúvida resulta das diferentes consequências decorrentes da resposta que lhe vier a ser dada. De facto, se pressupusermos, como se admitiu, que o interesse público da defesa contra o terrorismo exige impreterivelmente a autorização do acesso aos *metadados*, então, na primeira hipótese, a do carácter absoluto daquela vinculação constitucional,

só se pode resolver o impasse através de uma revisão constitucional em que se altere o disposto no artigo 34.º, n.º 4, enquanto que, na segunda hipótese, isto é, considerando que a garantia constante dessa norma é relativa, já se poderia continuar a *insistir* na tentativa de convencer uma maioria dos juízes do Tribunal Constitucional a admitir condicionadamente o acesso aos *metadados* por parte dos Serviços de Informação.

3. Todo o constitucionalismo que emerge na segunda metade do século XX assenta na força normativa da Constituição e na consideração da norma constitucional como norma jurídica aplicável pelos tribunais. Desse ponto de vista, que é o único compatível com a natureza de um Estado de Direito com Constituição em sentido formal e com a existência de um Tribunal Constitucional, a fase de interpretação do conteúdo e da natureza das normas constitucionais aplicáveis a um caso concreto é tão imprescindível quanto a da interpretação de qualquer outra norma jurídica e, nesse plano, não são distintos os elementos interpretativos a que o juiz constitucional deve recorrer para apurar, na situação em apreço, se a proibição contida no artigo 34.º, n.º 4, é absoluta ou se, ao invés, se expressa aí uma mera remissão do aplicador para posteriores juízos de ponderação de bens.

É verdade que para algumas concepções baseadas na teoria analítica da norma, ou para algumas posições doutrinárias inspiradas na teoria dos direitos fundamentais como princípios, a nenhuma norma jurídica, constitucional ou ordinária, pode ser atribuído um carácter vinculativo absoluto. Em última análise, toda e qualquer norma estaria sujeita, na sua aplicação a um caso concreto, a uma ponderação de bens que determinaria qual deles deveria prevalecer. Porém, essa é uma pré-compreensão incompatível com o constitucionalismo de Estado de Direito. Ou seja, a Constituição poderia ter determinado que *em caso algum haverá pena de morte* ou que *as eleições para a Assembleia da República se realizam quatro anos decorridos sobre o início da legislatura*, mas, no fim, caberia ao Tribunal Constitucional decidir se, atentos e ponderados os pesos relativos dos bens e interesses em confronto num caso concreto, poderia ou não admitir-se a tortura numa situação concreta ou se a realização das eleições não deveria ser postergada para data mais conveniente.

Ora, conhecendo-se a facilidade com que a metodologia da ponderação pode ser invocada para favorecer uma ou outra solução, tal corresponderia, não apenas a uma *expropriação* da Constituição pela jurisdição constitucional, como provocaria uma situação de insegurança jurídica incompatível com a natureza de um Estado de Direito.

Rejeitada essa pré-compreensão, porque estruturalmente avessa à distinção entre norma constitucional e norma ordinária e igualmente repelida pela divisão de poderes própria de Estado de Direito constitucional, deve reconhecer-se ao legislador constituinte a possibilidade de adoptar comandos normativos de natureza absoluta e definitiva, não sujeitos a posterior ponderação por parte dos poderes constituídos, isto é, relativamente aos quais o legislador constituinte quis fazer e fez todas as ponderações que há a fazer. De resto, se reconhecemos ao legislador ordinário a possibilidade de criar proibições absolutas, não há como não reconhecer, por maioria de razão, análoga prerrogativa ao legislador constituinte.

4. A questão é, no fundo, a de saber se devemos ou não reconhecer um carácter absoluto e definitivo no enunciado normativo expresso no artigo 34.º, n.º 4, da Constituição. Ora, os diferentes cânones interpretativos aplicáveis, a meu ver, apontam inequivocamente nesse sentido, isto é, que o legislador constituinte quis fazer todas as ponderações sobre essa questão no momento constituinte (nos seus vários momentos, incluindo o das revisões constitucionais) e quis, a título absoluto e definitivo, excluir qualquer ingerência pública nas telecomunicações salvo nos casos previstos na lei em matéria de processo criminal.

É isso que resulta, designadamente, do elemento literal, uma vez que se proíbe toda a ingerência nas telecomunicações e se ressalvam, unicamente, os casos previstos na lei em matéria de processo penal. Tal qual como se a norma constante do artigo 24.º, n.º 2, da Constituição dissesse algo do género: *não haverá pena de morte (ou é proibida toda a pena de morte) salvo nos casos previstos na lei em matéria de alta traição militar em teatro de guerra*. Ou seja, institui-se uma proibição absoluta através de uma norma com a chamada natureza de *regra*, com uma única possibilidade, bem determinada, de excepção.

Por outro lado, tal como se assinala devidamente no Acórdão n.º 403/2015, esta natureza absoluta da proibição instituída no artigo 34.º, n.º 4, da Constituição é confirmada pela história das revisões constitucionais onde, ao contrário do que aconteceu com outras disposições do mesmo artigo, o legislador constituinte optou por manter inalterado o sentido e a letra da proibição instituída no n.º 4. De resto, esta interpretação obtém ainda confirmação na jurisprudência do Tribunal Constitucional, nos pareceres da Procuradoria-Geral da República e na doutrina que expressamente se pronunciou sobre a questão.

5. Todavia, onde o referido Acórdão 403/2015 falha rotundamente e, nessa medida, enfraquece significativamente a coerência da sua fundamentação da decisão de inconstitucionalidade é quando envereda por uma teorização mais do que discutível da admissibilidade das restrições a direitos fundamentais no nosso sistema constitucional. Apoiando-se em elaboração de Gomes Canotilho constante da *Constituição Anotada* e da 5ª edição do seu *Direito Constitucional* – aliás, abandonada pelo Autor na edições seguintes –, o Tribunal Constitucional desenvolve uma linha argumentativa segundo a qual as ingerências legalmente previstas no acesso dos Serviços de Informação aos metadados seriam inconstitucionais porque, entre nós, só seriam legítimas as restrições expressamente previstas (com base na primeira parte do n.º 2 do artigo 18.º), no que constitui, hoje, um anacronismo que remete para concepções correntes nos anos setenta e oitenta do século passado e de há muito superadas. Naturalmente, seguindo esse raciocínio, o Tribunal Constitucional teria necessariamente de concluir pela inconstitucionalidade de um número infindável de normas jurídicas restritivas de direitos fundamentais e que permanecem incontroversamente em vigor.

Sustenta-se, em segundo lugar, naquela linha argumentativa, que, existindo uma previsão constitucional expressa de restrição – a mencionada na excepção do artigo 34.º, n.º 4 –, já não poderiam existir outras. Não é assim, como facilmente se demonstra; o facto de a Constituição autorizar uma restrição nada nos diz sobre a legitimidade ou ilegitimidade constitucionais de outras não expressamente previstas. Por exemplo, a Constituição prevê expressamente restrições aos direitos de expressão, reunião ou manifestação dos militares, mas isso não prejudica, obviamente, a legitimidade constitucional de outras restrições a estes direitos, independentemente de expressamente previstas ou não.

Na realidade, aquilo que, para este efeito, acaba por ser determinante, e que o deve ser, é a natureza da norma que consagra a garantia jusfundamental em causa numa situação concreta. Se a norma tem a natureza de garantia absoluta, definitiva, qualquer restrição é inconstitucional. Se a norma apresenta uma natureza de *princípio*, se admite a possibilidade de cedência em função do maior peso que apresentem outros interesses igualmente dignos e carentes de protecção, então tudo dependerá da justificação apresentada para fazer ceder o direito fundamental e da conformidade da medida restritiva com os princípios constitucionais estruturantes. É verdade que, considerado como um todo, todo o direito fundamental é susceptível

de cedência, está afectado por uma reserva geral imanente de ponderação, mas, no âmbito de protecção desse mesmo direito fundamental, pode haver garantias particulares com uma natureza absoluta, irrestringível. Tudo dependerá daquilo que a norma constitucional disser a propósito e, no caso que aqui apreciamos, a norma constitucional do artigo 34.º, n.º 4, é clara e inequívoca.

Neste sentido, dado o carácter absoluto e definitivo da norma constitucional que proíbe qualquer acesso dos Serviços de Informação aos metadados fora dos casos previstos na lei em matéria de processo penal, a única solução constitucionalmente adequada ao dispor de um poder político que pretenda atenuar a rigidez dessa proibição passa por uma alteração da norma em causa através de correspondente revisão constitucional.

6. De qualquer forma, e embora acompanhe a conclusão do Tribunal Constitucional nas suas duas decisões, penso que, sobretudo na primeira decisão, o Tribunal Constitucional acabou por transformar uma justificação simples e inatacável da sua posição de fundo – o facto de a norma constitucional proibir com carácter absoluto quaisquer ingerências nas comunicações que não sejam as previstas na lei em matéria de processo penal – num conglomerado de fundamentações duvidosas, incoerentes e até mesmo erróneas, como foi a afirmação de que a vinculação do legislador, e, conseqüentemente, a margem de controlo do juiz constitucional, é maior quando procede a restrições expressamente autorizadas pela Constituição, quando é manifestamente o oposto. Se a Constituição já autorizou, o controlo judicial atenua-se fortemente, quase se dispensa, a Constituição já resolveu boa parte do problema. Ao contrário, se a Constituição nada diz sobre a questão, o controlo judicial deve ser pleno e muito mais intenso.

Diga-se que este tipo de debilidades de fundamentação está ausente da segunda decisão de inconstitucionalidade adoptada no Acórdão n.º 464/2019. Ainda assim, não pode deixar de se assinalar a inconsistência de uma fundamentação que, por um lado, começa por reafirmar o conteúdo inabalável da determinação constitucional com o sentido com que foi acolhida na primeira decisão do Tribunal Constitucional, mas que, a seguir, sem que se perceba a necessidade, se dedica a demonstrar porquê as garantias previstas na lei em apreciação não são materialmente equivalentes às garantias do processo penal, como se a confirmação da decisão de inconstitucionalidade dependesse dessa demonstração. Ora, se a nova lei é inconstitucional porque a garantia constitucional é absoluta, para quê entrar num tipo de argumentação muito

mais discutível e, provavelmente, inconclusivo? Atente-se no exemplo da norma hipotética que proibia a pena de morte com excepção da alta traição militar em teatro de guerra. Imagine-se que a lei ordinária vem prever, por exemplo, a pena de morte para certos crimes hediondos que nada têm a ver com esta excepção. Precisamos de ir verificar se as situações em causa – alta traição militar e crime hediondo – são materialmente comparáveis ou equivalentes para concluir se a nova previsão legal de pena de morte é ou não inconstitucional? Claro que não.

O problema é que as debilidades de fundamentação têm consequências. Uma afirmação inequívoca, simples e lapidar do carácter absoluto da proibição constante do artigo 34.º, n.º 4, colocaria os responsáveis políticos perante uma inevitabilidade: se o acesso dos Serviços de Informação aos metadados é absolutamente imprescindível – e, porventura, é –, então a única saída para o impasse é a revisão pontual da respectiva disposição constitucional; se a fundamentação da decisão de inconstitucionalidade fica envolvida num manto ténue e interminável de considerações discutíveis sobre a equivalência material, a proporcionalidade e a determinabilidade, acaba-se por estimular os responsáveis políticos a insistirem no *(con)vencimento* do Tribunal Constitucional, nem que seja pelo cansaço.

7. Por fim, cabe responder antecipadamente a um argumento muitas vezes utilizado contra a posição aqui defendida sobre a obrigatoriedade de relevar as distinções normativas feitas pelo legislador constituinte. Alega-se que não seria possível defender, por um lado, a importância decisiva das determinações constitucionais e, por outro, noutras situações, defender a irrelevância de outras disposições constitucionais, como a do artigo 18.º, n.º 2, primeira parte. No entanto, a posição aqui defendida em nada contradiz a posição que defendo desde 2003 quanto à irrelevância jurídica desta última “norma”, isto é, a que dispõe que a lei só pode restringir direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição.

É que defender a força normativa da Constituição não implica ter de reconhecer natureza normativa a qualquer disposição constitucional. No caso, o enunciado do artigo 18.º, n.º 2, primeira parte, não pode, pura e simplesmente, ter carácter normativo, não é, em rigor, uma norma, no sentido de que é facticamente inaplicável, independentemente de qual seja a vontade do legislador ordinário, da administração ou do juiz ou de qual tenha sido a *intenção* do legislador constituinte. Se a Constituição consagra o direito à vida sem previsão expressa de restrições e consagra simultaneamente a liberdade

de consciência e de religião sem previsão expressa de restrições, como seria possível resolver o problema jurídico da testemunha de Jeová que recusa a transfusão de sangue considerada absolutamente indispensável para lhe salvar a vida sem restringir um ou outro daqueles direitos fundamentais? Se a Constituição consagra como direito fundamental o direito ao desenvolvimento da personalidade e não prevê qualquer possibilidade da sua restrição, como concretizar o exercício de tal direito quando ele não é susceptível de ocorrer sem a sua concomitante sujeição a restrições impostas, desde logo, pelo direito ao desenvolvimento da personalidade dos outros? E poder-se-iam multiplicar os exemplos de impossibilidade fáctica e jurídica de aplicação dessa pretensa norma.