

envio de actos das partes pelo mesmo meio — cf. Artigo 4.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 28/92, de 27 de Fevereiro), considerar a comunicação efectuada, não na data em que foi efectivamente recebida via telecópia, mas apenas no terceiro dia posterior ao do registo (ou no primeiro dia útil seguinte a este, quando o não seja), nos termos do n.º 3 do artigo 254.º do CPC. Tal entendimento representaria a inutilização das preocupações de celeridade que presidiram à escolha do meio mais rápido de comunicação dos actos e transformaria a comunicação por telecópia num acto inútil.

14.º Nessa esteira, não há fundamento que possa levar à procedência e pretensão da requerente pois a decisão de não conhecer o recurso, por extemporaneidade, resulta pacificamente da circunstância da contagem do prazo, pois a notificação e a decisão foi feita em 14 de Agosto de 2009 (por telecópia) e só em 21 de Agosto seguinte foi interposto recurso (com apresentação na secretaria do Tribunal), ou seja, mais de 5 (cinco) dias após a notificação.

15.º Acresce que a lei do Tribunal Constitucional estabelece, como competência exclusiva deste Tribunal, o conhecimento das acções de impugnação de deliberação tomada por órgãos de partidos políticos, ao mesmo tempo que, quanto a regras processuais aplicáveis e no que ao subcapítulo dedicado aos processos relativos a partidos políticos diz respeito (onde se insere a presente acção de impugnação) não contém qualquer remissão para o Código de Processo Civil ou outro regime subsidiariamente aplicável (excepção feita no âmbito dos procedimentos cautelares).

16.º Daí que seja forçoso concluir que o legislador não determinou a aplicação das regras do processo civil, como direito subsidiário, às acções de impugnação de deliberação de órgãos de partido político.

17.º Assim sendo, é indiscutível que o Acórdão n.º 439/2009 aplicou correctamente a lei, no que à notificação, por telecópia, da requerente e mandatário do Acórdão n.º 422/2009 diz respeito, ao mesmo tempo que, tendo sido feita a notificação da decisão em 14 de Agosto de 2009 e a apresentação do recurso na secretaria do Tribunal em 21 de Agosto seguinte, se terá de concluir, como o fez o Acórdão n.º 439/2009, pelo não conhecimento do recurso por extemporaneidade.

18.º Ao mesmo tempo, e em face do atrás exposto, deve improceder *in totum* o pedido de reforma do Acórdão apresentado pela requerente.

Nestes termos, e nos demais de Direito, perante a inexistência de qualquer norma processual violada, dado ter sido correctamente feita a notificação aos requerente e mandatário do Acórdão n.º 422/2009, deve o pedido de reforma do Acórdão, formulado pela requerente, ser considerado indeferido, com as legais consequências.»

Tudo visto, cumpre apreciar e decidir.

3 — Em primeiro lugar, cumpre sublinhar que a lei do Tribunal Constitucional (Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, com as alterações posteriores, adiante designada LTC), nada refere a respeito de pedido de reforma de acórdão proferido no âmbito de uma acção de impugnação de deliberações de órgãos de partido político (cf. artigos 103.º-D e 103.º-C). Não obstante esta omissão, considera-se admissível o pedido de reforma, por recurso à regra constante do artigo 669.º do Código de Processo Civil, que, no caso, se revela inteiramente adequada.

Cumpre precisar o objecto do pedido.

Este não incide sobre o pressuposto da decisão — a não aplicação subsidiária do disposto no Código de Processo Civil, nem, consequentemente, o afastamento da regra do artigo 145.º, n.º 5, do mesmo Código (cf. artigos 13.º e 14.º do requerimento acima transcrito). Sempre o Tribunal estaria, aliás, impedido de apreciar novamente uma tal questão, uma vez que, com a prolação do Acórdão n.º 439/2009, se encontra esgotado o poder jurisdicional nessa matéria.

Para fundamentar o pedido, a requerente aponta ao questionado acórdão um «erro manifesto» na determinação da norma aplicável, na medida em que o Acórdão n.º 439/2009, tendo considerado que a lei do Tribunal Constitucional é omissa quanto à forma de notificação das partes e dos mandatários, entendeu que não haveria «caso análogo» susceptível de integrar tal lacuna, pelo que aplicou a norma que o intérprete criaria se houvesse legislado no espírito do sistema e, em consequência, considerou admissível o uso da telecópia para a notificação, ao mandatário, de um acórdão.

Contestando este entendimento, que apelida de «lapso manifesto», a requerente contrapõe que, a tal propósito, existe «caso análogo», que são as regras dos artigos 254.º e 176.º, n.º 5, do Código de Processo Civil, das quais resultaria que o acto formal de notificação de um acórdão não pode ser feito por telecópia.

4 — Diga-se, antes de mais, que a questão colocada pela requerente dificilmente se enquadra no conceito de «manifesto lapso» na determinação da norma aplicável ou na qualificação jurídica dos factos. Neste âmbito, a expressão tem um significado técnico preciso, exigindo-se que esteja em causa um erro no enquadramento normativo da situação, cuja apreensão seja imediata e evidente, sem necessidade de elaboração

de um juízo construtivo fundamentador da existência do erro. O que, parece evidente, não se verifica aqui. A constatação do erro alegadamente detectado pela requerente exige uma argumentação jurídica que não passa pela simples identificação de uma norma, directamente aplicável ao caso (que inexistente, como a própria requerente admite), em substituição daquela que foi adoptada.

O que, só por si, determinaria o indeferimento do presente pedido. De todo o modo, sem conceder, sempre se dirá que não assiste razão à requerente.

Na verdade, no Acórdão n.º 439/2009, recorreu-se a uma regra ajustada ao «espírito do sistema», nos termos da qual se considerou admissível o uso de telecópia, como forma de notificação de decisões às partes e seus mandatários, regra que se considerou, não só particularmente apropriada no âmbito de um processo urgente, como se revelou não ser estranha ao próprio processo civil, como salientado no Acórdão n.º 560/2005.

O acórdão sob reforma aderiu inteiramente à orientação deste último Acórdão, que, contrariamente à afirmação genérica e peremptória constante do ponto 24.º do pedido, tem como ponto focal da sua fundamentação a aplicação às notificações das sentenças do meio comunicativo (telecópia) previsto no artigo 176.º, n.º 5, do CPC.

A única diferença em relação a este precedente está em que a decisão nele tomada foi proferida em processo de fiscalização concreta de constitucionalidade, em que, portanto, as regras de processo civil gozavam incontrovertidamente de aplicação subsidiária, por via do disposto no artigo 69.º da LTC. Não obstante, a formulação literal do artigo 176.º, n.º 5, e a norma do artigo 254.º, n.º 1, do CPC não constituíram obstáculo à solução de conferir eficácia à comunicação por telecópia, como termo inicial do prazo iniciado com a notificação da decisão. Mas essa diferença específica só fornece à decisão do Acórdão n.º 439/2009 um argumento de maioria de razão, laborando ele, como laborou, no pressuposto de que essas regras não são subsidiariamente aplicáveis às acções da espécie dos autos.

Refira-se, por último, que a norma adoptada no Acórdão n.º 439/2009, em matéria de notificação às partes e seus mandatários, não é desconhecida ou imprevista para a requerente. A própria requerente — que nunca questionou ter tomado efectivo conhecimento do acórdão notificado na data em que o mesmo lhe foi remetido por telecópia — ao ter optado por entregar o recurso na data em que o fez, configurou como possível que o prazo fosse contado da data da notificação por telecópia, como resulta da parte final do respectivo requerimento de recurso.

5 — Pelo exposto, acordam em indeferir o pedido de reforma do Acórdão n.º 439/2009.

Lisboa, 22 de Setembro de 2009. — *Joaquim de Sousa Ribeiro — Maria Lúcia Amaral — José Borges Soeiro — Benjamim Rodrigues — Carlos Fernandes Cadilha — Carlos Pamplona de Oliveira — Rui Manuel Moura Ramos.*

202529641

## Acórdão n.º 486/2009

### Processo n.º 4/09

Acordam na 2.ª Secção do Tribunal Constitucional:

**Relatório.** — No âmbito do processo penal comum que correu os seus termos sob o n.º 128/05.0 JDLSB, na 2.ª Secção, do 6.º Juízo Criminal de Lisboa, o arguido José António Elias Torrá foi condenado, por sentença proferida em 17 de Julho de 2007, como autor material de um crime de violação de segredo por funcionário, previsto no artigo 383.º, n.º 1, do Código Penal, por referência ao artigo 386.º, n.º 1, do mesmo diploma legal, em concurso aparente com a prática de um crime de violação de segredo de justiça, previsto no artigo 371.º, n.º 1, do Código Penal, na pena de 8 meses de prisão, suspensa na execução por um período de 18 meses, sob condição de pagamento de determinada quantia a favor de uma certa entidade no prazo de 6 meses a contar do trânsito em julgado da condenação. Na sequência de recurso interposto pelo arguido, tal condenação viria a ser confirmada, excepto na parte respeitante à duração do período da suspensão da execução da pena — que foi reduzido para um ano de duração —, por acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proferido em 13 de Novembro de 2008. O arguido interpôs então recurso deste acórdão, para o Tribunal Constitucional, ao abrigo do disposto na alínea b), do n.º 1, do artigo 70.º, da Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (LTC). Foi proferida decisão sumária em 13-1-2009 de não conhecimento do recurso interposto. O recorrente reclamou desta decisão para a conferência e, mediante acórdão proferido em 17-2-2009, a reclamação foi parcialmente deferida, tendo a decisão reclamada sido revogada na parte em que não tinha tomado conhecimento do recurso interposto para apreciação da constitucionalidade da norma constante do n.º 1, do artigo 187.º, do Código de Processo Penal de 1987, na redacção anterior à Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, quando interpretada no sentido de que

o respectivo conteúdo abrange o acesso à facturação detalhada e à localização celular. Após ter sido notificado para efeito de apresentação de alegações relativamente à referida questão de constitucionalidade, o recorrente alegou nos seguintes termos:

«1. Importa, antes do mais, e no seguimento da doutrina e jurisprudência assentar que o acesso à facturação detalhada e à localização celular constitui uma invasão aos direitos fundamentais do cidadão e por isso constitucionalmente protegidos. Nesta parte comunga-se do vertido no acórdão da Relação de Coimbra que decidiu, “Trata-se de um meio de prova que contende com bens jurídicos pessoais que, de forma mais ou menos extensiva e directa, relevam da esfera da privacidade e se caracterizam pela sua estrutura comunicativa e intersubjectiva”.

Em causa estão bens jurídicos correspondentes a direitos e liberdades fundamentais que só pela abertura dialógica e comunicação interactiva logram a expressão positiva”<sup>1</sup>.

Refira-se que o acesso aos dados de tráfego exprime uma invasão diferente, mas não de menor intensidade, que a interceptação das comunicações telefónicas. A possibilidade de aceder à intensidade dos contactos com determinado posto telefónico constitui uma verdadeira intromissão na intimidade dos cidadãos visados.

Por outro lado, o acesso à localização celular é indiscutivelmente uma intromissão penetrante na esfera da privacidade e intimidade do cidadão. Este meio representa um autêntico controlo à distância do cidadão facultando acesso a todos os seus movimentos.

2. Nos termos do disposto no artigo 34.º n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, “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.”

Resulta, que “nos casos previstos na lei” torna-se legítima a ingerência das autoridades públicas nas telecomunicações.

Como ensinam Gomes Canotilho e Vital Moreira<sup>2</sup>, o princípio da reserva de lei significa que os direitos, liberdades e garantias apenas podem ser restringidos por via de lei.

Ou seja, o princípio da legalidade ou da reserva de lei exige que essa restrição seja levada a cabo por lei. Aliás, tal decorre do estatuído no artigo 18.º da CRP. Como ensinam os autores acabados de citar, “O regime próprio dos direitos, liberdades e garantias não proíbe de todo em todo a possibilidade de restrição, por via de lei, do exercício dos direitos, liberdades e garantias. Mas submete tais restrições a vários e severos requisitos. Para que a restrição seja constitucionalmente legítima, torna-se necessário a verificação cumulativa das seguintes condições: (a) que a restrição esteja expressamente admitida (ou eventualmente imposta) pela Constituição, ela mesma (n.º 2, 1ª parte)...”<sup>3</sup>

3. Importa ainda considerar o disposto no artigo 8.º n.º 1, da CRP, segundo o qual, “As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português.”

Sobre a matéria que estamos a cuidar vale o estatuído no artigo 8.º n.º 2, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, e que reza, “Não haverá ingerência da autoridade pública no exercício deste direito, salvo na medida em que tal ingerência estiver prevista na lei e constituir uma medida que...”

Releva ainda interpretar a expressão “prevista na lei” utilizada na Lei Constitucional e na Convenção.

Seguindo de perto os dados colhidos por Benjamim Silva Rodrigues sobre a interpretação do conteúdo desta expressão, no contexto da referida Convenção, é possível reter as exigências quanto a esta matéria de ingerência nos direitos fundamentais.

Os casos aí tratados são impressivos para melhor percepção da contextualização da expressão utilizada pelo legislador ordinário no n.º 1 do artigo 187.º, do CPP, “A interceptação e a gravação de conversações ou comunicações telefónicas...”

Na verdade, este recorte normativo poderia suscitar dúvidas se também incluiria a possibilidade de aceder à facturação detalhada bem como à localização celular.

Diz Benjamim Silva Rodrigues:

“Apesar de estar prevista na lei expressa, a medida de ingerência pode ser considerada desconforme à Convenção se ela não for exequível, cognoscível e suficientemente precisa. Deste modo, a lei, que prevê a medida de ingerência, deve ter um conteúdo preciso. A expressão «prevista na lei», conforme já referimos, foi examinada nos casos *The Sunday Times*, *Silver* e *Malone*. No primeiro desses casos — *The Sunday Times* — referiu-se que «aos olhos do Tribunal, as duas condições seguintes contam-se entre as que se retiram das palavras “previstas pela lei”. Torna-se necessário, antes de mais, que a “lei” seja suficientemente acessível: o cidadão deve poder dispor de informações suficientes, nas circunstâncias da causa, sobre as normas jurídicas aplicáveis a um dado caso. Em

segundo lugar, apenas se pode considerar como “lei” uma norma enunciada com suficiente precisão para permitir ao cidadão regular a sua conduta; rodeando-se se necessário de conselhos esclarecidos, ele deve por si mesmo prever, com um grau de razoabilidade nas circunstâncias da causa, as consequências susceptíveis de derivarem de um determinado acto». No segundo dos casos — *Silver* e outros versus Reino Unido — reiteraram-se os argumentos expendidos no anterior aresto: *i*) que a lei seja acessível; *ii*) que a lei seja precisa. Por último, no caso *Malone*, esclareceu-se que a expressão “lei” engloba ao mesmo tempo o direito escrito e não escrito; e, por outro lado, que a ingerência deve ter uma base no direito interno; deve ser uma “lei” suficientemente acessível para o cidadão; e precisa com vista permitir ao cidadão regular a sua conduta.

Refira-se que o caso *Malone* se revestiu de especial importância na fixação do sentido e alcance a atribuir à expressão “lei”, pois aí se entendeu que a lei deve empregar termos suficientemente claros para possibilitar a todos os cidadãos as circunstâncias e os requisitos que permitem ao Poder público fazer uso dessa medida secreta e possivelmente perigosa que lesa o direito à vida privada pessoal e familiar e à correspondência.”<sup>4</sup>

4. Estes elementos conduzem-nos a dirimir uma objecção colocada pela decisão recorrida.

Parece decorrer da argumentação aí expendida que a expressão “intercepção e gravações de conversações ou comunicações telefónicas” tem conteúdo diferente que a expressão “dados de tráfego e localização celular”.

E na verdade, a expressão “comunicação” é tratada no *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea* como significando: “1. Acção de transmitir e receber mensagens, usando os meios e códigos convencionados; acto ou efeito de comunicar [...]. Comunicação telefónica, conversa tida com alguém por meio de telefone. 2. Ling. Acto que consiste essencialmente na codificação e descodificação de uma mensagem verbal. Os factores de comunicação são o emissor, o receptor, a mensagem, o código, o canal e o referente [...]”<sup>5</sup>

Neste sentido também no seguimento de parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, o Procurador-Geral da República lavrou a circular n.º 07/92, segundo o qual, “O procedimento de interceptação telefónica ou similar se consubstancia na captação de uma comunicação entre pessoas diversas do interceptor por meio de um processo mecânico, sem conhecimento de, pelo menos, um dos interlocutores.”<sup>6</sup>

Ora, o registo dos dados de tráfego bem como a localização celular são coisa bem diversa.

Nos dados de tráfego capta-se o fluxo de ligações estabelecidas entre dois aparelhos.

Na localização celular capta-se o local onde esses aparelhos foram accionados.

Do que resulta a escuta da comunicação tem mais que ver com a palavra, enquanto que, o acesso aos dados de tráfego e à localização celular prende-se com outros elementos atinentes ao fluxo de ligações e localizações dos aparelhos.

Não vale argumentar, por isso, que se o legislador permitiu escutar a palavra também permitiu acesso aos dados de tráfego e localização celular, “acreditando-se” que quem autorizou “o mais” também autorizou “o menos”.

Importa registar que a regra é a não violação dos direitos fundamentais, só em casos excepcionais esses direitos podem ser postergados. É de arrear, por isso, a aplicação desse invocado princípio “o que pode o mais pode o menos”, uma vez que, estamos face a direitos, liberdades e garantias. Por outro lado, tratando-se de excepções esses princípios não têm aplicação.

Acresce que não procede o pressuposto de que a escuta de uma comunicação é mais invasiva que o acesso aos dados de tráfego ou/e à localização celular. Muitas vezes uma comunicação não evidencia mais que um diálogo de conteúdo inócuo — seja porque os interlocutores não o pretendem fazer ao telefone —, mas a circunstância de se aceder ao número de vezes que se liga para determinado aparelho já pode ter um conteúdo forte e o acesso à localização celular é em si mesmo profundamente invasivo do direito à privacidade.

5. O acesso aos dados de tráfego e à localização celular foram autorizados por despacho judicial proferido antes da entrada em vigor da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto.

Só, com as alterações introduzidas pelo artigo 189.º n.º 2, do CPP o legislador veio consagrar a possibilidade de acesso à facturação detalhada e à localização celular.

Do que resulta, no momento em que foi proferido despacho judicial, que autorizou acesso a esses elementos, não existir norma jurídica que lhe desse cobertura legal.

6. O recorrente solicitou parecer ao Senhor Professor Manuel da Costa Andrade que opinou neste sentido, referindo:

“Como de todos os lados se acentua — e a própria sentença recorrida não deixa de, expressa e pertinentemente, reconhecer — a facturação e a localização celular configuram atentados específicos à vida privada e, mais directamente, ao sigilo de telecomunicações. E configuram atentados distintos e autónomos face à interceptação e gravação das conversações ou comunicações. Vale por dizer que a sua realização (não consentida) tem de assentar em lei que, de forma específica e autónoma, os legitime. O que, manifestamente, não sucedia na lei processual penal portuguesa vigente até 15 de Setembro de 2007, data a partir da qual, com a entrada em vigor do novo n.º 2 do artigo 190.º, as medidas passaram a gozar de reconhecimento e legitimação legal. Antes disso, nada mais infundado e irreconciliável com a lei e a Constituição do que buscar a legitimação em dispositivos como os artigos 187.º e 188.º do Código de Processo Penal.

Entendimento contrário, isto é, a consideração de que, no silêncio da lei, os meios sempre seriam legítimos porque cobertos pelos artigos 187.º e 188.º do Código de Processo Penal, estaria, pois, irremediavelmente ferida de inconstitucionalidade material.”

7. Também nós concluímos no sentido de que a interpretação que foi dada, pelo douto acórdão recorrido, às normas constantes dos artigos 187.º e 188.º do CPP as inquam de inconstitucionalidade material por afrontarem o estatuído nos artigos 18.º n.ºs 2 e 3 e 34.º n.º 4, da CRP.

Com efeito, não existindo norma que permitisse acesso à facturação detalhada e localização celular o tribunal estava impedido de autorizar a recolha desses elementos.

8. Padece, assim, de inconstitucionalidade material a interpretação que a decisão recorrida deu às normas constantes dos artigos 187.º e 188.º do CPP com o sentido de, antes da entrada em vigor da Lei n.º 48/07, de 29 de Agosto, o Tribunal poder autorizar acesso à facturação detalhada e à localização celular, por violação dos artigos 18.º n.ºs 1 e 2 e 34.º n.º 4, da Constituição da República Portuguesa.

Nestes termos e demais de direito deverão as supra citadas normas serem declaradas inconstitucionais.»

O Ministério Público contra-alegou, tendo concluído que «não é inconstitucional a interpretação da norma do n.º 1 do artigo 187.º, do Código de Processo Penal de 1987, na redacção anterior à Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, segundo a qual o respectivo conteúdo normativo abrange o recurso à facturação detalhada e à localização celular». A recorrida e assistente ASFIC/PJ — Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária não apresentou contra-alegações.

**Fundamentação.** — 1 — Do conhecimento do objecto do recurso. — O recorrente pretende que o Tribunal aprecie da constitucionalidade da norma constante do n.º 1, do artigo 187.º, do Código de Processo Penal de 1987, na redacção anterior à Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto (CPP/87), quando interpretada no sentido de que o respectivo conteúdo abrange o acesso à facturação detalhada e à localização celular.

Invoca o recorrente que tal interpretação normativa encontra-se ferida de inconstitucionalidade material por violação da reserva de lei restritiva de direitos, liberdades e garantias, nomeadamente porque permite a produção e valoração de provas resultantes de intromissões nas telecomunicações não previstas na lei processual penal.

A questão que se coloca é, pois, a de saber se terá ou não havido uma violação do princípio da legalidade no âmbito do processo penal.

Na verdade, neste ramo do direito também se reflecte a reserva de lei restritiva de direitos fundamentais, nomeadamente quando o legislador constitucional admite expressamente restrições ao sigilo das telecomunicações desde que previstas na lei em matéria de processo criminal (artigo 34.º, n.º 4, do CRP).

São conhecidas as posições divergentes sobre se a fiscalização do princípio da legalidade, designadamente em matéria fiscal e penal, se insere nas atribuições do Tribunal Constitucional.

Entre nós não vigora um sistema de recurso de amparo ou de queixa constitucional, existindo, sim, um sistema de fiscalização normativa da constitucionalidade que não permite que o Tribunal conheça do mérito constitucional do acto casuístico de subsunção de um pormenorizado conjunto de factos concretos na previsão abstracta de uma certa norma legal. Mas o sistema português de fiscalização da constitucionalidade inclui a possibilidade de apreciar a validade daquilo que geralmente se designam como interpretações normativas, admitindo o artigo 80.º, n.º 3, da LTC, a possibilidade de «o juízo de constitucionalidade sobre a norma que a decisão tiver aplicado, ou a que tiver recusado aplicação, se fundar em determinada interpretação dessa mesma norma».

Ora, na linha da doutrina sustentada no acórdão n.º 183/2008 deste Tribunal (pub. no DR, II Série, de 22-4-2008), quando o referente da norma em causa é uma realidade típica com um elevado grau de abstracção, como sucede com o “acesso à facturação detalhada” e a “localização celular”, as quais se mostram, aliás, parcialmente configuradas pelo legislador europeu e nacional (vide a Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto),

os argumentos fundamentais invocados para não conhecer das eventuais violações do princípio da legalidade deixam de ter apoio.

Com efeito, e ao invés do que sucede quando se pergunta se um determinado conjunto de factos concretos é ou não susceptível de subsunção num determinado tipo legal, quando se procura saber se o «acesso à facturação detalhada» ou a «localização celular» se integram nos meios de obtenção de prova excepcionalmente admitidos pelo artigo 187.º, do CPP/87, não se está a julgar se uma expressão legal é ou não susceptível de ter como referente um determinado conjunto de factos concretos que ocorreu no caso *sub iudice*, mas sim se o referente pode ser uma realidade típica definida de forma geral e abstracta.

Neste recurso, o referente são realidades típicas dotadas de um grau de abstracção suficiente para que o Tribunal Constitucional possa verificar se, do ponto de vista do princípio da legalidade, é legítimo que se considere que elas estão abrangidas pelo âmbito de determinado preceito legal.

Nestas hipóteses, o Tribunal Constitucional não funciona como instância revisora do modo como os demais tribunais interpretam e aplicam o direito infraconstitucional, substituindo [...] se [...] lhes na tarefa que exclusivamente lhes pertence de subsunção de certos factos a um tipo de determinação legal, limitando-se apenas a verificar se o critério normativo adoptado pelo tribunal recorrido de considerar incluído num determinado preceito legal uma realidade típica abstracta, viola o princípio da reserva de lei restritiva de direitos fundamentais.

Note-se que nesta fiscalização concreta não se avalia da correcção desse critério normativo, isto é, se a interpretação que conduziu a essa inclusão foi ou não a melhor, mas sim se o seu resultado respeitou a imposição constitucional de que as restrições aos direitos fundamentais devem estar previstas por lei.

2 — *Do mérito do recurso.* — 2.1 — Do direito à inviolabilidade das telecomunicações e das restrições expressamente autorizadas pela Constituição. — O presente recurso versa a temática delicada das proibições de prova em processo penal, tendo como pano de fundo a alegada violação da protecção constitucional da reserva da intimidade da vida privada e, mais directamente, do sigilo das telecomunicações.

É consensual que o meio de obtenção de prova das escutas telefónicas assume uma elevada relevância no plano jurídico-constitucional, derivada da sua inquestionável e qualificada danosidade social, estando em causa, fundamentalmente, o direito à reserva da intimidade privada e o direito à inviolabilidade das telecomunicações (Vide Costa Andrade, em “Sobre o regime processual penal das escutas telefónicas”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano I, Fasc. 3, Julho-Setembro 1991, pp. 380-382).

Naturalmente, atenta a especialidade da matéria em causa, o parâmetro constitucional à luz do qual há-de avaliar-se a constitucionalidade da interpretação normativa questionada é o artigo 34.º, n.º 4, da CRP, com a redacção vigente desde a Revisão Constitucional de 1997, cujo teor é o seguinte na parte que ora releva:

«É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência e nas telecomunicações, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.»

Para prevenir a violação deste preceito constitucional no âmbito do processo criminal, o artigo 32.º, n.º 8, da CRP, dispõe ainda que:

«São nulas todas as provas obtidas mediante [...] abusiva intromissão [...] nas telecomunicações.»

Os valores constitucionais da busca da verdade material e da realização da justiça, mesmo em matéria de responsabilidade criminal, têm limites, impostos pela dignidade e pelos direitos fundamentais das pessoas, que se traduzem processualmente nas proibições de prova, das quais beneficiam todas as pessoas, incluindo os suspeitos da prática de qualquer crime.

Por isso, é acentuado «o significado da consciência de não se estar a ser secretamente vigiado como garante de uma utilização activa dos direitos humanos através dos cidadãos e como elemento central de uma democracia que funciona» (vide, Hans-Jörg Albrecht, em «Vigilância das telecomunicações. Análise teórica e empírica da sua implementação e efeitos», in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal? — Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, p. 728, da ed. de 2009, da Coimbra Editora).

Porém, nem todas as proibições de obtenção de meios de prova são absolutas como sucede no caso das provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa.

A proibição de obtenção de meios de prova mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações pode ser afastada, quer pelo acordo do titular dos direitos em causa, quer pelas restrições à inviolabilidade desses direitos expressamente autorizadas pela Constituição.

O legislador constitucional prevê expressamente restrições ao sigilo das telecomunicações mas apenas as admite no domínio da lei processual penal.

A regra neste domínio é a da proibição de produção e de valoração das gravações resultantes de escutas telefónicas.

A excepção será a existência de uma lei ordinária relativa ao processo criminal que estabeleça uma autorização de produção e consequente valoração probatória.

Para além da referida previsão legal expressa, as restrições em questão devem observar os demais requisitos previstos no artigo 18.º, n.ºs 2 e 3 da CRP, nomeadamente: *a*) que a restrição vise salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido (n.º 2, 1.ª parte); *b*) que a restrição seja exigida por essa salvaguarda, seja apta para o efeito e se limite à medida necessária para alcançar esse objectivo (n.º 2, *in fine*); *c*) que a restrição não aniquile o direito em causa atingindo o conteúdo essencial do respectivo preceito (n.º 3, *in fine*).

A validade das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias depende ainda de três requisitos quanto ao carácter da própria lei: *a*) a lei deve revestir carácter geral e abstracto (n.º 3, 1.ª parte), *b*) a lei não pode ter efeito retroactivo (n.º 3, 2.ª parte); *c*) a lei deve ser uma lei da Assembleia da República ou um decreto-lei autorizado [artigo 165.º, n.º 1, al. b)].

Sobre o significado da reserva da lei restritiva de direitos fundamentais, assinala Jorge Novais:

«Sendo a determinabilidade normativa um elemento essencial das garantias de Estado de Direito proporcionadas pela reserva de lei, nela há uma clara dimensão competencial que se traduz, no fundo, por saber, em função da densidade da regulação a quem é atribuída a última decisão sobre a afectação do direito fundamental: ou ao legislador, quando a lei restritiva está suficientemente determinada — o que, no caso, equivale grosso modo a dizer que ela cabe aos órgãos nacionais democraticamente legitimados ou se ela cabe à Administração ou ao poder judicial, quando a densidade exigível escasseia.

Mas é sobretudo nos argumentos democráticos que a dimensão competencial cobra pleno desenvolvimento, assumindo, aí, a reserva de lei parlamentar o papel de protagonista. Basicamente, a ideia é que há decisões tão essenciais para a vida da comunidade que devem ser tomadas pela instituição representativa de todos os cidadãos. Entre essas decisões contam-se imediatamente, qualquer que seja a fundamentação apresentada, as decisões que afectam os direitos fundamentais, mormente as suas restrições, entendendo-se que a excepcionalidade da sua ocorrência e a gravidade dos seus efeitos exige a participação decisiva dos representantes dos próprios interessados.» (Em “As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição”, pág. 833, da ed. de 2003, da Coimbra Editora).

Não existindo essa lei estaremos na presença de uma proibição de valoração de prova.

2.2 — Do âmbito da tutela constitucional das telecomunicações em geral. — Prosseguindo na análise da eventual violação da reserva de lei restritiva da garantia constitucional do sigilo das telecomunicações, importa agora delimitar o âmbito constitucionalmente protegido dessa garantia, para que se possa verificar em que medida a facturação detalhada e a localização celular podem conflitar com os direitos fundamentais protegidos com tal sigilo.

A Constituição de 1976, desde a sua redacção originária, proíbe qualquer ingerência das autoridades públicas nas telecomunicações, salvo os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.

No plano da lei ordinária, o revogado artigo 210.º, do Código de Processo Penal de 1929, na redacção do Decreto-Lei n.º 377/77, de 6 de Setembro, já previa a interceptação e gravação de telecomunicações por ordem excepcional do juiz quando fosse indispensável à instrução da causa.

Porém, o texto constitucional não contém, compreensivelmente, por razões de ordem técnica, ligadas à permanente evolução tecnológica, nenhuma definição do âmbito das telecomunicações para aquele efeito, restando o recurso à legislação ordinária para integrar e actualizar esse conceito.

O Decreto-Lei n.º 188/81, de 2 de Julho — diploma que veio estabelecer os princípios gerais das comunicações —, entendia por comunicações o serviço por meio do qual se efectua o transporte ou a transmissão de mensagens ou informações através dos meios técnicos adequados (artigo 1.º, n.º 1), e dentro das modalidades de comunicações distinguia as *telecomunicações* como aquelas que consistem na transmissão, emissão ou recepção de símbolos, sinais, escrita, imagens, sons ou informações de qualquer outra natureza por fios, meios radioeléctricos, ópticos ou outros sistemas electromagnéticos [artigo 2.º, n.º 1, al. b)].

Assim, para o referido efeito, as telecomunicações abrangiam várias modalidades, nomeadamente o serviço telegráfico, o serviço telefónico,

o serviço de telex, o serviço de comunicação de dados, a videofonia, a telecópia, o teletexto e o videotexto (artigo 2.º, n.º 2).

O Código de Processo Penal de 1987, na sua redacção originária, veio permitir a interceptação e a gravação de conversações ou comunicações telefónicas mediante prévia autorização judicial e estendeu essa permissão às conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone (artigos 187.º, n.º 1, e 190.º).

O conceito legal de telecomunicações adoptado pelo aludido Decreto-Lei n.º 188/81 não sofreu alterações com a entrada em vigor das ulteriores Leis de Bases das Redes e Prestação de Serviços de Telecomunicações (*Vide* artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 88/89, de 11 de Setembro, e artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 91/97, de 1 de Agosto).

A Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto alterou a redacção do artigo 190.º do CPP/87, o qual passou a dispor que «o disposto nos artigos 187.º, 188.º e 189.º é correspondentemente aplicável às conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone, designadamente correio electrónico ou outras formas de transmissão de dados por via telemática, bem como à interceptação das comunicações entre presentes».

Paralelamente, aumentaram as preocupações com o tratamento dos dados pessoais gerados pelas telecomunicações.

Assim, pouco tempo depois da entrada em vigor desta alteração legislativa, a Lei n.º 69/98, de 28 de Outubro — que transpôs a Directiva n.º 97/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho —, veio regular o tratamento de dados pessoais e a protecção da privacidade no sector das telecomunicações, especificando e complementando as disposições da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro (Lei da Protecção de Dados Pessoais).

Todavia, a introdução de novas tecnologias digitais nas redes de comunicações públicas da Comunidade trouxe consigo uma grande capacidade e possibilidade de tratamentos de dados pessoais e determinou a necessidade de acautelar novos requisitos específicos de protecção de dados pessoais e da privacidade dos utilizadores, o que se traduziu na adaptação e revogação da Directiva n.º 97/66/CE pela Directiva n.º 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho.

E, assim, mercê do dever de transposição desta nova directiva europeia, a referida Lei n.º 69/98 foi revogada pela Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto, a qual veio aprovar o regime jurídico do tratamento de dados pessoais e da protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas.

Este último diploma legal preocupou-se especialmente com a facturação detalhada e a localização celular, como se verá adiante mais em detalhe.

Em conformidade com a directiva europeia transposta, a Lei n.º 41/2004 não prejudica a possibilidade de existência de legislação especial que restrinja a sua aplicação no que respeita à inviolabilidade das comunicações, nomeadamente para efeito de investigação e repressão de infracções penais (artigo 1.º, n.º 4).

Uma vez que os meios de prova postos em crise no presente recurso foram produzidos durante o ano de 2005, não se cuidará aqui da Directiva n.º 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações, nem da Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho, que procedeu à respectiva transposição para a ordem jurídica nacional.

Pelas mesmas razões, também não se atenderá à Reforma Processual Penal de 2007 e às alterações introduzidas pela Lei n.º 48/2007 nos artigos 187.º e 190.º do CPP/87.

Não obstante a evolução legislativa acabada de enunciar, a verdade é que, relativamente ao tipo de dados envolvidos no serviço de telecomunicações, continua a ser consensual, no seio da doutrina e jurisprudência nacionais, a classificação adoptada pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, que distingue entre dados de base, dados de tráfego e dados de conteúdo (*Vide* Parecer n.º 16/94/complementar, acessível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), e Parecer n.º 21/2000, no DR II Série, de 23 de Julho de 2002).

Assim, de harmonia com esses pareceres, no serviço de telecomunicações podem distinguir-se as seguintes espécies de dados:

«Nos serviços de telecomunicações podem distinguir-se, fundamentalmente, três espécies ou tipologias de dados ou elementos: os dados relativos à conexão à rede, ditos dados de base; os dados funcionais necessários ao estabelecimento de uma ligação ou comunicação e os dados gerados pela utilização da rede (por exemplo, localização do utilizador, localização do destinatário, duração da utilização, data e hora, frequência), dados de tráfego; e os dados relativos ao conteúdo da comunicação ou da mensagem, dados de conteúdo.

Sendo os vários serviços de telecomunicações utilizados para a transmissão de comunicações verbais ou de outro tipo (mensagens escritas, dados por pacotes), os elementos inerentes à comunicação podem, por outro lado, estruturar-se numa composição sequencial

em quatro tempos: a fase prévia à comunicação, o estabelecimento da comunicação, a fase da comunicação propriamente dita e a fase posterior à comunicação.

No primeiro tempo relevam essencialmente os dados de base, enquanto que nos restantes importa essencialmente a consideração dos dados de tráfego e de conteúdo.

Os dados de base constituem, na perspectiva dos utilizadores, os elementos necessários ao acesso à rede, designadamente através da ligação individual e para utilização própria do respectivo serviço: interessa aqui essencialmente o número e os dados através dos quais o utilizador tem acesso ao serviço.

Diversamente dos elementos de base (elementos necessários ao estabelecimento de uma base para comunicação), que estão aquém, antes, são prévios e instrumentos de qualquer comunicação, os chamados elementos de tráfego (elementos funcionais da comunicação), como os elementos ditos de conteúdo, têm já a ver directamente com a comunicação, quer sobre a respectiva identificabilidade, quer relativamente ao conteúdo propriamente dito da mensagem ou da comunicação.

Os elementos ou dados funcionais (de tráfego), necessários ou produzidos pelo estabelecimento da ligação da qual uma comunicação concreta, com determinado conteúdo, é operada ou transmitida, são a direcção, o destino (*addressage*) e a via, o trajecto (*roustage*).

Estes elementos funcionalmente necessários ao estabelecimento e à direcção da comunicação identificam, ou permitem identificar a comunicação: quando conservados, possibilitam a identificação das comunicações entre o eminente e o destinatário, a data, o tempo, e a frequência das ligações efectuadas.

Constituem, pois, elementos já inerentes à própria comunicação, na medida em que permitem identificar, em tempo real ou a posteriori, os utilizadores, o relacionamento directo entre uns e outros através da rede, a localização, a frequência, a data, hora e a duração da comunicação, devem participar das garantias a que está submetida a utilização do serviço, especialmente tudo quanto respeite ao sigilo das comunicações.

Finalmente, os elementos de conteúdo — dados relativos ao próprio conteúdo da mensagem, da correspondência enviada através da utilização da rede.»

O sigilo das telecomunicações, garantido nos termos do artigo 34.º, n.º 1, da Constituição, abrange não só o conteúdo das comunicações mas também o tráfego como tal (*V. Gomes Canotilho/Vital Moreira, ob. cit.*, pp. 538 e segs.).

«O que está em causa é assegurar o livre desenvolvimento da personalidade de cada um através da troca à distância, de informações, notícias, pensamentos e opiniões, à margem da devassa da publicidade.» (Costa Andrade, em *Bruscamente no verão passado...*, Ano 137.º, n.º 3951, Julho-Agosto 2008, p. 339).

A privacidade da comunicação, como corolário da reserva da intimidade da vida privada, abrange não apenas a proibição de interferência, em tempo real, de uma chamada telefónica, como também a impossibilidade do ulterior acesso de terceiros a elementos que revelem as condições factuais em que decorreu uma comunicação (*Vide*, neste sentido Nicolás González-Cuellar Serrano, em «Garantías constitucionales de la persucución penal en el entorno digital», in *Prueba y Proceso Penal (Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español e en el derecho comparado)*, pág. 171-174, da ed. de 2008, da Tirant lo Blanch.).

Efectivamente, num Estado de Direito democrático, assiste a qualquer cidadão o direito de telefonar quando e para quem quiser com a mesma privacidade que se confere ao conteúdo da sua conversa.

O mesmo raciocínio não vale para os elementos ou dados de base, já que, conforme assinala Costa Andrade «a pertinência dos dados à categoria e ao regime das telecomunicações pressupõe, em qualquer caso, a sua vinculação a uma concreta e efectiva comunicação — ao menos tentada/falhada — entre pessoas» (*ob. cit.*, p. 341).

Na verdade, por exemplo, a mera identificação do titular de um número de telefone fixo ou móvel, mesmo quando confidencial, surge com uma autonomia e com uma instrumentalidade relativamente às eventuais comunicações e, por isso mesmo, não pertence ao sigilo das telecomunicações, nem beneficia das garantias concedidas ao conteúdo das comunicações e aos elementos de tráfego gerados pelas comunicações propriamente ditas (*Vide*, neste sentido, Costa Andrade, em *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo III, pág. 797-798, da ed. de 2001, da Coimbra Editora).

A mesma falta de tutela constitucional no plano do sigilo das telecomunicações valerá para os dados de localização celular que não pressupõem qualquer acto de comunicação, bastando para o efeito que o telemóvel esteja em posição de *stand by*, isto é, ligado e apto para receber chamadas

(*Vide*, neste sentido Costa Andrade, em *Bruscamente no verão passado...*, Ano 137.º, n.º 3951, Julho-Agosto 2008, p. 341).

Todavia, atenta a instrumentalidade do recurso de constitucionalidade, estas ressalvas não assumem aqui qualquer relevância, na medida em que os dados de localização celular a que se refere a motivação do julgamento da matéria de facto levado a cabo na sentença condenatória proferida em primeira instância respeitam invariavelmente a concretas e efectivas comunicações efectuadas e recebidas de telemóveis (cf. fls. 1538-1540).

2.3 — Da facturação detalhada e da localização celular em particular. — *A facturação detalhada* surgiu no nosso ordenamento jurídico como um mecanismo vocacionado para a protecção dos utentes de serviços públicos essenciais, nomeadamente, o serviço telefónico, que passa pela obrigação do prestador do serviço identificar cada chamada telefónica e o respectivo custo (artigo 9.º da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, e artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 230/96, de 29 de Novembro).

A introdução da facturação detalhada melhorou as possibilidades de o assinante verificar a exactidão dos montantes cobrados pelo prestador de serviço, embora, possa, ao mesmo tempo, pôr em causa a privacidade dos utilizadores do serviço telefónico pelo conhecimento das «condições factuais das comunicações» (*Vide sobre estes problemas* António Pinto Monteiro, «A protecção do consumidor de serviços públicos essenciais», in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, pp. 345-347).

Efectivamente, na definição de factura detalhada incluem-se, pelo menos, informações relativas a todas as chamadas efectuadas num determinado período, aos números de telefone chamados, à data da chamada, à hora de início e à duração de cada chamada.

É pacífico que a facturação detalhada integra os chamados dados de tráfego relativos às comunicações efectuadas.

É a própria Lei n.º 41/2004 que trata como dados de tráfego quaisquer dados tratados para efeitos da facturação do envio de uma comunicação através de uma rede [artigo 2.º, alínea d)].

Por seu turno, a *localização celular* constitui uma ferramenta mais recente que está associada às redes de telecomunicações móveis.

Os sistemas actuais de redes móveis assentam numa estrutura celular que consiste na instalação de emissores para assegurar a cobertura de uma determinada área geográfica (*Vide*, sobre este tema, Rui Sá, *Sistemas e Redes de Telecomunicações*, pp. 193-222, da ed. de 2007, da FCA, cujos ensinamentos aqui se seguirão de perto).

Após uma primeira geração com transmissão analógica, seguiu-se na década de 1990, uma segunda geração de redes móveis já com tecnologia digital designada por rede GSM (*global system for mobile communications*).

Os equipamentos de uma rede GSM desempenham várias funções, designadamente, a gestão da mobilidade dos terminais.

A zona de influência de uma rede GSM está dividida em várias áreas designadas por células que correspondem à área servida por uma antena e que são identificadas por um identificador, CGI (*cell global identity*).

Por seu turno, as células são agregadas em áreas de localização, LA (*location area*), que têm o seu identificador, LAI (*location area identity*).

A estação móvel é composta pelo equipamento móvel e pelo SIM (*subscriber identity module*), o qual, basicamente, é um cartão que permite a identificação do cliente perante a rede através do IMSI (*international mobile subscriber identity*).

Os próprios equipamentos terminais têm um identificador único conhecido pela sigla IMEI (*international mobile equipment identity*) que permite identificar a sua utilização numa rede GSM.

A área de localização é utilizada para localizar o terminal móvel, pois a informação que está registada sobre o estado de actividade do terminal indica qual a área de localização em que o IMEI foi detectado.

Durante a fase de arranque, a estação móvel inicia uma acção de actualização de localização, enviando a sua identificação para a rede.

Quando a estação móvel se desloca para uma nova área, ocorre uma actualização de localização (*location update*) e a identificação da nova área é fornecida para a rede.

A localização celular dispensa a realização de chamadas telefónicas, bastando para o efeito que o equipamento móvel esteja ligado.

A localização celular dos equipamentos móveis, ao permitir a gestão dos equipamentos que acedem à rede, constitui condição indispensável para o estabelecimento e transmissão das comunicações, quer durante a fase de arranque da estação móvel, quer quando ocorre uma mudança de área.

Adicionalmente, a localização celular permite satisfazer outras necessidades, estranhas à própria rede, como rastrear equipamentos furtados ou mesmo impedir o seu acesso à rede.

A recente incorporação da tecnologia GPS (*global positioning system*) nos equipamentos móveis permitiu que a localização celular atingisse um grau de precisão muito elevado em matéria de determinação da posição geográfica.

Os dados de localização podem, assim, incidir sobre a latitude, a longitude e a altitude do equipamento terminal do utilizador, a identificação da célula de rede em que o equipamento terminal está localizado em determinado momento e sobre a hora de registo da informação de localização.

Em conformidade com a Directiva n.º 2002/58/CE, a Lei n.º 41/2004 considera os dados de localização que fornecem a posição geográfica do equipamento terminal como dados de tráfego apenas na medida em que sejam estritamente tratados pela rede móvel para permitir a transmissão de comunicações, ficando fora desta classificação os dados de localização que são mais precisos do que o necessário para a transmissão das comunicações e que são utilizados para a prestação de serviços de valor acrescentado, tais como serviços que prestam aos condutores informações e orientações individualizadas sobre o tráfego [artigos 2.º, alíneas d), e) e f), 6.º e 7.º].

Estes dados de tráfego ficam sempre registados e armazenados durante um período de tempo limitado, o que é do conhecimento dos utentes dos serviços telefónicos, e, por conseguinte, dificilmente se pode dizer que o acesso aos mesmos no âmbito do processo penal integre os chamados «métodos ocultos de investigação criminal», como sucede com as «escutas telefónicas» (vide, sobre esta categoria, Costa Andrade, em «Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral)», em *Que futuro para o direito processual penal? — Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, p. 534, da ed. de 2009, da Coimbra Editora).

Aqui chegados, importa, portanto, concluir que os dados da facturação detalhada e os dados da localização celular que fornecem a posição geográfica do equipamento móvel com base em actos de comunicação, na medida em que são tratados para permitir a transmissão das comunicações, são dados de tráfego respeitantes às telecomunicações e, portanto, encontram-se abrangidos pela protecção constitucional conferida ao sigilo das telecomunicações.

Outra coisa será o diferente grau de ofensa que o acesso a estes dados reveste para os direitos e liberdades protegidos pelo sigilo das telecomunicações, relativamente às «escutas telefónicas», quer pela menor informação que revelam, quer pelo facto de não se tratar de um método oculto de obtenção de prova, o que tem suscitado a interrogação sobre se esse acesso deve estar sujeito aos mesmíssimos pressupostos (vide, Mouraz Lopes, em «Escutas telefónicas: seis teses e uma conclusão», na *RMP*, Ano 26.º, n.º 104, pág. 143).

2.4 — Da existência de habilitação legal para a produção de prova mediante o acesso à facturação detalhada e à localização celular (reserva de lei restritiva). — A imposição constitucional (artigo 34.º, n.º 4, da CRP) numa previsão legal prévia para as técnicas de ingerência das autoridades públicas nas telecomunicações no domínio do processo penal, visa limitar ao máximo a existência de espaços de discricionariedade daquelas autoridades, numa área de elevado risco de lesão grave dos direitos e liberdades dos cidadãos, enfatizando a exigência das leis restritivas do artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da CRP.

O legislador constituinte procurou salvaguardar simultaneamente, por um lado, a segurança e a realização da justiça, e por outro lado, os direitos e liberdades individuais do cidadão, atribuindo a arbitragem entre ambos ao legislador: as medidas limitativas daqueles direitos que as entidades públicas que se movem no processo penal podem adoptar são apenas aquelas que o legislador tenha autorizado, e não todas as que se considerem necessárias e ajustadas ao caso. A medida das agressões aos direitos fundamentais dos cidadãos no âmbito do processo penal não é definida por aquelas autoridades públicas, nos seus actos concretos de ingerência, sendo obrigatório que corresponda aos modelos e técnicas de actuação previamente estabelecidos na lei.

Neste domínio essas entidades só podem fazer o que o legislador lhes tiver permitido fazer.

Costa Andrade, perfilhando as exigências progressivamente fixadas pelo Tribunal Constitucional alemão em matéria de investigação com recurso às novas tecnologias no domínio das telecomunicações, escreve que «só uma lei expressa, clara e determinada, especificamente reportada à técnica em causa, definidora e delimitadora da respectiva medida de invasividade e devassa, pode legitimar a sua utilização como meio de obtenção de prova em processo penal» (in *Bruscamente no verão passado...*, n.º 3948, Janeiro-Fevereiro 2008, p. 140).

A exigência de uma previsão legal expressa de qualquer compressão do direito fundamental ao respeito pela vida privada, em especial do direito ao sigilo das telecomunicações, foi estabelecida há muito tempo pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem a respeito do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950, não obstante as telecomunicações não aparecerem aí expressamente mencionadas (V. Decisão do TEDH de 6 de Setembro de 1978 — Caso *Klass v. Alemanha*; Decisão do TEDH de 2 de Agosto de 1984 — Caso *Malone v. Reino Unido*; Decisão do TEDH de 24 de Outubro de 1990 — Caso *Huvig v. França*; Decisão do TEDH de 6 de Dezembro de 2005 — Caso *Agaoğlu*

v. *Turquia*; Decisão do TEDH de 1 de Março de 2007 — Caso *Heglas v. República Checa*, todas acessíveis em [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)).

Mas o TEDH já acentuou que a verificação da existência da lei em questão conta não apenas com os textos legislativos propriamente ditos, como também com o sentido constante da jurisprudência dos tribunais superiores tirada a partir da interpretação desses textos, independentemente da matriz continental ou anglo-saxónica dos ordenamentos jurídicos em presença. (V. Decisão do TEDH de 24 de Outubro de 1990 — Caso *Huvig v. França*; Decisão do TEDH de 1 de Março de 2007 — Caso *Heglas v. República Checa*.)

A decisão recorrida perfilhou a opinião que a permissão de efectuar interceptação e a gravação de conversações ou comunicações telefónicas, para recolha de prova, no âmbito do processo penal, expressa no n.º 1, artigo 187.º, do CPP, na versão anterior à Reforma de 2007, abrangia o acesso à facturação detalhada e a localização celular.

Importa observar que a decisão recorrida não foi propriamente inovadora quanto ao sentido da interpretação normativa adoptada, sendo possível detectar a existência de outras decisões de tribunais superiores que perfilharam a mesma solução hermenéutica por referência à mesma disposição legal, sendo ainda de realçar que nestes casos o pomo da discórdia incidia mais sobre a determinação da autoridade judiciária competente para a autorização destes tipos de intromissão nas telecomunicações — Ministério Público ou juiz de instrução — do que propriamente sobre a possibilidade legal de realização dessas intromissões (Vide, por exemplo, Ac. TRC de 14-3-2001 (Barreto do Carmo), na *CJ*, Ano XXVI, tomo II, p. 44; Ac. TRL de 23-6-2004 (Clemente Lima); Ac. TRG de 10-1-2005 (Francisco Marcolino); Ac. TRC de 17/5/2006 (Orlando Gonçalves); Ac. TRL de 27/9/2006 (João Sampaio); Ac. TRC de 15/11/2006 (Jorge Dias), todos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

O n.º 1, do artigo 187.º, do CPP, na redacção anterior à Reforma de 2007, dispunha o seguinte:

«1. A interceptação e gravação de conversações ou comunicações telefónicas só podem ser ordenadas ou autorizadas, por despacho do juiz quanto a crimes:

- a) Puníveis com pena de prisão superior, no seu máximo, a três anos,
- b) Relativo ao tráfico de estupefacientes;
- c) Relativo a armas, engenhos, matérias explosivas e análogas;
- d) De contrabando; ou
- e) De injúria, ameaça, de coacção, de devassa da vida privada e perturbação da paz e sossego, quando cometidos através de telefone; se houver razões para crer que a diligência se revelará de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova.»

Na verdade, no plano puramente literal, o texto da disposição legal adjectiva em questão não menciona de forma explícita a possibilidade de aceder à facturação detalhada e a localização celular, aparentando, numa leitura imediatista, referir-se somente à possibilidade de acesso aos dados de conteúdo, através da interceptação e gravação das conversações ou comunicações telefónicas, ou seja às apelidadas «escutas telefónicas».

Mas não se pode deixar de ter presente que a norma não se confunde com as fontes de direito e que só a actividade interpretativa é que nos dá o sentido da fonte ou o conteúdo da regra jurídica (V. J. Baptista Machado, em *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, pp. 175-176, da 3.ª reimpressão, de 1989, da Almedina, e J. Oliveira Ascensão, em *O Direito — Introdução e Teoria Geral*, p. 479, da ed. de 2001, da Coimbra Editora), não descurando, contudo, as necessárias cautelas exigidas pelo respeito devido ao princípio da legalidade em processo penal, acrescidas pelo elevado risco de produção de graves lesões a direitos fundamentais que encerra um preceito que autoriza operações de intromissão das autoridades públicas nas telecomunicações.

Daí que a necessária actividade interpretativa deva ter específicas limitações de modo a evitar-se a extensão da admissão de utilização de técnicas de ingerência nas telecomunicações, cujo grau de ofensa aos direitos e liberdades do cidadão não tenha sido ponderado pelo legislador.

Como escreveu Castanheira Neves, reportando-se ao princípio da legalidade criminal:

«Decerto que este secundum legem, não excluírá que o concreto juízo decisório seja obtido em termos metodologicamente correctos — mediante uma interpretação-concretização normativo-teleologicamente orientada e com todas as implicações normativas próprias de um juízo concreto dessa índole. Só que exigirá simultaneamente do julgador que tenha ele sempre presente estar a realizar um direito de que se esperam particulares garantias, devendo por isso ser especialmente atento à crítica reflexão metodológica, com o objectivo tanto da maior objectividade e rigor como da mais circunscripção determinação, embora teleologicamente justificadas, do âmbito objectivo da norma. Neste

sentido, lembrando as considerações de Hassemer, se deverá ver naquele princípio um forte argumento de auto-contrôle e possibilidade crítica do juízo decisório.» (*In* «O princípio da legalidade criminal», em *Digesta — Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da Sua Metodologia e Outros*, vol. 1.º, pp. 467-468, da ed. de 1995, da Coimbra Editora.)

A permissão de realização de intercepções e de gravações de conversações e comunicações telefónicas abrange não só o acesso ao conteúdo dessas comunicações, mas também a todos os dados fornecidos pela realização dessas intercepções.

Tendo presente a descrição acima efectuada do modo de efectivação das técnicas de acesso à facturação detalhada e localização celular e dos dados por ela revelados, verifica-se que a realização das referidas intercepções faculta automaticamente o acesso a esses dados de tráfego.

Na verdade, a intercepção e gravação das conversações ou comunicações telefónicas incorpora necessariamente uma «facturação detalhada» dessas comunicações, que é levada a cabo pelo órgão de polícia criminal interveniente e que se materializa no auto de gravação a juntar ao processo, o qual contém, relativamente ao aparelho de telefone escutado, além de outros dados, os números de telefone chamados, a data da chamada, a hora de início e a duração de cada chamada, isto é os elementos de tráfego cobertos pelo sigilo das telecomunicações constantes da facturação detalhada.

Por outro lado, as referidas intercepções das comunicações telefónicas são sempre necessária e tecnicamente precedidas da localização celular do equipamento móvel em causa, sem a qual não pode haver estabelecimento e transmissão das comunicações.

Dáí que seja possível concluir, com recurso a um simples raciocínio lógico, que o artigo 187.º, n.º 1, do CPP/87, ao permitir a intercepção e gravação das conversações ou comunicações telefónicas, permite também, inevitavelmente, o acesso a todos os dados de tráfego inerentes à concretização dessa técnica de ingerência nas telecomunicações, onde se incluem os dados da facturação detalhada cobertos pelo sigilo das telecomunicações e a localização celular.

E, sendo esses dados de tráfego apenas uma parte dos dados facultados pela realização de «escutas telefónicas», nada obstará, e até imporá a exigência que as técnicas de intromissão nas comunicações telefónicas se limitem à medida necessária para alcançar o objectivo de investigação criminal visado, que o acesso a esses dados de tráfego seja efectuado, dispensando a realização duma «escuta telefónica», quando esta não se revele necessária aos fins da investigação.

Estas conclusões foram obtidas através de uma leitura que teve presente o alcance real das técnicas de ingerência nas telecomunicações expressamente autorizadas pelo legislador, para, recorrendo-se a um raciocínio de pura lógica, apurar o conteúdo integral da autorização legal.

A interpretação normativa aqui sindicada mais não é que o resultado duma leitura que, partindo do elemento linguístico do preceito interpretado, recorre a um elemento lógico para determinar objectivamente um conteúdo implícito da previsão legal.

Deste modo, encontrando-se o acesso à facturação detalhada e a localização celular compreendidas no real conteúdo das técnicas de ingerência nas telecomunicações expressamente previstas pelo legislador no artigo 187.º, do CPP/87, não se revela que a interpretação normativa sindicada desrespeite o princípio da legalidade consagrado no artigo 34.º, n.º 4, da CRP, pelo que deve o recurso interposto ser julgado improcedente.

**Decisão.** — Pelo exposto, julga-se improcedente o recurso interposto para o Tribunal Constitucional, por José António Elias Torrão, do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa proferido nestes autos em 13 de Novembro de 2008.

Custas pelo recorrente, fixando-se a taxa de justiça em 25 unidades de conta, ponderados os critérios referidos no artigo 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 303/98, de 7 de Outubro (artigo 6.º, n.º 1, do mesmo diploma).

<sup>1</sup> *CJ*, 2001, t. II, p. 44.

<sup>2</sup> Segundo estes autores reserva de lei tem um duplo sentido: a) reserva de lei material, que significa que os direitos, liberdades e garantias não podem ser restringidos (ou regulados) senão por via de lei e nunca por regulamento, não podendo a lei delegar em regulamento ou diferir para ele qualquer aspecto desse regime; b) reserva de Lei formal, o que significa que os direitos, liberdades e garantias só podem ser regulados por lei da AR ou, nos termos do artigo 168.º, por Decreto-Lei governamental devidamente autorizados, havendo casos (os previstos no artigo 167.º) em que os direitos liberdades e garantias não ficam à disposição do poder regulamentar da administração e que o seu regime há-de ser definido pelo próprio órgão representativo, e não pelo Governo (salvo autorização) e, muito menos...» *CRP Anotada*, 3.ª edição revista, 1993 (1-1135).

<sup>3</sup> *CRP Anotada*, 4.ª edição (1-388).

<sup>4</sup> *Das escutas telefónicas*, tomo I, p. 143.

<sup>5</sup> *Dicionário da Academia das Ciências de Lisboa*, I, p. 897.

<sup>6</sup> Parecer n.º 92/91.

Lisboa, 28 de Setembro de 2009. — João Cura Mariano — Benjamim Rodrigues — Joaquim de Sousa Ribeiro — Rui Manuel Moura Ramos.

202529666

## Acórdão n.º 487/2009

### Processo n.º 272/09

Acordam na 2.ª Secção do Tribunal Constitucional

**Relatório.** — No âmbito do procedimento contra-ordenacional n.º 159/08.9 TBMD, que correu seus termos no Tribunal Judicial de Mondim de Basto, a sociedade arguida NORMURO — Construções, Terraplanagens e Transportes, L.ª, interpôs recurso da sentença condenatória, que lhe tinha sido notificada no dia 5 de Novembro de 2008, mediante requerimento enviado através de telecópia no dia 25 de Novembro do mesmo ano.

Tal recurso não foi admitido com fundamento em extemporaneidade e a referida sociedade arguida reclamou dessa rejeição para o presidente do tribunal superior.

Por despacho da Vice-Presidente do Tribunal da Relação do Porto, datado de 20 de Fevereiro de 2009, foi indeferida a reclamação apresentada.

A sociedade arguida interpôs então recurso desta decisão para o Tribunal Constitucional, ao abrigo do disposto na alínea b), do n.º 1, do artigo 70.º, da lei do Tribunal Constitucional (LTC), onde suscitou a inconstitucionalidade material da norma constante do “artigo 74.º, n.º 1, do Regime Geral das Contra-Ordenações, na interpretação segundo a qual o recurso deve ser interposto no prazo de 10 dias a partir da sentença ou do despacho, ou da sua notificação ao arguido, caso a decisão não tenha sido proferida sem a presença deste, estabelecendo um prazo mais curto para o recorrente motivar o recurso do que aquele que decorre do artigo 411.º, n.º 1, do Código de Processo Penal”, com fundamento na alegada violação dos artigos 2.º, 13.º e 20.º da Constituição.

A recorrente apresentou as respectivas alegações, tendo concluído do seguinte modo:

“I) Pretende a recorrente que seja apreciada a inconstitucionalidade do artigo 74.º, n.º 1 do RGCO, quando interpretada no sentido de que o recurso deve ser interposto no prazo de 10 dias a partir da sentença ou do despacho, ou da sua notificação ao arguido, caso a decisão tenha sido proferida sem a presença deste, estabelecendo um prazo mais curto para a recorrente motivar o recurso do que o decorre do artigo 411.º, n.º 1 do C.P.P.

II) Entende a recorrente que a referida interpretação viola os artigos 2.º, 13.º, 20.º e 32.º-1 da CRP.

III) É entendimento generalizado dos agentes do Ministério Público, sem que se conheça oposição jurisprudencial de relevo, que a norma do n.º 4 do artigo 74.º do RGCO lhes permite remeter directamente para o prazo estabelecido no artigo 413.º, n.º 1 — actualmente, vinte dias — para motivar e apresentar a sua resposta.

IV) O entendimento contrário consubstancia uma manifesta violação do princípio da igualdade de armas no processo, inerente ao princípio do processo equitativo, consagrado no n.º 4 do artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa.

V) Trata-se de um tratamento desigual de duas situações iguais.

VI) Ora, sendo o prazo para a resposta ao recurso em processo contra-ordenacional de 20 dias, nos termos do n.º 1 do artigo 413.º do CPP, aplicável por força do n.º 4 do artigo 74.º do RGCO, tal implica que seja também de 20 dias o prazo para a interposição do recurso, em observância do referido princípio da igualdade.

VII) Também o artigo 411.º, n.º 1 do C.P.P. estabelece um prazo de 20 dias para recorrer.

VIII) Não obstante a publicação do AUJ, entendemos que o prazo de 10 dias para interposição do recurso viola o direito de defesa e garantias do arguido, princípio esse consagrado no artigo 32.º, n.º 1 da CRP.

O acórdão do STJ viola, aqui e desde logo, o n.º 2 do artigo 9.º do Código Civil, já que é inadmissível ao intérprete considerar um pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.

IX) O intérprete não pode considerar de 10 dias um prazo que, segundo a letra das disposições conjugadas do n.º 4.º do artigo 74.º do RGCO e do n.º 1 do artigo 413.º do CPP, é de 20 dias.

O dever de obediência à norma que conjugadamente se extrai daquelas duas disposições não pode ser afastado pelas considerações do Tribunal Pleno, porque a tanto se opõe o disposto no n.º 2 do artigo 8.º do Código Civil.