

**Tribunal da Relação de Guimarães**  
**Processo nº 1987/05-1**

**Relator:** MIGUEZ GARCIA

**Sessão:** 21 Novembro 2005

**Número:** RG

**Votação:** UNANIMIDADE

**Meio Processual:** RECURSO PENAL

**Decisão:** PROVIDO

**ESCUA TELEFÓNICA**

**PROIBIÇÃO DE PROVA**

## Sumário

I - Nos modernos sistemas de transmissão, o registo dos dados pessoais relativos ao tráfego telefónico e à facturação é realizado pelo correspondente operador do serviço no final da fase dinâmica do fluxo ou do diálogo comunicativo (cf. no caso português, os artigos 6º e 7º da Lei nº 41/2004, de 18 de Agosto).

II - Tal registo destina-se em primeira linha à cobrança junto do cliente, mas pode servir aos investigadores para apurar elementos memorizados em bancos de dados sobre os autores da comunicação, o momento em que foi realizada, o lugar, o volume e a duração do tráfego telefónico, sendo que, em tais casos, as comunicações já estão realizadas e o registo dos dados comprova apenas a existência histórica do fluxo ou do diálogo, isto é, da anterior fase dinâmica.

III - Não se fazendo uso de técnicas invasivas para apreender o conteúdo comunicativo no próprio momento em que se exprime ou produz, dir-se-ia não haver razões para submeter a colheita desses elementos às formalidades das operações de escuta, previstas nos artigos 187º e segs. do CPP, ao menos enquanto uma tal documentação se possa fazer corresponder a uma normal agenda onde alguém registasse os contactos dos amigos e conhecidos.

IV - No que toca à identificação da comunicação e do seu destinatário, momento em que foi efectuada e correspondente duração, há por isso quem os submeta, não ao sigilo das telecomunicações, cujo regime, nessa perspectiva, se lhes não adequa, mas a uma relação de confidencialidade estabelecida numa base contratual entre o utente e a operadora de telecomunicações, isso mesmo derivando do artigo 17º, nº 2, da Lei nº 91/97, de 1 de Agosto, alterada pela n.º 29/2002, de 6 de Dezembro (Lei de Bases de Telecomunicações), ao

prescrever que “com os limites impostos pela sua natureza e pelo fim a que se destinam, é garantida a inviolabilidade e o sigilo dos serviços de telecomunicações de uso público, nos termos da lei”.

V - Acontece que, actualmente, os dados de tráfego aparecem legalmente equiparados aos dados de conteúdo para efeito de garantia da inviolabilidade das comunicações, dizendo, com efeito, o artigo 4º, nº 1, da Lei nº 41/2004, de 18 de Agosto, que “as empresas., que oferecem redes e ou serviços de comunicações electrónicas devem garantir a inviolabilidade das comunicações e respectivos dados de tráfego realizadas através de redes públicas de comunicações e de serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público”, sendo “proibida a escuta, a instalação de dispositivos de escuta, o armazenamento ou outros meios de interceptação ou vigilância de comunicações e dos respectivos dados de tráfego por terceiros sem o consentimento prévio e expresso dos utilizadores, com excepção dos casos previstos na lei” (nº 2), ainda que o disposto neste artigo 4º, não impeça “as gravações legalmente autorizadas de comunicações e dos respectivos dados de tráfego, quando realizadas no âmbito de práticas comerciais lícitas, para o efeito de prova de uma transacção comercial nem de qualquer outra comunicação feita no âmbito de uma relação contratual desde que o titular dos dados tenha sido disso informado e dado o seu consentimento”.

VI - Perante uma tal equiparação, e tendo presente o regime da interceptação e gravação de conversações e comunicações telefónicas vertido no artigo 187º do CPP, tem de estar em causa, desde logo, a prática de um dos crimes referidos no preceito, exigindo-se, ademais, que a diligência se revelará de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova.

VII - A acentuar a reserva de jurisdição, o artigo 269º, nº 1, alínea c), do CPP, estabelece a competência exclusiva do juiz de instrução para ordenar ou autorizar interceptações, gravação ou registo de conversações ou comunicações, nos termos dos artigos 187º e 190º, pelo que nem o MP nem qualquer órgão de policia criminal está legitimado para realizar qualquer forma de escuta, interceptação ou registo, nem mesmo em caso de necessidade ou urgência, sendo ainda que, atenta a sua natureza invasiva, às escutas só se pode recorrer quando se mostrarem essenciais para a descoberta da verdade ou para a prova (princípio da “subsidiariedade” no qual estão implícitos os princípios da adequação e idoneidade).

VIII - Os elementos de prova solicitados à operadora telefónica - dados de tráfego - contendem, pois, na perspectiva legal, com bens jurídicos pessoais que atingem a esfera da privacidade, normalmente de mais de uma pessoa, viabilizando o acesso tanto à esfera jurídica do autor como do destinatário da comunicação, relevando, conseqüentemente, o princípio da proibição de

produção de tal prova, ao abrigo do disposto no artigo 126º, nº 3, do CPP, tornando-a ilícita se não for obtida pela via desse artigo 269º, nº 1, alínea c).

## **Texto Integral**

Acordam em *conferência* no Tribunal da Relação de Guimarães

Numa investigação por tráfico de estupefacientes, o Ministério Público de Viana do Castelo solicitou à operadora de telecomunicações "A", SA, a indicação do PIN (*personal identification number*) e o PUK (*personal unblocking number*) relativos a um cartão que a mesma tinha emitido, para poder efectuar a listagem das chamadas, mas na resposta invocou-se a circunstância de se tratar de dados de tráfego, o que imporia a autorização do juiz de instrução. Insistiu o MP, referindo os artigos 519º, nº 2, do CPC, e 360º, nº s 1 e 2, do CP, acabando a "A" por deduzir incidente de escusa da prestação da informação relativa ao PIN e PUK ou de telefone referente ao cartão 967.... Recorre agora a "A" do despacho que, na sequência disso, a condenou na multa de 6 euros por recusa ilegítima de colaboração na descoberta da verdade, ao abrigo do disposto nos artigos 519º, nºs 1 e 2, do Código de Processo Civil, 4º do Código de Processo Penal, e 102º, alínea b), do Código das Custas Judiciais. O Tribunal entendeu que, “encarados isoladamente, os números de PIN e PUK pouco revelam que possa contender com a reserva da intimidade da vida privada do utilizador do respectivo cartão telefónico”. Mas mesmo que encarados tais elementos como verdadeiros dados de base, “competirá ao MP a sua concreta solicitação às operadoras telefónicas”. Em desenvolvido parecer, o Ex.mo Procurador Geral Adjunto conclui que o recurso merece provimento.

Colhidos os “vistos” legais, cumpre apreciar e decidir.

Nos modernos sistemas de transmissão, o registo dos dados pessoais relativos ao tráfego telefónico e à facturação é realizado pelo correspondente operador do serviço no final da fase dinâmica do fluxo ou do diálogo comunicativo (cf., no caso português, os artigos 6º e 7º da Lei nº 41/2004, de 18 de Agosto). Tal registo destina-se em primeira linha à cobrança junto do cliente, mas pode servir aos investigadores para apurar elementos memorizados em bancos de dados sobre os autores da comunicação, o momento em que foi realizada, o lugar, o volume e a duração do tráfego telefónico. Em tais casos, as comunicações já estão realizadas, o registo dos dados comprova apenas a existência histórica do fluxo ou do diálogo, isto é, da anterior fase dinâmica. Não se fazendo uso de técnicas invasivas para apreender o conteúdo

comunicativo no próprio momento em que se exprime ou produz, dir-se-ia não haver razões para submeter a colheita desses elementos às formalidades das operações de escuta, previstas nos artigos 187º e segs. do CPP, ao menos enquanto uma tal documentação se possa fazer corresponder a uma normal *agenda* onde alguém registasse os contactos dos amigos e conhecidos. ( Na Itália, sobre a disciplina dos dados exteriores de uma comunicação, veja-se Carmelo Idda, “I ‘dati esteriori’ delle conversazioni telefoniche e loro pretesa riconducibilità al concetto di comunicazione”, in *Giurisprudenza Italiana* 2001, p. 1702. Igualmente com interesse é o estudo de Cristina Máximo dos Santos, “As novas tecnologias da informação e o sigilo das comunicações”, *RMP* nº 99, 2004, p. 89.)

No que toca à identificação da comunicação e do seu destinatário, momento em que foi efectuada e correspondente duração, há por isso quem os submeta, não ao sigilo das telecomunicações, cujo regime, nessa perspectiva, se lhes não adequa, mas a uma relação de confidencialidade estabelecida numa base contratual entre o utente e a operadora de telecomunicações. Isso mesmo derivaria do artigo 17º, nº 2, da Lei nº 91/97, de 1 de Agosto, alterada pela Lei nº 29/2002, de 6 de Dezembro (Lei de Bases de Telecomunicações), ao prescrever que “com os limites impostos pela sua natureza e pelo fim a que se destinam, é garantida a inviolabilidade e o sigilo dos serviços de telecomunicações de uso público, nos termos da lei”. O mesmo resultaria, aliás, antes de revogado, do artigo 5º da Lei nº 69/98, de 28 de Outubro (Lei de Protecção de Dados Pessoais no Sector das Telecomunicações), onde se dispunha expressamente sobre a confidencialidade e o sigilo das comunicações, garantida pelos prestadores de serviços e os operadores de rede.

Acontece que, como já se notava no acórdão desta Relação de 10 de Janeiro de 2005, *CJ* 2005, tomo I, pág. 294, actualmente, os dados de tráfego aparecem legalmente equiparados aos dados de conteúdo para efeito de garantia da inviolabilidade das comunicações. Diz, com efeito, o artigo 4º, nº 1, da Lei nº 41/2004, de 18 de Agosto, que “as empresas que oferecem redes e ou serviços de comunicações electrónicas **devem garantir a inviolabilidade das comunicações e respectivos dados de tráfego** realizadas através de redes públicas de comunicações e de serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público”, sendo “proibida a escuta, a instalação de dispositivos de escuta, o armazenamento ou outros meios de interceptação ou vigilância de comunicações e dos respectivos dados de tráfego por terceiros sem o consentimento prévio e expresso dos utilizadores, com excepção dos casos previstos na lei” (nº 2), ainda que o disposto neste artigo 4º, não impeça “as gravações legalmente autorizadas de comunicações e dos respectivos dados

de tráfego, quando realizadas no âmbito de práticas comerciais lícitas, para o efeito de prova de uma transacção comercial nem de qualquer outra comunicação feita no âmbito de uma relação contratual, desde que o titular dos dados tenha sido disso informado e dado o seu consentimento”.

Perante uma tal equiparação, e tendo presente o regime da interceptação e gravação de conversações e comunicações telefónicas vertido nos artigos 187º do CPP, tem de estar em causa, desde logo, a prática de um dos crimes referidos no preceito, exigindo-se, ademais, que a diligência se revelará de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova. A interceptação e gravação de conversações e comunicações não são admitidas para qualquer crime mas apenas para crimes cuja gravidade justifica uma tão acentuada limitação da liberdade individual, os crimes ditos do *catálogo*. O nº 1 do artigo 187º exprime, por sua vez, restrições concretas, como na alínea *a*), permitindo as escutas apenas quanto a crimes puníveis com pena de prisão superior, no seu máximo, a três anos; ou como na alínea *e*), ao exigir razões para crer que a diligência se revele de *grande interesse* para a descoberta da verdade ou para a prova. O que será aferido, sempre e só, por despacho motivado do juiz (artigos 187º, nº 1).

Aliás, a acentuar a reserva de jurisdição, o artigo 269º, nº 1, alínea *c*), do CPP, estabelece a competência *exclusiva* do juiz de instrução para ordenar ou autorizar interceptações, gravação ou registo de conversações ou comunicações, nos termos dos artigos 187º e 190º. Nem o MP nem qualquer órgão de polícia criminal está legitimado para realizar qualquer forma de escuta, interceptação ou registo, nem mesmo em caso de necessidade ou urgência. Atenta a sua natureza invasiva, às escutas só se pode recorrer quando se mostrarem essenciais para a descoberta da verdade ou para a prova (princípio da *subsidiariedade*, no qual estão implícitos os princípios da adequação e idoneidade).

Os elementos de prova solicitados à "A" contendem, pois, na perspectiva legal, com bens jurídicos pessoais que atingem a esfera da privacidade, normalmente de mais de uma pessoa, viabilizando o acesso tanto à esfera jurídica do autor como do destinatário da comunicação, relevando, conseqüentemente, o princípio da proibição de produção de tal prova, ao abrigo do disposto no artigo 126º, nº 3, do CPP, tornando-a ilícita se não for obtida pela via desse artigo 269º, nº 1, alínea *c*).

Com estes pressupostos, é pois de seguir a orientação do acórdão desta Relação de 10 de Janeiro de 2005, a que atrás fizemos referência. ( Além do acórdão da Relação de Guimarães de 10 de Janeiro de 2005 *CJ* 2005, tomo I, p. 294, pode ver-se igualmente o acórdão da Relação de Lisboa de 10 de Dezembro de 2003 *CJ* 2003, tomo V, p. 148, que também entendeu que a

listagem das chamadas telefónicas efectuadas, a solicitação do MP, sem consentimento do titular do aparelho utilizado, só é válida como meio de prova quando previamente autorizada pelo juiz de instrução, sob pena de nulidade; tal prova será ilícita se não for obtida ao abrigo do disposto no artigo 269º, nº 1, alínea c), uma vez que de registo de conversação efectivamente se trata. O acórdão do Tribunal Constitucional nº 241/2002 *DR II* série de 23 de Julho de 2002, relaciona, por sua vez, a facturação detalhada com a quebra do véu da intimidade da vida privada, mas o acórdão tem outras razões de interesse, por se referir com algum pormenor tanto às tecnologias da informação, como à confidencialidade e ao sigilo das telecomunicações.) Como aí se escreve, “essas informações, abrangidas pelo princípio da confidencialidade das comunicações, apenas poderão ser fornecidas nos termos e pelo modo em que a lei do processo penal permite a interceptação das comunicações, dependendo como tal da autorização do juiz de instrução”.

Não estando assim em causa uma simples relação de confidencialidade estabelecida numa base contratual entre o utente e a operadora de telecomunicações, também não era de exigir à "A" a “prestação da colaboração devida na descoberta da verdade” a que a mesma se escusou, o que veio a servir de fundamento à sua condenação em multa, que por isso mesmo não poderá subsistir.

Nestes termos, acordam em conceder provimento ao recurso de "A", SA, revogando-se a decisão recorrida na parte em que a condenou em multa. Não são devidas custas.

Guimarães,