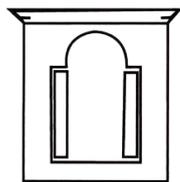


SEPARATA

RPDC N.º 1 (2021)

REVISTA PORTUGUESA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

PORTUGUESE REVIEW OF CONSTITUTIONAL LAW



AATRIC

*E agora, quo vadis? – Reflexões sobre a evolução da jurisprudência do Tribunal Constitucional relativa a metadados**

José Manuel Santos Pais

Procurador-Geral Adjunto no Tribunal Constitucional
jspais@tribconstitucional.pt

I. Introdução

1. A prolação, pelo Tribunal Constitucional, do Acórdão 464/2019, vista do prisma de um observador exterior

O Acórdão n.º 464/2019¹ segue-se a um anterior acórdão sobre o mesmo tema, o Acórdão 403/2015, de 27 de Agosto, que é expressamente citado como principal referência de fundamentação (cfr.,

* Este texto corresponde, no essencial, ao suporte escrito da intervenção oral no III Seminário da Associação dos Assessores do Tribunal Constitucional, que teve lugar no dia 12 de Dezembro de 2019, no Tribunal Constitucional. Por opção do Autor, o presente texto segue a ortografia anterior ao Acordo Ortográfico em vigor desde 2009.

¹ Neste Acórdão do Tribunal Constitucional, tirado em Plenário no dia 18 de Setembro de 2019, decidiu-se: «Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma constante do artigo 3.º da Lei Orgânica n.º 4/2017, de 25 de agosto, na parte em que admite o acesso dos oficiais de informações do Serviço de Informações de Segurança (SIS) e do Serviço de Informações Estratégicas e de Defesa (SIED), relativamente a dados de base e de localização de equipamento, quando não dão suporte a uma concreta comunicação, para efeitos de produção de informações necessárias à salvaguarda da defesa nacional e da segurança interna, por violação dos artigos 26.º, n.º 1, e 35.º, n.ºs 1 e 4, em conjugação com o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa; b) Não declarar a inconstitucionalidade da norma constante do artigo 3.º da Lei Orgânica n.º 4/2017, de 25 de agosto, na parte em que admite o acesso dos oficiais de informações destes serviços no âmbito das respetivas atribuições, relativamente a dados de base e de localização de equipamento, quando não dão suporte a uma concreta comunicação, para efeitos de produção de informações necessárias à prevenção de atos de sabotagem, espionagem, terrorismo, proliferação de armas de destruição maciça e criminalidade altamente organizada; e c) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma constante do artigo 4.º da Lei Orgânica n.º 4/2017, de 25 de agosto, por violação do disposto no artigo 34.º, n.º 4, da Constituição, no que diz respeito ao acesso aos dados de tráfego que envolvem comunicação intersubjetiva, e por violação do disposto nos artigos 26.º, n.º 1 e 35.º, n.ºs 1 e 4, em conjugação com o artigo 18.º, n.º 2, todos da Constituição, no que se refere ao acesso a dados de tráfego que não envolvem comunicação intersubjetiva.»

por exemplo, as pp. 27 e segs. do acórdão) e cujo relator acabou por ser o mesmo (Conselheiro Lino Ribeiro). Observa-se, no entanto, um aumento muito expressivo do número de declarações de voto apostas ao Acórdão n.º 464/2019, quando comparado com o Acórdão n.º 403/2015 (passou-se de duas para onze declarações de voto, uma das quais conjunta, ou seja, em 4 anos, assistimos à apresentação de mais nove declarações de voto, de concordância, de vencido ou de parcialmente vencido).

Esta matéria encontra-se legislada em muitos outros países europeus, a nível constitucional e infra-constitucional, em que se admite o acesso a metadados por parte dos Serviços de Informações respectivos (entre 28 países europeus, Portugal é o único que continua a não admitir esse acesso), pelo que é de questionar: as disposições constitucionais e legislativas desses países serão assim tão diferentes das normas que integram a legislação portuguesa?

Tenhamos presente a evolução do terrorismo internacional nos últimos anos: os atentados continuam a ocorrer em diversos países europeus, com preocupante frequência, com um número muito considerável de vítimas, carecendo tais atentados de ser prevenidos e combatidos mediante a permanente partilha de informações entre Serviços de Informações, designadamente europeus.²

Estaremos, então, a propósito da prolação do Acórdão 464/2019, perante a confirmação definitiva de uma posição anteriormente assumida pelo Tribunal Constitucional, no Acórdão 403/2015, relativamente à interpretação do artigo 34.º da Constituição, no sentido de este proibir o acesso a metadados por parte dos Serviços de Informações, ou apenas perante um eventual acórdão de transição, destinado a preparar uma reavaliação futura da posição agora (re)assumida pelo mesmo Tribunal?

Seria a posição jurisprudencial do Tribunal Constitucional, agora confirmada, a mesma, se tivesse havido, antes da prolação deste Acórdão, um atentado em Portugal, à semelhança e com a gravidade dos que têm ocorrido em França, na Alemanha, na Bélgica, em Espanha ou no Reino Unido?

Estaremos nós em situação, como reza a História, de discutir o relevante problema do sexo dos anjos, enquanto os exércitos turcos,

² Segundo o *European Union Terrorism Situation and Trend Report (TESAT)* de 2018 (disponível em <https://www.europol.europa.eu/>), «In 2017, a total of 205 foiled, failed and completed terrorist attacks were reported by nine EU Member States» (p. 9). «A total of 1219 persons were arrested on suspicion of being involved in terrorism-related activities. Most arrestees (638) were male, against 123 female (...). Most arrests occurred in France (373), Spain (78) and Germany (52). (...) The majority of arrested women (64%) held the citizenship of an EU Member State and were born in the EU» (p. 56).

comandados por um sultão com apenas 21 anos de idade, de nome Maomé II, acometem de assalto as muralhas de Constantinopla, como aconteceu no domingo de Pentecostes, 29 de Maio, do ano da graça de 1453, assalto, esse, que levou à queda do Império Bizantino, ou seja, do designado Império Romano do Oriente?

2. O Sistema de Informações da República Portuguesa (SIRP): princípios a que obedece, limites à sua actuação e sistemas de fiscalização instituídos

2.1. O SIRP foi criado no seguimento do assassinato do médico Issam Sartawi, membro da OLP (Organização para a Libertação da Palestina), numa reunião da Internacional Socialista, no dia 10 de Abril de 1983, no átrio do Hotel Monte Choro, em Albufeira. O agressor conseguiu fugir e o atentado foi mais tarde reivindicado pela organização Abu Nidal.³

O SIRP foi criado para produzir informações necessárias à preservação da segurança interna e externa, bem como à independência e interesses nacionais e à unidade e integridade do Estado (cfr. o artigo 2.º, n.º 2, da Lei Quadro do SIRP – Lei n.º 30/84, de 5 de Setembro). Os Serviços de Informações nacionais integram:

- os Serviços de Informações internos (SIS - Serviço de Informações de Segurança)
 - organismo incumbido da produção de informações que contribuam para a salvaguarda da segurança interna e a prevenção da sabotagem, do terrorismo, da espionagem e a prática de atos que, pela sua natureza, possam alterar ou destruir o Estado de direito constitucionalmente estabelecido (Lei 30/84, artigo 21.º);
 - os Serviço de Informações Externos (SIED - Serviço de Informações Estratégicas de Defesa) - organismo incumbido da produção de informações que contribuam para a salvaguarda da independência nacional, dos interesses nacionais e da segurança externa do Estado Português (Lei 30/84, artigo 20.º).
- Trata-se, pois, de Serviços da República, que lidam com áreas tão

³ Em face do que perguntamos: será que aprendemos devidamente com a nossa História, uma vez que o nosso país foi palco de vários atentados terroristas no passado? A este respeito, v. a declaração de voto do Conselheiro Teles Pereira: «3.1.1.2. Com efeito, a sociedade portuguesa foi atingida nas décadas de 70/80 do século passado por diversos desafios à segurança interna, protagonizados pelo fenómeno do terrorismo, tanto internacional como de âmbito doméstico. Quanto à primeira dimensão (terrorismo internacional), cabe salientar, no final dos anos 70 e começo dos anos 80, de um ciclo de ações, iniciado em novembro de 1979 com um atentado, que causou vítimas mortais, ao Embaixador de Israel em Portugal, prolongando-se esse ciclo até julho de 1983, com o ataque por um grupo arménio à Embaixada da Turquia (que provocou 7 mortos). Configurando terrorismo doméstico – descontando os fenómenos anteriores a 1976 (rede bombista) –, foi a sociedade portuguesa atingida na década de 80 pela atuação de um grupo terrorista nacional, as designadas Forças Populares 25 de Abril (FP/25)» (cfr. p. 132 do Acórdão n.º 464/2019).

sensíveis quanto a segurança interna e externa do Estado português, o Estado de Direito e a preservação das instituições democráticas, bem como com a prática de actos particularmente gravosos para a segurança de todos os que residem em Portugal (cidadãos nacionais ou não).

A existência de Serviços de Informações afigura-se como um dos instrumentos indispensáveis para garantir a segurança nacional, enquanto tarefa fundamental do Estado, segurança, essa, a que aludem os artigos 9.º e 27.º da Constituição. Nessa medida, o decidido pelo Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 464/2019, acaba por afectar significativamente interesses essenciais do Estado Português.

De resto, tanto o Acórdão n.º 403/2015 como, no seu seguimento, o Acórdão n.º 464/2019, partem do pressuposto de que a intervenção dos Serviços de Informações apenas tem lugar na fase da prevenção criminal. Mas será que a actividade de recolha de informações, pelo SIRP, se situa apenas na área da prevenção (antes, por isso, da prática de um crime) ou pode ser coincidente ou suceder mesmo à respectiva prática?

2.2. Os Serviços de Informações encontram-se sujeitos a particulares restrições quanto à sua actividade, designadamente:

- proibição de desenvolvimento de atividades de pesquisa, processamento e difusão de informações que envolvam ameaça ou ofensa aos direitos, liberdades e garantias consignados na Constituição e na lei (Lei n.º 30/84 – artigo 3.º, n.º 1);
- sujeição a todas as restrições legalmente estabelecidas em matéria de defesa dos direitos, liberdades e garantias perante a informática (Lei n.º 30/84 – artigo 3.º, n.º 2);
- desenvolvimento apenas das atividades de pesquisa e tratamento das informações respeitantes às atribuições específicas de cada um dos Serviços que integram o SIRP (Lei n.º 30/84 – artigo 3.º, n.º 3).

Por outro lado, os funcionários ou agentes dos Serviços de Informações não podem exercer poderes, praticar atos ou desenvolver atividades do âmbito ou competência específica dos tribunais ou das entidades com funções policiais, sendo-lhes expressamente proibido proceder à detenção de qualquer indivíduo ou instruir processos penais (Lei n.º 30/84 – artigo 4.º).

Os Serviços de Informações não podem, pois, agir como o fazia a antiga Polícia Internacional de Defesa do Estado (PIDE), no regime anterior a 25 de Abril de 1974, ou praticar actos da mesma natureza.

Prevê, aliás, a Lei Quadro do SIRP, em matéria de deveres e responsabilidades dos funcionários e agentes do SIRP (artigos 28.º e

segs.), sanções criminais e disciplinares severas em caso de incumprimento, incluindo a pena disciplinar de demissão e penas de prisão, havendo casos recentes em que as mesmas sanções foram aplicadas, no seguimento da instauração das correspondentes acções, quer disciplinares, quer criminais.

Será falsa, pois, a ideia peregrina de que, independentemente do sentido do Acórdão n.º 464/2019, os Serviços de Informações poderão ter acesso à informação de que precisam, designadamente através do acesso a metadados, à margem do decidido no referido Acórdão. Não podem, nem devem!

2.3. Os Serviços de Informações encontram-se, por outro lado, sujeitos a diferentes formas de:

- *coordenação interna* (desde logo através do Primeiro Ministro, colocado no topo do SIRP – artigos 15.º e 17.º da Lei Quadro do SIRP, depois pelo Secretário-Geral do SIRP – artigo 19.º e, ainda, pelo Conselho Superior de Informações – artigo 18.º);
- e de *fiscalização externa* (Conselho de Fiscalização do SIRP – artigos 8.º a 13.º e Comissão de Fiscalização de Dados da Procuradoria-Geral da República – artigos 26.º e 27.º).

Não são, pois, serviços com irrestrita autonomia de funcionamento, bem pelo contrário.

2.4. São, por outro lado, Serviços que se integram em redes mais vastas de partilha de informações com serviços congéneres estrangeiros.

Segundo o princípio da impenetrabilidade da matéria, dois corpos não podem ocupar o mesmo espaço, ao mesmo tempo. Transpondo esta regra para a área dos Serviços de Informações:

- o espaço desocupado por um Serviço de Informações nacional será seguramente ocupado por um serviço congénere estrangeiro;
- a partilha de informações pressupõe a troca de informações e esta não ocorre quando a recepção de informação se faz num só sentido - para receber alguma informação útil, há que ter algo para dar em troca.

Como explicar, por outro lado, aos Serviços de Informações estrangeiros, que os Serviços de Informações nacionais não poderão fornecer informação sobre o que se passa em território nacional, designadamente em matéria de terrorismo, se para tanto for indispensável o acesso a metadados?

Uma tal situação não deixará de acarretar uma imagem de falta de credibilidade externa dos Serviços de Informações nacionais e levará seguramente a uma escassez, ou mesmo à ausência, de recepção de informação, proveniente de serviços congéneres estrangeiros, informação essa que poderá revelar-se essencial para prevenir futuros atentados no nosso país.

Daí que ambos os órgãos de fiscalização do SIRP, Conselho de Fiscalização e Comissão de Fiscalização de Dados, tenham emitido pareceres positivos relativamente à publicação da Lei Orgânica n.º 4/2017, de 25 de Agosto. O sistema de acesso a metadados, por parte dos Serviços de Informações poderá não ser considerado constitucionalmente admissível, como decidiu o Tribunal Constitucional, mas é seguramente indispensável à manutenção do Estado de direito e à preservação da ordem constitucional portuguesa.

3. Legislação nacional relevante: a Lei Orgânica n.º 4/2017, de 25 de Agosto, e a Portaria n.º 237-A/18, de 28 de Agosto

A Lei Orgânica n.º 4/2017 é enformada por diversos princípios que se consideram essenciais à sua adequada aplicação. Entre estes, destacam-se: a *comunicação ao Ministério Público* e a *necessidade de autorização judicial* (artigo 5.º); o estabelecimento de *requisitos* de admissibilidade do pedido em obediência aos princípios da *necessidade, adequação e proporcionalidade* (artigo 6.º); a sujeição a *controlo judicial e autorização prévia* (artigo 8.º); a comunicação imediata ao Procurador-Geral da República de dados que indiciem a prática de *crimes de espionagem* e de *terrorismo* (artigo 13.º); e a sujeição a fiscalização por autoridades públicas. A Comissão de Fiscalização de Dados fiscaliza a qualidade e salvaguarda a confidencialidade e a segurança dos dados obtidos, se necessário oficiosamente, garante o direito de acesso dos cidadãos aos dados que lhes digam respeito, ordena o cancelamento ou rectificação de dados que envolvam violação de direitos, liberdades e garantias consignados na Constituição e na lei e, se for caso disso, exerce a acção penal (artigo 15.º); e o Conselho de Fiscalização do SIRP exerce igualmente o seu poder de fiscalização (artigo 16.º).

Por sua vez, a Portaria n.º 237-A/18, de 28 de Agosto, instituiu o sistema informático SAPDOC (Sistema de Acesso ou Pedido de Dados aos Prestadores de Serviços de Comunicações Electrónicas) – sistema que foi devidamente criado, testado e posto em funcionamento pelo Ministério da Justiça, encontrando-se, pois, em pleno funcionamento.

A legislação nacional oferece, assim, todas as garantias necessárias a um adequado acompanhamento e supervisão, por todas as entidades intervenientes, do processamento de pedidos de acesso a metadados por parte dos Serviços de Informações nacionais e o seu necessário controlo pelos órgãos de fiscalização.

4. Direito da União Europeia: a Directiva 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho (transposta pela Lei 41/04, 18 de Agosto) e jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)

A Lei Orgânica n.º 4/2017 traduz uma concretização da excepção facultativa ao regime regra da privacidade em matéria de comunicações electrónicas (artigo 15.º, n.º 1 da Directiva), em que se admite a possibilidade de adopção de medidas legislativas destinadas a salvaguardar a segurança nacional, a defesa, a segurança pública e a prevenção de infracções penais (cfr. o n.º 6, p. 16 do Acórdão n.º 464/2019).

Nos termos do artigo 15.º, n.º 1, da Directiva 2002/58/CE deve ter-se por proibida a conservação generalizada e indiferenciada de todos os dados de tráfego e dados de localização de todos os utilizadores e assinantes registados em relação a todos os meios de comunicação electrónica – no caso português, porém, estamos apenas perante um acesso específico a determinados dados, em relação a pessoas concretas e individualizáveis. A regulamentação nacional obedece também à exigência de limitar o acesso a casos de *criminalidade grave* e sujeita a um *controlo prévio por parte de um órgão jurisdicional*.⁴

Por outro lado, a existência de regulamentação nacional sobre medidas de acesso a dados é uma *faculdade* e não uma imposição da União Europeia, havendo lugar a uma margem de determinação dos Estados membros, para a definição de medidas restritivas.

A Lei Orgânica n.º 4/2017 respeita as exigências comunitárias, constantes da Directiva 2002/58/CE, de prevenção da criminalidade grave dos princípios da confidencialidade, do anonimato e da não conservação de dados; bem como os princípios de adequação, proporcionalidade e necessidade, com as salvaguardas adequadas; além das exigências da existência de criminalidade grave, controlo prévio e manutenção dos dados no território da União Europeia. É garantido, do mesmo modo, o acesso posterior e a possibilidade de impugnação por parte dos titulares dos dados (embora, no caso português, por via indirecta, através da intervenção da Comissão de Fiscalização de Dados).⁵

Pode, pois, concluir-se que a legislação nacional, constante da Lei Orgânica n.º 4/2017, parece estar de acordo com o direito da União Europeia, bem como com a jurisprudência do TJUE.⁶

⁴ Cfr. o Acórdão de 21 de dezembro de 2016, *Tele2 Sverige e Watson*, C203/15 e C698/15, EU:C:2016:970, referido a p. 18 do Acórdão.

⁵ Cfr. o n.º 6, pp. 21-22 do Acórdão.

⁶ Neste sentido, v. as declarações de voto do Conselheiro Teles Pereira, que também assume que a

5. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH)⁷

A Lei Orgânica n.º 4/2017 respeita igualmente os critérios definidos pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), em especial, no Acórdão de 13 de Setembro de 2018, *Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom* (queixas n.ºs 58170/13, 62322/14 e 24960/15).

Embora não estejamos, sequer, no caso português, perante situações de recolha em massa de dados, aquisição de dados de comunicação guardados por empresas fornecedoras de serviços de comunicações ou de intercepção de comunicações, verifica-se o respeito, pela Lei Orgânica n.º 4/2017, dos seguintes critérios constantes da referida jurisprudência do TEDH: a lei é suficientemente tuteladora dos direitos fundamentais; e o regime encontra-se em conformidade com a lei, na medida em que esta foi redigida em termos suficientemente claros, por razões de segurança jurídica; contém regras claras e detalhadas sobre a ingerência por parte de entidades públicas; tem um objectivo legítimo, sendo necessária a intervenção numa sociedade democrática; insere-se no dever estadual de protecção da sociedade contra formas de criminalidade grave, designadamente terrorismo e ameaça aos valores democráticos; as ingerências são autorizadas previamente por um tribunal ou por uma entidade administrativa independente; estabelece garantias adequadas contra a arbitrariedade; e prevê a possibilidade de o titular dos dados questionar os Serviços de Informações sobre dados que lhe digam respeito, através da intervenção da Comissão de Fiscalização de Dados.⁸

II. Análise do conteúdo do Acórdão n.º 464/2019, do Tribunal Constitucional

6. Apreciação preliminar

Observe-se, a título preliminar, que a aprovação do Acórdão que agora se analisará foi pautada por vicissitudes diversas,⁹ que porventura explicam o

Lei Orgânica n.º 4/2017 respeita a jurisprudência do TJUE (cfr. pp. 122-123 e 136 do Acórdão n.º 464/2019), da Conselheira Fátima Mata-Mouros (cfr. p. 141 do Acórdão) e da Conselheira Maria José Rangel de Mesquita (cfr. pp. 156-157 do Acórdão).

⁷ Sobre este assunto, cfr. o n.º 6, pp. 23-26 do Acórdão.

⁸ Cfr. p. 25 do acórdão, que voltaria a este tema mais adiante, a propósito das restrições à reserva de intimidade da vida privada e da protecção de dados pessoais (cfr. p. 38 do Acórdão).

⁹ Além de a sua elaboração ter requerido um tempo excessivo: o processo deu entrada no Tribunal Constitucional em 11 de Janeiro de 2018, foi distribuído à primeira relatora (Maria Clara Sottomayor) em 19 de Dezembro do mesmo ano, foi redistribuído ao segundo relator (Lino Ribeiro) em 17 de Julho de 2019 e foi ultimado em 18 de Setembro do mesmo ano, tendo decorrido 20 meses, durante os quais

manifesto desequilíbrio entre o número de páginas do acórdão propriamente dito e o número de páginas das declarações de voto¹⁰ e inspiram dúvidas sobre a manutenção futura do consenso alcançado: será que os juízes que integraram a composição do Tribunal Constitucional, que aprovou e redigiu o Acórdão n.º 464/2019, manterão no futuro a sua posição? Será que o Tribunal Constitucional, com nova composição, confirmará o entendimento expresso no mesmo Acórdão?

7. Questão de constitucionalidade em apreciação

A questão de constitucionalidade colocada ao Tribunal referia-se à possibilidade de acesso, pelos oficiais de informações do SIS e do SIED a:

- dados de base (artigo 3.º da Lei Orgânica n.º 4/2017) – não são dados atinentes a uma comunicação, mas sim a uma relação contratual entre uma pessoa e uma empresa operadora de telecomunicações, referindo-se à identificação e morada do titular e ao próprio contrato de ligação à rede;
- dados de localização de equipamento (artigo 3.º da Lei Orgânica n.º 4/2017) – não são dados atinentes a uma comunicação, mas abrangem a detecção de dados de localização a partir de um telefone ligado, mas em *stand by*, e/ou através do sistema de satélite GPS ou outro – os dados tratados numa rede de comunicações electrónicas ou no âmbito de um serviço de telecomunicações que indiquem a posição geográfica do equipamento terminal de um serviço de telecomunicações acessível ao público, não podem incluir dados que “*deem suporte a uma concreta comunicação*”;¹¹
- dados de tráfego (artigo 4.º da Lei Orgânica 4/17) – respeitam a comunicações telefónicas através de rede fixa, móvel ou internet (dados de internet que traduzem comunicações intersubjectivas e que exprimem comunicações de massa), e as relativas ao próprio acesso à rede, assim como ao correio electrónico e outras formas de comunicação *on line* (cfr. pp. 25-26 do Acórdão).¹²

a primitiva relatora do Acórdão renunciou ao seu mandato no Tribunal Constitucional, por razões que se prendem, tanto quanto foi anunciado pela própria, com a ultimação da versão final do acórdão.

¹⁰ O acórdão em si mesmo tem 57 páginas (31,5%); mas as 124 páginas restantes (68,5%) são dedicadas às declarações de voto.

¹¹ Quanto a estes, o legislador restringe o acesso aos casos em que seja *indispensável a produção de informações necessárias à salvaguarda da defesa nacional, da segurança interna e da prevenção de actos de sabotagem, espionagem, terrorismo, proliferação de armas de destruição maciça e criminalidade altamente organizada e no seu exclusivo âmbito* (cfr. o n.º 7, p. 25 do Acórdão).

¹² Prevê-se, todavia, o acesso a estes dados apenas para a produção de *informações necessárias à prevenção de actos de espionagem e do terrorismo*.

8. Ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação

8.1. Em causa estava a potencial violação do artigo 34.º, n.º 4 da Constituição (na redacção da Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro), segundo qual «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.»

A respeito deste artigo, afirmou o Tribunal no Acórdão n.º 464/2019: «(...) [O] artigo 34.º da Constituição tem por propósito consagrar e proteger o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, ou seja (...) a liberdade de manter uma esfera de privacidade e sigilo, livre de interferência e ingerência estadual, quer no que respeita ao domicílio (...) quer quanto à *comunicação*. É, aliás, entendimento doutrinal sedimentado que o âmbito de protecção da norma constitucional abrange todos os meios de comunicação individual e privada, e toda a espécie de correspondência entre pessoas, em suporte físico ou eletrónico, incluindo não apenas o conteúdo da correspondência, mas o *tráfego* como tal (espécie, hora, duração, intensidade de utilização), excluindo-se apenas a categoria residual de dados pessoais, isolados de qualquer processo de comunicação, efetivo ou tentado.»¹³

Todavia, entendeu também o Tribunal que «o n.º 4 do artigo 34.º da Constituição protege tanto o processo comunicativo quanto o conteúdo da comunicação, sempre que – mas apenas quando – esteja em causa um efetivo processo comunicativo.»¹⁴

8.2. Seguidamente, citando o Acórdão n.º 403/2015, reafirmou o Tribunal que: «Não obstante as restrições legais ao direito à inviolabilidade das comunicações que o legislador está autorizado a estabelecer deverem obedecer à ponderação do princípio da proporcionalidade, a preferência abstrata pelo valor da segurança em prejuízo da privacidade das comunicações só pode valer em matéria de processo penal. (...) Nada autoriza, pois, a admitir uma eventual extensão do âmbito da ressalva final do n.º 4 do artigo 34.º»; concluindo que: «Pode falar-se, por isso, de uma reserva absoluta de processo criminal.»¹⁵

Esta conclusão é justificada pela referência a opções valorativas tomadas aquando da 4.ª e da 5.ª revisões constitucionais, tais como a previsão da extradição de cidadãos nacionais e por crimes puníveis com a prisão perpétua;

¹³ Cfr. o n.º 9.1., p. 30 do Acórdão.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 30-31 do Acórdão.

¹⁵ Cfr. o n.º 9.2., pp. 31-32 do Acórdão.

e a possibilidade de entrada durante a noite no domicílio das pessoas, com autorização judicial.

Mas será que é possível concluir, com segurança, perante uma tal argumentação, que não estamos perante uma “incompletude contrária ao plano normativo” da Constituição, utilizando apenas, como argumento decisivo, que tal conclusão é confirmada, de forma implícita, mas clara, pelas opções valorativas tomadas aquando da 4.ª e da 5.ª revisões constitucionais? Que não estamos aqui perante nenhuma “lacuna oculta”, sobretudo quando, à época da formulação original do artigo 34.º da Constituição, não conhecíamos, sequer, a realidade actual das comunicações electrónicas, nem nos confrontávamos com questões tão prementes de terrorismo internacional?¹⁶

8.3. Ainda a respeito da *reserva absoluta de processo criminal* (e citando novamente o Acórdão n.º 403/2015), reiterou o Tribunal:

«Ao autorizar a ingerência das autoridades públicas nos meios de comunicação apenas em matéria de processo penal, e não para quaisquer outros efeitos, a Constituição quis garantir que o acesso a esses meios, para salvaguarda dos valores da “justiça” e da “segurança”, fosse efectuado através de um instrumento processual que também proteja os direitos fundamentais das pessoas.»¹⁷

Mas não seria, então, preferível assegurar que o regime de protecção dos direitos das pessoas, previsto na lei processual penal, se estendesse também à fase, que poderá ser determinante para a sua concretização, da actividade de produção de informações que visa, justamente, permitir a abertura da investigação criminal, com todas as suas garantias processuais, assim viabilizando “a sequência de atos juridicamente preordenados praticados por pessoas legitimamente autorizadas em ordem à decisão sobre a prática de um crime e as suas consequências jurídicas”?

8.4. Não seria, ainda, mais consentâneo com esta preocupação garantística, a de assegurar que os Serviços de Informações trabalhassem em estreita cooperação e sob supervisão das autoridades judiciais (designadamente para garantir a recolha de prova admissível em tribunal)? Reforçando, desta forma, a garantia da reserva do juiz, não a sua redução (o que justamente a Lei Orgânica n.º 4/2017 pretendeu fazer)?

Será que a preocupação de assegurar o respeito pelos direitos fundamentais das pessoas que no processo criminal se veem envolvidas,

¹⁶ Quando, v.g., nem sequer se tinham dado os atentados suicidas, de 11 de Setembro de 2001, às torres gémeas de Nova Iorque; nem se falava em Estado Islâmico, embora já se falasse da *Al-Qaeda* (fundada em Agosto de 1988 por Osama bin Laden)?

¹⁷ Cfr. o n.º 9.2., p. 32 do Acórdão.

designadamente do arguido, é, só por si, um argumento suficiente e decisivo? As potenciais vítimas decorrentes da não intervenção do Estado, para prevenir, deter ou anular um acto terrorista, não merecerão, também, tutela?

Quantas vítimas serão, então, necessárias para se poder falar da abertura formal de um processo criminal? Os actos preparatórios de um atentado terrorista *não contarão* para este efeito?

9. Tutela da autodeterminação informativa

No que respeita ao direito à autodeterminação informativa, afirmou-se no Acórdão que este confere a cada pessoa o direito de controlar a informação disponível a seu respeito, compreendendo vários direitos:¹⁸

- a) o direito de acesso, ou seja, o direito de conhecer os dados constantes de registos informáticos, quaisquer que eles sejam (públicos ou privados);
- b) o direito ao conhecimento da identidade dos responsáveis, bem como o direito ao esclarecimento sobre a finalidade dos dados;
- c) o direito de contestação, ou seja, o direito à rectificação dos dados e sobre identidade e endereço do responsável;
- d) o direito de actualização (cujo escopo fundamental é a correção do conteúdo dos dados em caso de desactualização);
- e) o direito à eliminação dos dados cujo registo é interdito;
- f) e, finalmente, o direito a conhecer a finalidade a que se destinam os dados - um direito à autodeterminação sobre informações referentes a dados pessoais, que exige uma protecção clara quanto ao «desvio dos fins» a que se destinam essas informações.

Daqui derivam as exigências jurídico-constitucionais relativas às finalidades das informações: (1) *legitimidade*; (2) *determinabilidade*; (3) *explicitação*; (4) *adequação e proporcionalidade*; (5) *exatidão e actualidade*; e (6) *limitação temporal*.

9.1. Ora, todos estes princípios são já acolhidos pelas disposições aplicáveis aos Serviços de Informações (cfr., designadamente, o Regulamento do Centro de Dados do Serviço de Informações Estratégicas de Defesa (SIED) e do Centro de Dados do Serviço de Informações de Segurança (SIS), aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 188/2017, publicada em 5 de Dezembro de 2017).

No entanto, o texto do Acórdão n.º 464/2019 não faz, estranhamente, nenhuma referência a este Regulamento, que apenas é citado nas declarações

¹⁸ Cfr. o n.º 10, pp. 35-36 do Acórdão.

de voto dos conselheiros Pedro Machete (cfr. pp. 78-79 do acórdão), Maria José Rangel de Mesquita (cfr. p. 155 do acórdão) e Teles Pereira (este, em nota de rodapé – nota 22, cfr. p. 119 do acórdão). Acresce que estes princípios se aplicam desde, pelo menos, 1997 ao SIS, tendo sido posteriormente estendidos ao SIED, após a criação deste.

Não obstante, o Acórdão n.º 464/2019 reconhece que o «legislador constituinte autoriza, de forma explícita, a intervenção do legislador ordinário na esfera dos direitos fundamentais à reserva de intimidade da vida privada e à protecção de dados pessoais», admitindo «excepções ao direito de protecção de dados pessoais, nas várias dimensões em que ele se exprime, designadamente em relação à proibição absoluta de tratamento de certo tipo de dados respeitantes à «vida privada» e à interdição de acesso de terceiros»¹⁹ (cfr. p. 37 do acórdão).

9.2. O Acórdão começa por apreciar a questão relativa aos dados de tráfego, os quais, no entender expresso no Acórdão n.º 464/2019, terão de ser subdivididos em duas categorias: «(i) os dados de tráfego associados a actos de comunicação intersubjetiva e às suas circunstâncias; (ii) e os dados de tráfego desligados de uma intercomunicação subjetiva, como é o caso da consulta de sítios na internet e dos atos de comunicação entre uma pessoa e uma máquina, ou entre máquinas.»

Mesmo, porém, em relação à segunda categoria, os «dados de tráfego encontram-se incluídos no âmbito objetivo de protecção das normas constitucionais atinentes à reserva de intimidade da vida privada e à autodeterminação informativa, protegidas pelos artigos 26.º, n.º 1, e 35.º da CRP.»²⁰

10. O acesso a dados de tráfego que envolvem comunicação intersubjetiva

O Acórdão n.º 464/2019 (tal como, aliás, o Acórdão n.º 403/2015) continua a considerar que os Serviços de Informações recolhem informação para efeitos de prevenção, dissociando-se da actividade própria da investigação criminal. Nessa medida, a recolha de *dados de tráfego* não se destina a investigação ou produção de prova no âmbito de um processo penal em curso.²¹

Mas não é verdade que a recolha de dados de tráfego poderá destinar-se, justamente, à recolha de elementos essenciais para a investigação ou a produção de prova no âmbito de um processo penal a instaurar?

¹⁹ Cfr. o n.º 10, p. 37.

²⁰ Cfr. o n.º 11, p. 38 do Acórdão.

²¹ Cfr. o n.º 11.1., p. 40 do Acórdão.

10.1. Afirmou o Tribunal: «No processo penal, o Estado reage a um facto passado, reconduzível a uma lesão ou a um perigo para bens jurídicos. A actividade do Estado parte da suspeita fundada da prática do facto, tratando-se então de confirmar (ou infirmar) a sua ocorrência, identificar e punir os seus agentes.»²²

Será, porém, sempre assim? Na avaliação de risco de um crime de violência doméstica, por exemplo, dever-se-á esperar pela agressão da vítima, que poderá conduzir à sua morte, para se poder, então, intervir? Não intervém o Estado, muitas vezes, em antecipação do crime cuja preparação está em curso, justamente tendo em vista prevenir males maiores?

10.2. E será, por outro lado, que, pelo facto de os Serviços de Informações, como se afirma no Acórdão, actuarem «pela própria natureza da sua missão, em segredo (...), operam apenas em obediência aos princípios fundamentais da ordem jurídica»?²³

Não têm eles disposições legais específicas que regulamentam detalhadamente a sua actividade, como se viu no início desta intervenção? Não se encontram eles sujeitos a sistemas apertados de tutela interna e de fiscalização externa, com sérias sanções disciplinares e criminais para a eventual violação de direitos e deveres por parte dos seus funcionários e agentes? Não terá justamente a Lei Orgânica n.º 4/2017 querido aproximar, das normas processuais penais, o regime que deverá nortear o acesso, por parte de tais serviços, a dados de tráfego, viabilizando-se, desta forma, a recolha da notícia da próxima prática de um crime, tendo em vista transmiti-la, de imediato, às autoridades judiciais competentes para iniciar ou prosseguir a investigação encetada? Não se pretende, na realidade, assegurar a partilha de informações entre os Serviços de Informações e as autoridades judiciais, tendo em vista assegurar um melhor combate a fenómenos criminais, sobretudo de particular complexidade e perigosidade, designadamente de carácter transnacional?

Curiosamente, a propósito da *prevenção criminal*, o Acórdão não deixa de reconhecer, de forma contraditória, o seguinte:

«11.2.3. (...) Ora, como a generalidade das polícias com funções de investigação criminal, desenvolvida nas fases de inquérito ou de instrução de um processo penal, também detêm funções de prevenção quanto às infrações relativas às suas competências, por vezes, verificam-se dificuldades de caracterização e diferenciação entre estes dois domínios, tanto mais delicadas quanto é certo que as regras a observar consoante se atua no domínio da prevenção ou no da investigação, não são – ou podem não ser – as mesmas. O critério formal e tradicional de distinção

²² Cfr. o n.º 11.1.2., p. 40 do Acórdão.

²³ Cfr. o n.º 11.1.2., p. 41 do Acórdão.

entre prevenção e investigação, assente no *tempo* de intervenção das autoridades, perde os seus contornos claros. Os meios ocultos de investigação, mesmo quando partem do processo penal, podem descobrir “crimes” possíveis ou prováveis ou perigos suscetíveis de vir a atualizar-se. Uma prevenção criminal positiva ou pró-ativa, como aquela que o Estado pretende para combater as novas formas de criminalidade organizada, não espera pela prática do crime para começar a investigar e recolher provas. Daí que, em certos casos, a colheita de informação mesmo antes de surgir o *fumus commissi delicti*, para ser valorada num futuro processo penal, possa consubstanciar uma “investigação de campo avançado”, ou de um *tertium genus* ou terceira tarefa da polícia, materialmente elevada ao estatuto de investigação própria do processo penal (...).»²⁴

Porque não aplicar, então, as mesmas regras e a mesma apreciação no âmbito da actividade dos Serviços de Informações, que apresentam características idênticas às acabadas de descrever?

10.3. O próprio Acórdão n.º 464/2019 acaba por reconhecer, a este propósito, que «[n]ão pretendendo negar-se as conexões e semelhanças entre a actividade de recolha de informações, a cargo do SIRP, e o exercício da ação penal, no quadro do processo criminal, a verdade é que, inexistindo processo penal, falta um elemento essencial, no quadro constitucional vigente, para o equilíbrio entre, por um lado, a necessidade de acesso do Estado às comunicações privadas, para garantia de direitos e valores constitucionais como a liberdade e a segurança, e por outro, a obrigação de respeito pelos direitos, liberdades e garantias, como é o caso da inviolabilidade do domicílio e da correspondência, plasmadas no artigo 34.º da CRP.»²⁵

Mas não será, de facto, possível assegurar, no quadro da nossa ordem jurídica, um tal equilíbrio entre a necessidade de acesso do Estado às comunicações privadas e a obrigação de respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, equilíbrio, esse, que parece ocorrer nos restantes países europeus, que permitem um tal acesso?

Neste contexto, o Acórdão volta a referir-se às *garantias constitucionais do arguido*, reconhecendo, porém, que «é possível que, em fase inicial, inexista arguido mesmo em sede de processo penal.» E acrescenta: «fora do processo penal nunca há arguido».²⁶

Dir-se-á estarmos, aqui, perante uma verdade lapalissiana, de natureza tautológica, uma vez que é essa a premissa de que se parte.

²⁴ Cfr. pp. 47-48 do acórdão.

²⁵ Cfr. o n.º 11.1.2., p. 41 do acórdão.

²⁶ *Ibidem*.

Mas não é justamente para garantir a identificação de eventuais arguidos, com o conseqüente reconhecimento de todos os seus direitos processuais, que a intervenção dos Serviços de Informações poderá ser importante e, até mesmo, decisiva? Salvaguardando-se, assim, a possível defesa de vidas humanas ou a integridade física dos cidadãos desta *res publica*, que nos cabe defender e preservar?²⁷

11. As insuficiências da Lei Orgânica n.º 4/2017

11.1. O Acórdão n.º 464/2019, em apreciação, começa por se referir à «escassa densificação da moldura legislativa»²⁸ desta Lei Orgânica, com utilização de conceitos imprecisos e indeterminados (tais como, “*muito difícil de obter de outra forma*”, “*tempo útil*”).

Mas que outros conceitos se poderão utilizar, por exemplo, no caso de uma situação em que um reconhecido elemento de uma organização terrorista, especialista no recrutamento de novos elementos para a sua organização, se desloca ao nosso país e começa, de imediato, a fazer contactos com diversas pessoas com o fim de proceder a um tal recrutamento?

Será que juízes no topo da sua carreira, presidentes de secções criminais da mais alta instância judicial do país, o Supremo Tribunal de Justiça, com muitos anos de experiência e seguramente elevada qualificação

²⁷ Acompanha-se, pois, nesta parte, a conclusão expressa na declaração de voto conjunta dos Conselheiros Gonçalo Almeida Ribeiro e Joana Costa (cfr. p. 92 do acórdão), de que «os direitos fundamentais estabelecem limites à atuação do poder público, proibindo a compressão excessiva de direitos e liberdades; na sua vertente positiva, os mesmos direitos justificam e impõem a atuação do poder público, proibindo a proteção insuficiente de bens. Na verdade, segurança e liberdade são duas faces da mesma moeda: a segurança sem a liberdade é inútil, a liberdade sem a segurança é impossível.» Bem como quando referem ser «especialmente perversa – e, no limite, absurda – a ideia de a ordem constitucional poder excluir em termos absolutos, através de soluções fechadas ao devir histórico, o uso de meios proporcionais para a sua própria defesa perante ameaças inteiramente novas ou velhas ameaças que se revestem de formas cada vez mais sinistras e agressivas.» (cfr. p. 93 do acórdão) E, também, de que «o acesso a dados de conteúdo no âmbito de um processo penal – domínio em que o potencial de lesão de autodeterminação comunicativa é da máxima intensidade – se não encontr[a] dependente da constituição, nem prévia, nem ulterior, do suspeito como arguido», importando, sim, garantir que não ocorra «a responsabilização criminal de certo agente pela prática de determinado ilícito com base em elementos de prova obtidos através do acesso a dados de conteúdo, ou a dados de tráfego respeitantes a uma comunicação intersubjetiva, à margem de um processo penal formalizado e sem que aí tenham sido asseguradas todas as garantias de defesa inerentes ao estatuto de arguido.» (cfr. pp. 94-95 do acórdão). Também a Conselheira Fátima Mata-Mouros se refere, na sua declaração de voto, à «argumentação circular» do aresto em apreciação, «que não consegue ultrapassar a mera petição de princípio», referindo, como únicos elementos caracterizadores do regime do processo penal, a regra da publicidade e as garantias constitucionais do arguido (cfr. pp. 144-145 do acórdão). E sublinha, também, que «na fase inicial do inquérito criminal inexistente arguido», tal como no regime de acesso por parte de órgãos do SIRP (cfr. p. 145 do acórdão). Por último, a Conselheira Maria José Rangel de Mesquita, na sua declaração de voto, aceita a restrição dos direitos para salvaguarda de valores e princípios fundamentais do Estado (cfr. pp. 169-172 do acórdão).

²⁸ Cf. o n.º 11.1.2., p. 42 do Acórdão.

profissional, não saberão integrar adequadamente os referidos conceitos pretensamente indeterminados? Sabendo avaliar, com a prudência requerida a tão alta instância, se se verificam os elementos necessários para a justeza do pedido formulado pelos Serviços de Informações? Não é esse tipo de avaliação que é normalmente requerido de magistrados judiciais, face a pedidos idênticos formulados por elementos das autoridades policiais, no âmbito do processo criminal?

A este respeito, afirmaram os Conselheiros Gonçalo de Almeida Ribeiro e Joana Costa, na declaração de voto conjunta:²⁹

«É verdade que, na modelação do regime de acesso, o legislador não prescindiu do recurso a um conjunto de conceitos indeterminados, como seja «alvo determinado», «situação de urgência», «muito difícil de obter» e «tempo útil». Todavia, o nível de indeterminação que o recurso a tais conceitos introduz não só tem evidente paralelo no próprio processo criminal que o acórdão toma por paradigma (artigo 187.º, n.º 1, do Código de Processo Penal), como, à semelhança do que ali sucede, serve também aqui o irrenunciável propósito de devolver ao órgão decisor a tarefa de concordância prática de direitos e bens no caso concreto e perante uma suspeita individualizada e circunstanciada.

Ao contrário do que se entende no acórdão, a respeito do acesso aos dados de tráfego, não cremos que fosse exigível ao legislador que enfrentasse a «incerteza de que se reveste o fenómeno do terrorismo» mediante a enumeração das «situações de facto que estão na origem do perigo». Ainda que se admitisse a possibilidade – no mínimo, duvidosa – de o legislador conseguir satisfazer esse nível de exigência, temos por certo que o sistema de acesso perderia grande parte da eficácia preventiva que constitui a sua razão de ser. Na verdade, não só a densificação da moldura legislativa foi levada tão longe quanto o permitido pela natureza da matéria regulada, como chega ao ponto de ser uma virtude do regime, na medida em que a abertura dos conceitos que regulam o acesso é o veículo que possibilita aquela casuística fina através da qual o órgão de controlo define a fronteira entre a ingerência legítima e o abuso de poder. Subscrevemos, assim, tudo o que no acórdão se diz para fundamentar o juízo de não inconstitucionalidade das medidas de acesso previstas no artigo 3.º da Lei Orgânica n.º 4/2017, e que nos parece perfeitamente aplicável ao artigo 4.º.»

²⁹ Cfr. as pp. 99-100 do Acórdão.

Veja-se, ainda, a declaração de voto da Conselheira Fátima Mata-Mouros:³⁰

«O recurso a conceitos indeterminados na previsão das normas que estabelecem o procedimento de autorização do acesso aos dados visados pelo Sistema de Informações da República Portuguesa replica a técnica usada nas normas que habilitam a realização no inquérito criminal de medidas de obtenção de prova que configuram ingerência em direitos fundamentais.»

11.2. De seguida, e já a respeito da *natureza administrativa do processo*, apesar da intervenção de magistrados, afirma-se no Acórdão n.º 464/2019³¹ que «(...) a “*formação das secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça*”, que fiscaliza o processo não tem uma natureza jurídica bem definida. Ainda que tratando-se de um conjunto de juízes, este tipo de atuação parece situar-se fora do âmbito jurisdicional, pelo que estamos perante uma atuação de natureza administrativa e não judicial. (...)»

Mas como é possível afirmar, por um lado, que este tipo de situação parece situar-se fora do âmbito jurisdicional, e concluir, em seguida, sem margem para dúvidas, que se está perante uma actuação de natureza administrativa e não judicial? Perdem os magistrados a sua qualidade de juízes conselheiros, quando intervêm nos processos que agora lhes são submetidos ao abrigo da Lei Orgânica n.º 4/2017?

Como fundamentar a conclusão de que continua coartada a possibilidade de defesa dos cidadãos contra a ingerência do Estado na sua esfera privada?

Quando o Tribunal Constitucional aprecia, por exemplo, casos de incompatibilidades ou de declarações de rendimentos de titulares de cargos políticos, também uma actuação que se poderá considerar de natureza administrativa, deixa de exercer funções jurisdicionais? Agirá, então, a que título? Como entidade administrativa independente, como parece pressupor o Acórdão n.º 464/2019?³²

De forma algo contraditória e mesmo surpreendente, o Acórdão acaba, no entanto, por reconhecer, mais adiante, que «o risco de abuso é mitigado pela garantia estatutária de independência e imparcialidade dos juízes; o risco de erro é mitigado pela adequação funcional do poder judicial para fazer as ponderações reclamadas pela lei, as quais têm, de resto, uma grande afinidade com as que caracterizam a intervenção do juiz de instrução criminal na fase de inquérito.»³³

³⁰ Cfr. a p. 144 do Acórdão.

³¹ Cfr. o n.º 11.1.2., pp. 42-43 do Acórdão.

³² Cfr. o n.º 12, p. 55 do Acórdão.

³³ Cfr. o n.º 12, p. 56 do Acórdão.

Ora, não se poderia estar mais de acordo com uma tal conclusão, que parece ir justamente em sentido contrário ao propugnado noutros pontos do mesmo Acórdão.

Veja-se, a propósito, a declaração de voto conjunta dos Conselheiros Gonçalo de Almeida Ribeiro e Joana Costa:³⁴

«11. Do ponto de vista dos direitos dos indivíduos visados pelo procedimento, a atribuição da competência para autorizar o acesso aos dados a «uma formação das secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça, constituída pelos presidentes das secções e por um juiz designado pelo Conselho Superior da Magistratura, de entre os mais antigos destas secções», constitui inequivocamente uma garantia da maior relevância. No exercício dessa função, caberá a tal formação subsumir nos conceitos legais de «*alvo determinado*», «*situação de urgência*», «*muito difícil de obter*» e «*tempo útil*» os factos que lhe sejam submetidos e, através do juízo de ponderação para que remetem, decidir se a suspeita concreta e individualizada invocada pelas autoridades do SIRP tem o *grau de concretização* e o *nível de seriedade* necessários para justificar a ingerência na privacidade individual.

Esta intervenção do Supremo Tribunal de Justiça não é, ao contrário do que supõe a maioria, de *natureza administrativa*. É certo que a distinção entre as funções administrativa e jurisdicional se vai esbatendo à medida que nos afastamos dos casos paradigmáticos, como é aliás comum na generalidade dos conceitos jurídicos, e que a competência de controlo prevista na Lei Orgânica n.º 4/2017 se situa numa zona de indefinição, que porventura reúne características típicas de uma e a outra função. Mas há boas razões para se entender que a formação especial do Supremo Tribunal de Justiça é *ainda* um órgão judicial incumbido de exercer uma função *jurisdicional*. Por um lado, a atividade de controlo é *materialmente homóloga* daquela que, no âmbito de um processo penal pendente, é desempenhada pelo juiz de instrução quanto ao acesso a dados de conteúdo (artigo 187.º do Código de Processo Penal) e de localização celular (n.º 2 do artigo 189.º), sem que ocorra negar-se-lhe natureza jurisdicional. Por outro lado, os membros da formação são juízes, beneficiando das garantias de independência, inamovibilidade e irresponsabilidade e vinculados aos deveres de imparcialidade, defesa dos direitos e realização da justiça – garantias e deveres estes que integram o *estatuto* dos magistrados judiciais e a definição constitucional dos *tribunais*, precisamente porque se adequam ao desempenho da *função jurisdicional*.

³⁴ Cfr. pp. 100-101 do Acórdão.

De resto, o acórdão não retira todas as ilações da suposta natureza administrativa da formação especial do Supremo Tribunal de Justiça. Se a atividade desta integra a administração pública em sentido material, as normas da Lei Orgânica n.º 4/2017 que lhe atribuem competência são inconstitucionais, por violação do n.º 3 do artigo 216.º da Constituição, preceito de que se extrai uma proibição absoluta de os juízes exercerem a função administrativa. Acresce que este órgão de controlo, no entendimento de que não é um verdadeiro tribunal, não pode recusar a aplicação de normas inconstitucionais ao abrigo do artigo 204.º da Constituição, podendo fazê-lo apenas nas condições, francamente estreitadas pelo princípio da legalidade, em que seja admissível a chamada «fiscalização administrativa da constitucionalidade». Assim, debilita-se artificialmente a garantia dos direitos fundamentais.»

Veja-se, também, a declaração de voto da Conselheira Fátima Mata-Mouros:³⁵

«O presente Acórdão classifica o processo de autorização do acesso aos dados como «uma atuação de natureza administrativa e não judicial» (*ponto 11.1.2, (ii)*), daqui retirando que, apesar de representar uma evolução positiva «a transferência da discricionariedade decisória em matéria de acesso aos dados, de órgãos do SIRP para magistrados» permanece «coartada a possibilidade de defesa dos cidadãos contra a ingerência do Estado na sua esfera privada». Uma tal afirmação ignora, porém, que a razão de ser da atribuição da competência aos juízes reside precisamente na tutela preventiva dos direitos dos visados pelas medidas de ingerência em direitos fundamentais, na impossibilidade de estabelecer o contraditório, tal como acontece no inquérito criminal, em obediência à garantia constitucional prevista no artigo 32.º, n.º 4, da Constituição. Trata-se de permitir a realização de diligências de ingerência em direitos fundamentais que, de outro modo, seriam consideradas intoleráveis num Estado de Direito. Mesmo quando estejam em causa atos que não revistam natureza estritamente jurisdicional, a razão de ser da atribuição das decisões que afetam direitos fundamentais à competência do juiz reside nas garantias de independência pessoal e objetiva que o seu estatuto lhe confere e que asseguram um modo de pensar específico do juiz («*spezifisch richterlicher Denkweise*», na designação do Tribunal Constitucional alemão) que nunca deverá perder de vista o princípio da adequação entre meios e fins bem como a proibição do excesso.»

³⁵ Cfr. p. 143 do Acórdão.

E, por último, a declaração de voto da Conselheira Maria José Rangel de Mesquita:³⁶

«ii) No que respeita ao *controlo judicial e autorização prévia*, a LO n.º 4/2017 reserva os mesmos agora a «uma formação das secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), constituída pelos presidentes das secções e por um juiz designado pelo Conselho Superior de Magistratura de entre os mais antigos destas secções» (art. 8.º e, também art. 5.º, n.º 1) – tendo a Lei de Organização do Sistema Judiciário sido alterada para contemplar tal específica formação das secções criminais (arts. 1.º, n.º 2 e 17.º da LO 4/2017). Assim, diversamente da Comissão de Controlo Prévio prevista no Decreto (cf. artigo 35.º), a formação em causa é configurada como uma (específica) formação das secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça (e organicamente emanada destas) – constituída apenas por juízes das secções criminais do mesmo Supremo Tribunal (os presidentes das secções criminais e um juiz, de entre os mais antigos destas secções, designado pelo Conselho Superior de Magistratura). Deste modo, no exercício das competências que são lhe cometidas pela LO n.º 4/2017 – autorização prévia e controlo –, não deixa a formação (específica) em causa, e bem assim os magistrados que a integram, de comungar, em especial, da independência que constitui atributo próprio dos tribunais e da magistratura judicial, o que se revela particularmente relevante num domínio em que estão em causa direitos fundamentais e eventuais restrições aos mesmos. No mesmo sentido parece apontar o artigo 5.º, n.º 1, na parte em que se refere à obrigatoriedade de «autorização judicial prévia» por aquela formação específica das secções criminais do STJ – segundo o qual essa mesma formação (e a autorização pela mesma obrigatoriamente concedida) constitui «garante [d]a ponderação da relevância dos fundamentos do pedido e a salvaguarda dos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente previstos».

iii) No que respeita aos traços de regime respeitantes à *apreciação judicial* (resultantes do art. 10.º), a LO n.º 4/2017 – para além dos traços que reproduzem o teor do artigo 4.º (art. 10.º, n.º 2) e regulam os prazos de decisão (art. 10.º, n.º 3, 1ª parte, e n.º 4) – relevam em particular os termos dessa apreciação judicial, tendo o legislador cometido à formação judicial *supra* referida a apreciação da necessidade, adequação e proporcionalidade do pedido e estipulando que tal apreciação, designadamente no que se refere à «justa medida da espécie e da escala de informação obtida», «compreende a definição das categorias de dados de telecomunicações e *Internet* a fornecer pelos

³⁶ Cfr. pp. 152-153 e 175 do Acórdão.

operadores, segundo um juízo restritivo de proibição do excesso que interdite o acesso indiscriminado a todos os dados de telecomunicações e *Internet* de um determinado cidadão, bem como a definição das condições de proteção do segredo profissional» (art. 10.º, n.º 1). Estipula ainda o mesmo preceito que a decisão judicial, sob a forma de despacho, deve ser «fundamentado com base em informações claras e completas, nomeadamente quanto aos objetivos do processamento» (art. 10.º, n.º 3, 2.ª parte). Deste modo o legislador, não só reitera – em consonância com o *supra* referido conceito de «medidas pontuais de acesso» – a interdição de acesso indiscriminado a todos os dados em causa do visado (assim circunscrevendo o acesso a tais dados a um acesso efetuado de modo *seletivo*), bem como impõe – em consonância com as exigências da fundamentação do pedido constante do artigo 9.º, n.º 2 – que a fundamentação da decisão judicial leve em conta informações claras e completas, designadamente quanto aos objetivos do processamento (dos dados cujo acesso estiver em causa).

(...)

Ora, relevam igualmente para tal apreciação e ponderação os traços de regime (atrás apontados) relativos à autorização prévia, seja quanto à natureza do ente competente, seja quanto aos pressupostos de que depende a decisão autorizativa, seja, ainda, quanto aos critérios que presidem à apreciação e decisão. Neste âmbito entende-se, ao invés da maioria, relevar também de modo determinante para o juízo de proporcionalidade em sentido estrito a natureza do ente competente para a autorização prévia (e controlo) – formação específica das secções criminais do STJ, composta apenas por magistrados (mais antigos) que integram aquelas secções. Ora, ainda que, como sustenta a maioria se estivesse tão só «perante uma atuação de natureza administrativa e não judicial» (cf. II, 11. A questão da constitucionalidade do artigo 4.º da Lei Orgânica n.º 4/2017), a natureza da formação em causa (formação organicamente emanada das secções criminais do STJ) e a qualidade de magistrado judicial dos membros que a integram, com os atributos próprios dessa função, em especial a independência, se apresentam como especiais elementos garantísticos, quer da verificação do preenchimento dos pressupostos de que depende a autorização (em particular os mencionados nos arts. 6.º, n.ºs 1, alíneas a) e b)) e da adequada fundamentação «de modo detalhado e circunstanciado» do pedido de acesso (arts. 9.º, n.º 2 e 3, em particular a *suspeita concreta e individualizada* e art. 10.º, n.º 3, quanto às «informações claras e completas» a levar em conta na fundamentação da decisão quanto ao pedido), quer da aferição, necessariamente casuística e com

base naqueles fundamentos, da necessidade, adequação e proporcionalidade do pedido de acesso e da sua justa medida face aos fins previstos na lei de molde a salvaguardar os direitos, liberdades e garantias constitucionalmente previstos.»

11.3. A propósito da *indefinição do sentido e alcance do papel do Procurador-Geral da República*, também apontada pelo Tribunal (cfr. p. n.º 11.1.2., p. 43 do acórdão), afigura-se questionável que se possa falar de indefinição da intervenção do Ministério Público, quando o seu titular máximo é informado, desde o início do processo, do pedido de acesso e posteriormente de toda a tramitação do pedido (informação sobre a deliberação da formação dos juízes, informação sobre a remessa do ficheiro de resposta com os dados, pelo prestador de serviços de comunicações eletrónicas), podendo reagir em qualquer uma destas fases processuais.

Não é tal possibilidade de intervenção do Procurador-Geral da República a expressão do reconhecimento do seu importante papel em defesa da legalidade democrática e de ser ele o titular da acção penal?

E, sobretudo, não é a intervenção do Procurador-Geral da República complementada pelo acompanhamento de todo o processo pela Comissão de Fiscalização de Dados, sediada na Procuradoria-Geral da República e composta por três magistrados do Ministério Público, sendo, desde sempre, a sua presidência assegurada pelo Vice-Procurador-Geral da República em exercício (cfr. arts. 11.º, n.º 1, 12.º, n.º 5, 14.º, n.º 4 e 15.º da *Lei Orgânica* n.º 4/2017), não fazendo o *Acórdão* nenhuma referência à intervenção desta Comissão?

Acompanha-se, por isso, nesta parte, a perplexidade dos Conselheiros Cláudio Monteiro (cfr. p. 85 do acórdão) e Fátima Mata-Mouros (cfr. pp. 141-142 do acórdão), quando concluem, nas respectivas declarações de voto, que ressaltando o artigo 34.º, n.º 4 da *Constituição*, “os casos previstos na lei em matéria de processo criminal”, tal conceito engloba ainda toda a atividade instrutória realizada pelas autoridades judiciárias para fins de prevenção criminal, desde que a estrutura dos seus procedimentos, e das suas garantias, sejam equivalentes à do processo criminal propriamente dito. E a Lei Orgânica n.º 4/2017 acaba por prever ingerências aos direitos fundamentais dos cidadãos que se realizam por procedimentos que oferecem o mesmo nível de garantias que oferece a fase instrutória prévia ao processo criminal, tendo em conta, nomeadamente, que o acesso aos dados é sujeito a controlo judicial e autorização prévia.

Assim como se acompanha a parte em que a Conselheira Fátima Mata-Mouros sublinha que:

«A Lei Orgânica assegura a intervenção do Ministério Público durante o processo (n.º 1 do artigo 1.º) – não como seu responsável, mas sim como terceiro imparcial, fiscal da legalidade e detentor da ação penal, numa lógica de equilíbrio de checks and balances. [...] [E]m todos os domínios relevantes se verifica uma equivalência clara entre o regime objeto de fiscalização (do procedimento de acesso aos dados de tráfego pelos oficiais do SIS e do SIED) e o regime de recolha de prova através dos métodos ocultos de obtenção de prova que têm lugar na fase de investigação prévia à constituição de arguido em inquérito criminal. Ora, cabe dentro do âmbito da autorização constitucional de restrição do direito fundamental à inviolabilidade das comunicações, prevista no artigo 34.º, n.º 4, da Constituição, um regime preventivo paralelo ao processo penal (...).»³⁷

Bem como a declaração de voto da Conselheira Maria José Rangel de Mesquita, na parte em que afirma:

«Depois, sendo os fins do procedimento de acesso aos dados de tráfego (sempre na específica aceção da LO n.º 4/2017) pelos oficiais de informações do SIS e do SIED previsto no artigo 4.º da LO n.º 4/2017 – produção de informações necessárias à *prevenção de espionagem e do terrorismo* –, identificados por referência a (dois, com a ressalva supra indicada quanto à previsão de punição dos atos e organizações terroristas resultante da transposição da referida Diretiva (UE) 2017/541) tipos de ilícito criminal graves, os mesmos fins – ainda que situados em momento temporal necessariamente prévio às fases preliminares do processo penal, incluindo a fase do inquérito (cf. art. 13.º da LO n.º 4/2017, entendendo-se a prevista intervenção do Procurador-Geral da República no procedimento de molde a assegurar, sendo caso disso, o exercício das competências próprias do Ministério Público, em especial o exercício da ação penal e a defesa da legalidade – cf. arts. 219.º, n.º 1, e 220.º, n.º 2, da Constituição) – se afiguram ainda valorativamente próximos, senão equivalentes, aos fins («matéria de processo criminal») legitimadores da intervenção restritiva pelo legislador previstos expressamente na parte final daquele n.º 4 do artigo 34.º da Constituição (sem que exista neste caso uma ‘simples’ devolução ao legislador da tarefa de fixação dos casos em que tal restrição possa ocorrer, ie, uma autorização explícita do legislador constituinte ao legislador

³⁷ Cfr. pp. 144-145 do Acórdão.

ordinário para legislar sobre os casos de restrição dos direitos fundamentais em causa, sem fixação por aquele do critério a observar pela intervenção deste último, como sucede, v.g., no artigo 35.º, n.º 4, da Constituição, quanto ao direito à autodeterminação informativa e à proteção de dados pessoais, também tido como parâmetro constitucional relevante para a análise da conformidade constitucional das normas sindicadas) – i.e, aos fins que legitimam a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação.»³⁸

11.4. Por último, e a propósito da dificuldade de exercício do direito de acesso aos dados conservados, o acórdão refere-se à intervenção da Comissão de Fiscalização de Dados, mas fá-lo de uma forma profundamente infeliz e inteiramente desajustada da realidade, terminando, até, com uma citação de um parecer da Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPd) – que não exerce nenhum papel de fiscalização junto do Sistema de Informações da República Portuguesa –, parecer, esse, que contém informação no mínimo incorrecta, sobre uma eventual inexistência de um dever de colaboração e de prestação de informações, por parte dos Directores do SIS e SIED à Comissão de Fiscalização de Dados.³⁹

Esse dever de colaboração sempre existiu e tem sido, aliás, integralmente respeitado por ambos os Serviços de Informações, designadamente pelos respectivos Directores dos Centros de Dados, ao longo de sucessivas décadas de fiscalização levada a cabo pela Comissão de Fiscalização de Dados.

A referência do Acórdão é tanto mais estranha, quanto a própria Lei de Protecção de Dados Pessoais (Lei n.º 58/2019, de 8 de Agosto) expressamente consigna, no seu artigo 2.º, n.º 3, que «[a] presente lei não se aplica aos ficheiros de dados pessoais constituídos e mantidos sob a responsabilidade do Sistema de Informações da República Portuguesa, que se rege por disposições específicas, nos termos da lei.»

E o Regulamento Geral de Protecção de Dados (RGPD) da União Europeia, aprovado pelo Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Abril de 2016, pelo seu lado, também salvaguarda expressamente, no seu artigo 23.º, as restrições decorrentes de medida legislativa, desde que tal limitação respeite a essência dos direitos e liberdades fundamentais e constitua uma medida necessária e proporcionada numa sociedade democrática para assegurar, designadamente: a) a segurança do Estado; b) a defesa; c) a segurança pública – aceitando o mesmo

³⁸ Cfr. p. 170 do Acórdão.

³⁹ Cfr. o n.º 11.1.2., pp. 43-44 do Acórdão.

Regulamento, por outro lado, a expressa limitação do direito dos titulares dos dados a serem informados da limitação, sempre que tal possa prejudicar o objectivo da limitação (cfr. art. 23, n.º 2, alínea h), do RGPD).⁴⁰

É, aliás, profundamente revelador, quanto ao Acórdão em apreciação, que apenas a declaração de voto do conselheiro Teles Pereira se refira ao facto de as instâncias de controlo do SIRP receberem e tramitarem queixas de particulares relativas às situações objeto de fiscalização, averiguando-se, assim, no seguimento de tais queixas, a respetiva pertinência.⁴¹

12. O acesso a dados de tráfego que não envolvem comunicação intersubjetiva

12.1. De acordo com o Acórdão n.º 464/19, os dados de tráfego na internet que não envolvam comunicações interpessoais, na medida em que permitem identificar o nome, morada e outros dados de identificação do utilizador, são considerados “*dados pessoais*” protegidos apenas pelas *normas gerais* do artigo 35.º da CRP, que admitem restrições em domínios que podem extravasar o âmbito da investigação criminal.⁴²

Mas será que se poderá, então, concluir que o procedimento de recolha de informações através de dados de tráfego, previsto no questionado artigo 4.º da Lei Orgânica n.º 4/2017, não está orientado para uma atividade *investigatória* de crimes praticados ou a praticar, nem visa reunir «*provas*» do planeamento de crimes organizados de terrorismo? Servirá, nesse caso, para quê? Para aquilo que o Acórdão designa eufemisticamente de “*acumulação funcional de informação por razões preventivas*”?⁴³

⁴⁰ A este respeito, veja-se a declaração de voto da Conselheira Fátima Mata-Mouros (cfr. p. 145 do Acórdão): «*De todo o modo, cumpre ainda assinalar que mesmo o já referido RGPD, diretamente aplicável na nossa ordem jurídica, quando prevê os requisitos das medidas legislativas que limitem o alcance das obrigações e dos direitos nele previstos, designadamente para fins de segurança do Estado, defesa, segurança pública ou prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública (artigo 23.º, n.º 1, alíneas a), b), c) e d), do RGPD), prevê como exceção ao direito dos titulares dos dados serem informados do acesso as situações em que tal possa prejudicar o objetivo da limitação (artigo 23.º, n.º 2, alínea h), do RGPD). Claramente que esta exceção seria aplicável no âmbito do regime em análise, tendo em conta os fins prosseguidos. Assim, neste caso, existe a possibilidade de afastamento do direito de ser informado.*» V., também, a declaração de voto da Conselheira Maria José Rangel de Mesquita (cfr. pp. 157-160, 164, 176 do Acórdão).

⁴¹ Cfr. pp. 136-137 do Acórdão. Por outro lado, na sua declaração de voto, a conselheira Maria José Rangel de Mesquita refere-se ao facto de a intervenção da Comissão de Fiscalização de Dados poder ser exercida oficiosamente pela mesma Comissão (cfr. pp. 153-155 do Acórdão).

⁴² Cfr. o n.º 12, p. 46 do Acórdão.

⁴³ Ver, a este propósito, a declaração de voto do conselheiro Teles Pereira (cfr. pp. 115 e segs. do acórdão).

12.2. Quanto aos requisitos da necessidade, exigibilidade e proporcionalidade (ou proibição do excesso), crê-se ser claro que, subjacente à Lei Orgânica n.º 4/2017, está a preocupação a que se refere o Acórdão 464/2019, quando exprime a seguinte ideia⁴⁴ (cfr. p. 48 do mesmo acórdão):

«Assim, o princípio da necessidade, uma das dimensões do princípio da proibição do excesso, impõe que o acesso aos dados de tráfego lesivo da autodeterminação informativa se destine a reagir a situações de *perigo suficientemente indiciadas*, ou seja, a situações em que se nada for feito para o evitar, bens constitucionalmente protegidos – como a vida, a liberdade e a integridade pessoal ou a independência e a integridade nacionais – serão provavelmente lesados.»

É esta, justamente, a razão da intervenção dos Serviços de Informações neste âmbito.

O conselheiro Teles Pereira, na sua declaração de voto (cfr. pp. 134-135 do acórdão), aceita as ideias de: 1) adequação; 2) a necessidade da ingerência para propiciar o conhecimento de elementos relacionais que objetivamente expressem uma relação objetivada com os fatores de ameaça pretendidos antecipar; 3) a proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que o acesso se processa individualizadamente, com base numa construção particularmente restritiva, que afasta o perigo envolvido num acesso massificado e não filtrado pela instância de controlo; 4) os dados recebidos, sendo integrados na base de dados do serviço receptor, não serem objeto de partilha.

Posição idêntica é aceite pela conselheira Maria José Rangel de Mesquita, na sua declaração de voto (cfr. pp. 160-161, 172-176 do acórdão): 1) acesso individualizado e não conservação generalizada e indiferenciada dos dados; 2) o acórdão *Tele2/Watson*, ainda que apenas na fundamentação, não deixa de admitir expressamente que as disposições de Direito da União aí interpretadas *não se opõem* a que um Estado adopte regulamentação que permita, a título preventivo, a *conservação seletiva* dos dados de tráfego e de localização, para efeitos de luta contra a criminalidade *grave*, desde que a conservação dos dados observe um conjunto de requisitos.

12.3. Por outro lado, é bem verdade que, num primeiro momento, e como se afirma no Acórdão:

«O apuramento de um “alvo” ou a avaliação de uma “situação de urgência” depende da existência material de pressupostos de facto totalmente escolhidos

⁴⁴ Cfr. o n.º 11.2.3., p. 48 do Acórdão.

pelos serviços de informação e do juízo valorativo que sobre eles faça. O mesmo se passa, aliás, com a própria conexão da informação visada pelo pedido de acesso (seja sobre o “alvo” ou outra informação não especificada) e a prevenção de actos de espionagem ou de terrorismo: os factos que suportam tal pedido, as finalidades que o fundamentam e as razões que aconselham o mesmo acesso são aqueles que os serviços entenderem dever indicar no pedido de autorização (...).»⁴⁵

Podem, assim, «os poderes que a lei confere ao Estado no domínio da prevenção de actos de terrorismo ou de espionagem atingir, pelo menos potencialmente, qualquer pessoa (...).»⁴⁶

Mas, não é justamente para permitir o integral controlo de uma tal avaliação, feita pelos Serviços de Informações, que a Lei Orgânica n.º 4/2017 prevê a intervenção sucessiva de uma formação de juízes conselheiros, do Procurador-Geral da República, da Comissão de Fiscalização de Dados e do Conselho de Fiscalização do SIRP? Sendo certo que, tanto quanto se sabe, até ao momento, a quase totalidade dos pedidos apresentados pelos Serviços de Informações têm recebido acolhimento por parte da formação de juízes do STJ?

12.4. É, por outro lado, duvidoso que se possa concluir, como faz o Acórdão em apreciação que «[a] autorização legal para a invasão legítima nos dados de tráfego não integra sequer como pressuposto um determinado grau de suspeita da prática dos crimes de espionagem e terrorismo, nem o perigo ou a suspeita de perigo concreto está enunciado na lei como objeto possível da ação preventiva. Com efeito, daquele preceito não resulta expresso que a recolha da informação tenha por objeto notícias de factos suscetíveis de fundamentar suspeitas de perigo da prática de determinados crimes contra um número circunscrito de bens jurídicos fundamentais para a comunidade.»⁴⁷

Mas será aceitável partir do pressuposto de que a actuação dos Serviços de Informações, em matéria de tanta delicadeza, se não reveste da necessária exigência quanto à necessidade da intervenção, à sua justeza e à sua proporcionalidade ao fim de segurança que se pretende atingir?

Ao contrário do concluído pelo Acórdão n.º 464/2019, julga-se que se respeita, através da Lei Orgânica n.º 4/2017, a jurisprudência do TJUE, segundo a qual «só pode ser concedido o acesso de uma autoridade pública a dados de comunicação ou de tráfego, mediante critérios determinados e objetivos, definidos

⁴⁵ Cfr. o n.º 11.2.4., p. 49 do Acórdão.

⁴⁶ Cfr. o n.º 11.2.4., p. 50 do Acórdão.

⁴⁷ *Ibidem.*

numa lei clara e detalhada nos seus termos, acessível e de efeitos previsíveis para os cidadãos, e relativa a pessoas suspeitas de estarem a planear ou terem planeado, de estarem a cometer, ou terem cometido um ato terrorista, ou de estarem, de algum modo, envolvidas nessa infração (...).»⁴⁸

É possível, por outro lado, um juízo materialmente fundado de prognose de ocorrência do perigo para um número circunscrito de bens jurídicos de importância extrema para a comunidade, como a vida, o corpo e a liberdade das pessoas, ou a segurança do Estado de direito. Perigo, esse, *previsível, concreto e de verificação altamente provável* (cfr. p. 52 do acórdão) – cabendo aos Serviços de Informações, pela sua natureza e atribuições, formular esses juízos de valor.⁴⁹

Acompanha-se, pois, nesta matéria, a perplexidade expressa pela declaração de voto conjunta dos conselheiros Gonçalo de Almeida Ribeiro e Joana Fernandes Costa, ao concluir não ser exigível, viável, ou sequer desejável que o legislador «densifique» o regime de acesso aos dados de tráfego através da «identificação normativa da situação fáctica que está na origem do perigo».⁵⁰

13. Acesso a dados de base e de localização de equipamento

O Acórdão n.º 464/2019 reconhece, a este propósito (cfr. p. 55 do mesmo aresto):

«O acesso aos dados previstos e com os objetivos fixados no artigo 3.º da Lei Orgânica n.º 4/2017, dificilmente pode ser censurado no plano da adequação e da necessidade. Por um lado, é óbvio que a medida é um meio idóneo de produção de informações que se venham a revelar úteis na prevenção dos actos e na tutela dos interesses mencionados na lei. Por outro lado, não há evidência alguma de que existam meios menos lesivos que permitam, com igual eficácia, alcançar os objetivos a que o regime se destina, tanto mais que a lei faz depender a autorização de acesso e a sua manutenção da verificação da necessidade da diligência.»⁵¹

Importa, contudo, averiguar se um regime de acesso a «dados de base e de localização de equipamento», pelos oficiais de informações do SIRP, reprovará no teste da proporcionalidade.

⁴⁸ Cfr. o n.º 11.2.4., p. 51 do Acórdão.

⁴⁹ A este respeito, v. a declaração de voto do conselheiro Lino Ribeiro, pp. 59-60 do Acórdão.

⁵⁰ Cf. p. 88 do Acórdão.

⁵¹ Cfr. o n.º 12, p. 55 do Acórdão.

O Acórdão n.º 464/2019 considerou o acesso a este tipo de dados – «dados de base e de localização de equipamento» – constitucionalmente admissível.⁵²

Importa, em segundo lugar, indagar se o regime, estabelecido na Lei Orgânica n.º 4/2017, limita o acesso aos dados pessoais, referidos no seu artigo 3.º, aos casos concretos em que tal acesso se justifica – ou, pelo menos, reduz a possibilidade de erro ou de abuso a um mínimo possível que se possa ajuizar constitucionalmente tolerável.

Ora, o Acórdão em apreciação conclui, a este propósito, que, para efeitos de prevenção de actos que integram os tipos ou categorias de crimes referidos no artigo 3.º da Lei Orgânica n.º 4/2017, o acesso, tal como se encontra regulado na lei, não é desproporcionado. Porém, o Acórdão acrescenta, que semelhante juízo não se pode estender ao segmento da norma que permite o acesso aos dados para efeitos de salvaguarda imediata da defesa nacional e da segurança interna, sem a mediação de critérios de determinabilidade destes conceitos.⁵³

Ora, nesta matéria, julga-se assistir razão à declaração de voto apresentada pelo conselheiro Lino Ribeiro, quando, a propósito da integração dos conceitos de defesa nacional e de segurança interna, crê de remeter para as disposições legislativas internas sobre esta matéria,⁵⁴ embora se compreenda estarmos perante domínios genéricos e algo vagos na sua identificação.

Por outro lado, a conselheira Fátima Mata-Mouros, na sua declaração de voto, considera que as referências à “defesa nacional” e à “segurança interna”, constantes do artigo 3.º da Lei Orgânica n.º 4/2017, não têm de ser consideradas como fins inscritos na norma, a par da prevenção de actos que de seguida o preceito identifica por referência a tipos de ilícito penal, mas antes como a limitação do acesso aos dados para a prevenção daqueles crimes que a lei define como integrando o âmbito das atribuições dos Serviços de Informações. De acordo com esta interpretação, nenhum problema de constitucionalidade colocaria também esta norma.⁵⁵

⁵² Cfr. as pp. 55-56 do Acórdão.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Cfr. pp. 58-59 do Acórdão.

⁵⁵ Cfr. pp. 146-147 do Acórdão, e v. também, a declaração de voto da conselheira Maria José Rangel de Mesquita, em sentido idêntico à do conselheiro Lino Ribeiro (cfr. pp. 164-167 do Acórdão). Contra a aceitação destes conceitos, ver todavia a declaração de voto do conselheiro Teles Pereira (cfr. pp. 110-111 do Acórdão).

14. Conclusões

Que conclusões se poderão, então, retirar da prolação do Acórdão 464/2019, de 18 de Setembro, deste Tribunal Constitucional?

Poderemos estar, eventualmente, perante um belo e admirável canto de cisne de uma determinada interpretação tradicional do texto constitucional, respeitante ao artigo 34.º da Constituição.

Sem dúvida que o direito regula o conviver social, mas não é menos certo que o conviver social e as suas necessidades conformam, em sentido inverso, o direito.

A ocorrência de fenómenos particularmente gravosos, como os recentes atentados terroristas ocorridos em diversos países europeus, atentados, esses, normalmente indiscriminados e envolvendo um número crescente de vítimas indefesas, não poderá deixar de nos levar a reflectir sobre o papel do julgador na preservação dos valores essenciais da sociedade em que vivemos e que queremos preservar.

Restrições a direitos individuais, num tal contexto, serão inevitáveis.

Haverá, nessa medida, apenas que garantir, lucidamente, o necessário equilíbrio na ponderação dos valores e interesses conflitantes, encontrando soluções adequadas, necessárias e proporcionais aos problemas a resolver.

Subsiste, pois, a dúvida sobre se não estaremos, em face da prolação do Acórdão n.º 464/2019, em situação próxima da vivida pelo Rei Pirro, do Epiro (Grécia), que derrotou os romanos na batalha de Heracleia, em 280 a.C. (através da utilização de 19 elefantes de guerra, com os quais os romanos nunca se tinham antes confrontado) e na batalha de Ásculo, no ano seguinte. Depois de adulado e cumprimentado pelos seus seguidores, pela grande batalha travada e ganha contra um exército até aí considerado invencível, Pirro limitou-se a responder, com grande sabedoria: *Outra vitória como esta e estou perdido*. Com efeito, havia perdido metade do seu exército em Ásculo, o que lhe foi fatal para a batalha seguinte, em 275 a.C., a batalha de Benevento.

Veremos, por isso, no futuro, se o Acórdão n.º 464/2019 constituirá um marco perene de jurisprudência do Tribunal Constitucional, ou se, pelo contrário, marcará, antes, o início da transição para uma interpretação mais flexível e actualizada do texto constitucional vigente.