

Tribunal da Relação de Lisboa
Processo nº 5845/2004-3

Relator: ANTÓNIO CLEMENTE LIMA

Sessão: 23 Junho 2004

Número: RL

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: RECURSO PENAL

Decisão: PROVIDO

SEGREDO DE TELECOMUNICAÇÕES

Sumário

Compete ao juiz de instrução e não ao M^ºP^º, em fase de inquérito, ordenar se obtenham dados sobre facturação detalhada com trace-back e localização celular, relativos a determinado telemóvel do arguido, com vista à determinação do local da prática dos factos sob investigação.

Texto Integral

Acordam, precedendo conferência, na Relação de Lisboa:

I

1. Nos autos de inquérito n.º 29/03.7S9LSB, com intervenção judicial pelo 1.º Juízo do Tribunal de Instrução Criminal de Lisboa, em que são arguidos S. e J., o Ministério Público determinou que os autos fossem continuados ao Tribunal, com vista à apreciação da questão do levantamento de sigilo das telecomunicações, ponderando nos seguintes *[transcritos]* termos:

«Para apurar o envolvimento dos arguidos na prática de roubo, p. e p. pelo art. 210/2, com referência ao disposto no art. 204/2 al. e), do Código de Processo Penal, é essencial à investigação nestes autos a obtenção, junto da TMN, de facturação detalhada com trace-back e localização celular, relativos ao telemóvel usado pelo arguido S., com o n.º 96.793.23.58 (fls. 86 e 117), no intuito de o situar no local da prática dos factos que constituem objecto de investigação dos inquéritos referidos a fls. 49-53 e 68.

Atenta a confidencialidade dos dados em questão nos termos do disposto nos arts 187, 190 e 269/1 al. c) do Código de Processo Penal e 17/2 da Lei n.º

91/97, de 1.08, e 5 da Lei n.º 69/98, de 28.10, o Ministério Público requer, com carácter de urgência, que se determine o levantamento de sigilo a que está vinculada a TMN, notificando-se a mesma para, no prazo a fixar, proceder à junção aos autos dos elementos indicados no parágrafo que antecede - cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 241/02, DR, II Série, de 23.07.02 e conclusão 2.ª do Parecer n.º 21/2000 do Conselho Consultivo da PGR, a que foi conferida obrigatoriedade de cumprimento ao Ministério Público».

Em sequência, o Tribunal decidiu indeferir o requerido, com fundamento em incompetência do juiz de instrução para a prática do acto requerido, ponderando nos seguintes *[transcritos]* termos:

«Sendo estas as pertinentes disposições legais parece-nos, com o devido respeito por diferente opinião, que é ao Ministério Público a quem compete solicitar a informação pretendida (facturação detalhada), se assim o entender sendo o juiz de instrução incompetente para solicitar a informação pretendida, senão vejamos.

O actual sistema processual penal impõe que o inquérito seja dirigido pelo Ministério Público, em que a lei deixa ao seu critério a escolha dos actos e diligências necessárias à realização da sua finalidade.

Os actos a praticar pelo juiz de instrução estão definidos nos artigos 268.º e 269.º do Código de Processo Penal, onde não cabe a sindicância ao modo como a investigação é feita. O que fica sujeito à fiscalização judicial é, em princípio, a decisão do Ministério Público proferida no final do inquérito.

O Ministério Público é, enfim «auto suficiente» sendo autoridade judiciária com todos os poderes e prerrogativas (mas também deveres) que tal acarreta. Contudo, porque o legislador entendeu, no seu prudente critério, que certos actos, por contenderem com direitos fundamentais, só podem ser levados a cabo pela magistratura judicial surge, mesmo em sede de inquérito, a figura do juiz de instrução.

Este, contudo, surge limitado no inquérito no sentido em que só pode exercer as competências estritamente previstas no Código do Processo Penal ao passo que o Ministério Público surge apenas limitado pelo objectivo último que é a decisão final a proferir tendo apenas que observar (aliás em observância ao seu estatuto constitucional) os ditames da lei.

Dito isto há que analisar se o acto requerido cai no âmbito de alguma das situações em que o Código do Processo Penal determina que o juiz de instrução intervenha.

Não está em causa, em concreto, qualquer interceptação de comunicações, vulgo escuta, pelo que é de afastar a intervenção do JIC por esta via.

Outrossim, não está em causa a apreensão de correspondência nos termos do art. 179.º do Código do Processo Penal, bem como não está em causa a realização de uma busca. Como então justificar a intervenção do JIC ? Se bem entendemos a posição do digno magistrado do Ministério Público a intervenção do juiz justificar-se-ia porquanto estaria em causa a eventual violação do segredo de correspondência.

A Constituição, no seu art. 34.º n.ºs 1 e 4, consagra a inviolabilidade do domicílio e da correspondência e nesta se incluem todas as espécies de correspondência como todos os meios de telecomunicações, estando aquela inviolabilidade relacionada com o direito à intimidade pessoal (à esfera privada das pessoas), escrevem os Profs. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *in* Constituição Anot., ed. Coimbra Editora, 1993, págs. 212 e 213.

Não se questiona que a revelação da facturação vai consentir que se fique a conhecer os postos telefónicos contactados, o dia, a hora e a duração da telecomunicação e pode, outrossim, levar a que, de futuro, se desencadeie a necessidade de intercepções mas, mesmo assim sendo, não se pode dizer que haja uma violação dos arts. 34.º n.ºs 1 e 4 da CRP.

Aliás, o mesmo se passa com a informações postais onde, estamos em crer o Ministério Público não se faria rogado em solicitar aos CTT que o informassem se determinada carta foi ou não expedida. A situação dos autos é, *mutatis mutandis*, a mesma.

E só assim se compreende que a lei seja clara ao determinar que, não obstante o regime dos n.ºs 1 a 4 da Lei 69/98 *supra* referidos, o direito das autoridades competentes serem informadas dos dados relativos à facturação ou ao tráfego não seja prejudicado não reservando ao juiz o acesso a tal informação. Ora, a autoridade competente, autoridade judiciária competente é, nesta fase processual, o Ministério Público.

A lei é explícita quanto à definição do acto para cuja prática se carece de autorização do juiz de instrução e que é a intercepção do meio de telecomunicação e conversação que proporciona à distância; ao conteúdo daquela e não a aspectos meramente circunstanciais relacionados com a utilização do posto telefónico.

A facturação, como é bem de ver, não se engloba no conceito legal de telecomunicação, segundo o art. 2.º da Lei 91/97 *supra* transcrito.

Consequentemente, também, a protecção constitucional às telecomunicações, se lhe não estende (neste sentido pode ver-se o Ac. da Rel. Lisboa de 13.01.1999 *in* C.J. Ano XXIV, tº 1º, 135).

Pelo exposto, e sem necessidade maiores considerações, indefere-se o requerido por incompetência do juiz de instrução para a prática do acto requerido.

Notifique».

2. O Ministério Público, em 1.^a instância, interpôs recurso daquele despacho. Extrai da correspondente minuta as seguintes *[transcritas]* conclusões:

1) Em telecomunicações, constituem *dados de tráfego* aqueles elementos de informação que, inerentes à própria comunicação, permitem identificar *a posteriori* os intervenientes numa ligação, bem como o local, a data, a hora e a duração.

2) Estes elementos, respeitantes aos utilizadores de serviços de telecomunicações, que se encontrem na disponibilidade dos fornecedores de rede pública e dos prestadores de serviços de telecomunicações de uso público, estão sujeitos ao sigilo das telecomunicações.

3) O sigilo das telecomunicações assegura a integridade da exploração da própria rede de telecomunicações. Nessa medida transcende a mera confidencialidade inerente a um segredo profissional, pressuposto pelo art. 135.º do Código de Processo Penal.

4) A privacidade das comunicações telefónicas ou telemóveis, como corolário da reserva de intimidade da vida privada, abrange a proibição de interferência, em tempo real, de uma chamada telefónica (intercepção por escuta) e a proibição do ulterior acesso de terceiros a elementos que revelem as condições factuais em que decorreu uma comunicação (facturação detalhada).

5) Para efeitos constitucionais são realidades idênticas: os dados de tráfego integram também o núcleo da vida privada que é salvaguardado pela confidencialidade da comunicação e que é objecto de consagração e tutela constitucional, nos arts. 34/1 e 26/1 da Constituição da República Portuguesa.

6) O modo de obtenção em inquérito dos dados revelados por facturação detalhada não resulta de como a legislação sobre telecomunicações perspectiva essa facturação detalhada, mas do modo como a Constituição da República Portuguesa consente na revelação desses dados.

7) A única interpretação conforme à constituição das normas do processo penal quanto à obtenção em inquérito de dados de facturação detalhada, é a que a assimila à obtenção, em processo penal, de prova por intercepção em tempo real de conversações telefónicas, p. nos arts. 187.º e 188.º do Código de Processo Penal.

8) O MM Juiz do Tribunal *a quo* interpretou o disposto no art. 6.º/5 da Lei n.º 69/98, de 28.10, como remetendo para normas de derrogação de sigilo, p. designadamente no art. 135.º 1/b e 53.º do Código de Processo Penal.

- 9) O art. 6.º/5 da Lei n.º 69/98, de 28.10, não opera remissão para as indicadas normas do Código de Processo Penal.
- 10) O MM Juiz do Tribunal *a quo* aplicou aos arts. 17.º, 269.º do Código de Processo Penal, no sentido de que o Juiz de Instrução Criminal não tem competência para ordenar a junção aos autos de facturação detalhada de telecomunicações já ocorridas.
- 11) Esse entendimento não está em sintonia com a interpretação conforme a Constituição que deve ser feita dos art. 17.º e 269.º/1 al. c) do Código de Processo Penal.
- 12) Por respeito ao disposto nos arts. 26.º/1 e 34.º/1, da Constituição da República Portuguesa, a facturação detalhada, como meio de obtenção de prova em processo penal, está sujeita ao mesmo regime que a interceptação de conversações telefónicas, e nessa medida é acto reservado à competência do Juiz de Instrução Criminal - art. 187.º/1, art. 17.º e art. 269.º/1 al. c), todos do Código de Processo Penal.
- 13) Uma vez que o juízo inerente à obtenção desse meio de prova é o de compatibilização de direitos liberdades e garantias, p. nos arts. 34.º/1 e 26.º/1, da Constituição da República Portuguesa / vs Legalidade democrática afirmada com o exercício da acção penal, através de juízo de adequação e proporcionalidade.
- 14) Aliás, que fundamentam todos os actos de intervenção do Juiz de Instrução Criminal em sede de inquérito.
- 15) É nula a prova resultante da listagem das chamadas telefónicas obtida em inquérito por ordem do Ministério Público por violação do disposto no art. 32.º/8 da Constituição da República Portuguesa e art. 126.º/3, do Código de Processo Penal.
- 16) Verificam, *in casu*, os pressupostos legais exigidos para a legitimidade da interceptação de comunicação - o crime indiciado é punido com prisão superior a 3 anos - art. 187.º n.º1, do Código de Processo Penal. Existem razões para crer que a diligência se revelará de grande interesse para a descoberta da verdade e para a prova.
- 17) Termos em que deverá o duto despacho em crise ser revogado e substituído por outro que ordene à operadora TMN a cedência da listagem pretendida, relativa ao registo das chamadas telefónicas recebidas/ enviadas pelo telefone nº 967932358, com trace-back e localização celular, da rede daquela operadora, no período compreendido entre o dia 01.01.03 a 29.11.2003.
- 18) Sendo, desta forma, os artigos 187.º n.º1 al. e) e 269.º n.º 1 al. c), do Código de Processo Penal, aplicados conforme ao disposto nos arts. 26.º/1 e 34.º/1, da Constituição da República Portuguesa.

3. O Tribunal *a quo* admitiu o recurso.

4. Nesta instância, o Ministério Público é de parecer que o recurso merece provimento, ponderando nos seguintes *[transcritos, na parcela relevante]* termos:

São louváveis as cautelas que o M. Público na 1.^a instância quis assegurar, face ao reconhecimento do melindre controverso sobre o alcance do que é uma «escuta» ou meros «dados de tráfego» e registos informatizados relativos a contratos privados com as «operadoras de telefones».

Com efeito, poderão constituir «intercepção» telefónica a mera obtenção de listagem dos números de telefones de um suspeito que terá estabelecido comunicações com a queixosa, que denunciou facto crime.

Se dúvidas não se colocam quanto à legitimidade do M. Público para, por si, durante o inquérito, requerer à operadora cópia do contrato telefónico firmado com determinada pessoa (singular ou colectiva), já no que tange à obtenção da «listagem» a problemática tem contornos diferentes, na medida em que é aceitável o entendimento de que os simples «dados de tráfego» dos utilizadores de telecomunicações constituem elementos inerentes à própria comunicação, porquanto permitem identificar os intervenientes, datas, momento, frequência de uso, duração, etc. - o que é potencial para integrar violação da privacidade respectiva, enquanto cerne de direitos protegidos constitucionalmente (art. 32.º n.º 8 da CRP).

É verdade que, perante um pedido feito directamente pelo MP à operadora, esta pode recusar-se a fornecer os dados de tráfego pretendidos, uma vez que estão a coberto de dever de sigilo Lei n.º 91/97, de 1/8, Lei n.º 69/98, de 28/10, DL 290-A/99, de 30/7 e DL 290-B/99, de 30/7 e DL 474/99, de 8/11). E neste quadro hipotético, sempre poderia o MP suscitar o incidente de quebra de segredo profissional previsto no art. 135.º do CPP.

Contudo, durante o inquérito, o MP deve acautelar a idoneidade, o valor e a legalidade nas formas da obtenção da prova, sob pena de, eventual e posteriormente (*v.gr.* em julgamento), se ver confrontado com arguição de nulidades sobre a eficácia e valoração da mesma - o que pode implicar a inviabilidade total do julgamento que fora projectado na prognose séria de uma condenação do arguido.

Assim, julga-se que em sede de inquérito, não obstante o MP poder solicitar os dados informativos em questão à «PT, Comunicações, SA» (cópia do contrato relativo a determinado telefone da rede fixa, ainda que confidencial, bem como envio de listagem detalhada das chamadas telefónicas a partir do

mesmo, efectuadas num determinado período) - pois tem legitimidade para tanto, sem necessidade de fazer intervir o Juiz de Instrução, porquanto as diligências pretendidas não carecerão de autorização/ordem judicial, por força dos arts. 187.º a 190.º do CPP, - correcto e legal, em consonância, aliás, com o Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º 21/2000, de 16 de Junho (traduzido na Directiva n.º 5/2000, in DR, II série, de 2000-08-28) que a ordem de satisfação das diligências pertinentes em questão seja concretizada mediante despacho judicial.

Continua a ser nossa opinião, pelas razões *supra* expostas - e que bem foram traçadas na motivação e conclusões de recurso - que, perante a controvérsia latente, e carecendo o MP de concretizar investigações mediante a obtenção de elementos de prova que o habilitem a formular (ou não) uma acusação, com elementos (as *listagens* em referência *sub judice*) a requisitar a uma operadora de telecomunicações, deve promover/requerer a diligência através do Juiz/JIC, assim assegurando a legalidade e validade da sua obtenção para utilização futura (valoração em sede de julgamento).

E como se pode recordar, o Tribunal Constitucional já sufragou aquelas cautelas ao ponderar e decidir: «... não ser da competência exclusiva do MP ordenar ou autorizar a cedência de listagem das chamadas telefónicas ... cuja competência é do juiz de instrução, nos termos do art. 187.º n.º 1 c) do CPP (durante o inquérito), pois que colidiria com a Constituição, seus arts. 26.º n.º 1, 32.º n.º 4 e 34.º n.º 1 ...».

5. Importa assim examinar a questão, aportada pelo recorrente, de saber se, na fase de inquérito do processo penal, compete ao juiz de instrução ou ao Ministério Público diligenciar, junto da TMN, pela obtenção de facturação detalhada com *trace-back* e localização celular, relativos a determinado telemóvel do arguido, com vista à determinação do local da prática dos factos sob investigação.

II

6. Como acima se deixou editado, cabe apreciar a questão de saber se, na fase de inquérito do processo penal, compete ao juiz de instrução ou ao Ministério Público diligenciar, junto da TMN, pela obtenção de facturação detalhada com *trace-back* e localização celular, relativos a determinado telemóvel do arguido, com vista à determinação do local da prática dos factos sob investigação.

Vejamos.

O Ex.^{mo} Magistrado do Ministério Público, em 1.ª instância, defende, em face da confidencialidade dos dados em referência, decorrente do disposto no art. 17.º n.º 2, da Lei n.º 91/97, de 1-8 e no art. 5.º, da Lei n.º 69/98, de 28-10, que se trata de acto a ordenar pelo juiz de instrução, nos termos conjugadamente

prevenidos nos arts. 187.º, 190.º e 269.º n.º 1 al. c), do Código de Processo Penal, relativos à admissibilidade das escutas telefónicas e, por extensão, de outras conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio diferente do telefone.

Em abono, o Dg.^{mo} Procurador-Geral Adjunto, nesta instância, realçando as cautelas necessárias à prevenção da idoneidade, do valor e da legalidade nas formas de obtenção da prova, adianta que (i) é aceitável o entendimento de que os simples «dados de tráfego» dos utilizadores de telecomunicações constituem elementos inerentes à própria comunicação, porquanto permitem identificar os intervenientes, datas, momento, frequência de uso, duração, o que é potencial para integrar a violação da respectiva privacidade; (ii) ainda que o MP disponha de legitimidade para solicitar os dados em questão, por a diligência não carecer de autorização ou ordem do juiz de instrução, é correcto e legal que a diligência seja determinada por ordem judicial.

Já o Tribunal *a quo* entendeu, em divergência e muito em síntese, que o acto em causa não carece de ser ordenado pelo juiz de instrução, porquanto (i) a revelação da facturação em causa não lesa a intimidade pessoal, no sentido da esfera privada das pessoas e, assim, não faz desconsideração ao disposto no art. 34.º n.º^{OS} 1 e 4, da Constituição; (ii) a facturação não se engloba no conceito legal de telecomunicação, estabelecido no art. 2.º, da Lei de Bases das Telecomunicações, por isso que se lhe não estende a dita protecção constitucional; (iii) como assim, a competência para o requerido é do próprio requerente, e não do Tribunal impetrado.

Vejamos ainda.

São conhecidas as divergências que a questão anteposta tem suscitado, designadamente na jurisprudência^[1] - e vêm aliás expostas, seja pelo recorrente e no parecer que precede, seja na decisão revidenda, com argumentário de particular valimento.

Afigura-se, ressalvado o muito e devido respeito pela posição adversa, que a razão está com do lado do Dg.^{mo} Recorrente.

Vejamos porquê.

7. Antes de tudo, interessará reportar alguns ensinamentos sobre as questões referentes ao sigilo das telecomunicações, que aqui está em causa^[2] e adiantar os princípios e a normaçaõ pertinentes.

Importa ter presente que, nos serviços de telecomunicações cabe distinguir três espécies ou tipologias de dados ou elementos: (i) os chamados *dados de base*, relativos á conexão à rede; (ii) os chamados *dados de tráfego*, dados

funcionais necessários ao estabelecimento de uma ligação ou comunicação e gerados pela utilização da rede (p. ex. localização do utilizador, localização do destinatário, duração da utilização, data e hora, frequência); e (iii) os chamados *dados de conteúdo*, concernentes ao teor da comunicação ou da mensagem^[3].

Por outro lado, 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 ainda estruturar-se numa composição sequencial em quatro tempos: (i) a fase prévia à comunicação, (ii) o estabelecimento da comunicação, (iii) a fase da comunicação propriamente dita, e (iv) a fase posterior à comunicação. No primeiro tempo, relevam, essencialmente, os dados de base, enquanto que, nos restantes, importa a consideração dos dados de tráfego e de conteúdo^[4]. 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, no essencial, o número e os dados através dos quais o utilizador tem acesso ao serviço.

Tais elementos (como a identificação do utilizador e o respectivo endereço postal) são fornecidos ao explorador do serviço para efeitos do estabelecimento do acordo (do contrato) de ligação à respectiva rede ou atribuídos por este àquele (o número de acesso); como dados de natureza pessoal que são, o seu titular deve sobre eles ter o direito de reserva, especialmente no que respeita à inscrição de tais elementos nas listas públicas (i. é, nas listas telefónicas públicas ou de outros serviços de telecomunicações complementares). Tal reserva determina que a inscrição desses elementos nas listas públicas deva ter carácter facultativo^[5].

Esta reserva sobre os números de posto ou de acesso - que deve ser direito dos utilizadores - previne a respectiva difusão pública e a consequente possibilidade de conhecimento público do número de acesso de determinado utilizador, de modo, essencialmente, a evitar, por vontade própria^[6], algumas situações de intromissão que podem acontecer em casos de assédio comercial: repetições constantes e perturbadoras, «marketing» telefónico, utilização das listas pelas empresas de publicidade directa e empresas de sondagens^[7].

A reserva quanto aos elementos de base, pretendendo, essencialmente, prevenir a tranquilidade dos próprios interessados contra intromissões possibilitadas ou potenciadas pela divulgação pública de tais elementos, justificará porventura, também, por outro lado, que não devam poder ser utilizados, salvo autorização expressa, por outrem que não o operador da rede, justificando nomeadamente a existência de limites quanto à cessão com fins

comerciais dos elementos das listas telefónicas ou de outros serviços de telecomunicações complementares^[8].

Diversamente dos elementos de base (elementos necessários ao estabelecimento de uma base para comunicação), que estão aquém, antes, são prévios e instrumentais de qualquer comunicação, os chamados elementos de tráfego (elementos funcionais da comunicação), como os elementos ditos de conteúdo, tem já a ver directamente com a comunicação, quer sobre a respectiva indetificabilidade, 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 através da qual uma comunicação concreta, com determinado conteúdo, é operada ou transmitida, são a direcção, o destino (*adressage*) e a via, o trajecto (*rou tage*).

«L'adressage est le processus grâce auquel un usager appellant indique l'identité de l'usager appelé dans une communication déterminée. Il comprend un élément d'adressage du réseau (numerotage) destiné à identifier l'interface entre l'usager appelé et le réseau, il peut ainsi comprendre d'autres informations (sousadressage) destinées à identifier un terminal donné au delà du-réseau public».

«Le rou tage comprend la signalisation et la communication des messages véhiculés par le réseau»^[9].

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 emittente e o destinatário, a data, o tempo, a frequência das ligações efectuadas^[10].

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.

Tendo a ver com o conteúdo, a protecção e a garantia contra qualquer intromissão, intercepção ou decifração da mensagem por pessoa não autorizada constitui um elemento nuclear dos utilizadores do sistema - e constitui obrigação dos operadores garantir, de modo rigoroso, utilizando todos os meios técnicos necessários, o sigilo das comunicações dos serviços prestados.

Não pode deixar de levar-se em conta que o sigilo da correspondência e das telecomunicações suscita garantias firmes, inscritas, desde logo, no texto constitucional.

Com efeito, nos termos prevenidos nos n.^{os} 1 e 4 do art. 34.º, da CRP, o domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis, sendo 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.

As restrições estão assim autorizadas apenas em processo criminal e estão igualmente sob reserva de lei (art. 18.º n.^{os} 2 e 3), só podendo ser decididas por um juiz (art. 32.º n.º 4).

A matriz constitucional inscreve, nesta área temática, marcada pela contingência de soluções perante o permanente conflito entre o imparável progresso tecnológico e os valores inerentes à pessoa humana que são de sempre, como que um direito à palavra e à comunicação, corolário do direito à liberdade individual^[11].

A garantia do sigilo abrange, não apenas o conteúdo da correspondência, mas o tráfego como tal (espécie, hora, duração, intensidade de utilização)^[12].

Por força do estatuído no n.º 4 daquele art. 34.º, o direito ao sigilo das telecomunicações envolve a proibição da devassa do seu conteúdo e a sua divulgação por quem a elas tenha acesso, designadamente os empregados dos serviços de telecomunicações, para quem decorre um dever de sigilo profissional, como garantia do direito ao sigilo das mesmas telecomunicações, que não poderá ser violado.

Este inciso constitucional é tanto mais relevante quanto em matéria de processo criminal as excepções à inviolabilidade das telecomunicações não são a regra, ou melhor, são a contra-regra. Na verdade, na lei ordinária actual, mesmo em matéria de processo crime, a ingerência nas telecomunicações só é permitida nos casos de o tipo legal de crime corresponder ao catálogo de crimes cuja gravidade social e o relevante interesse de paz social permitem essa ingerência^[13]

Tem-se assim em vista, com a interdição da falada ingerência, a salvaguarda da liberdade de comunicar e a proibição de nela intervir.

Daí, aliás que, traduzindo o crescente relevo e a sequente protecção na conformação daqueles como valores fundamentais, o Código Penal tenha incriminado as condutas violadoras, designadamente, do direito dos cidadãos à comunicação reservada, ao sigilo das comunicações.

Com efeito, sob a epígrafe de *crimes contra a reserva da vida privada*, quer a *devassa da vida privada* quer a *violação da correspondência ou de telecomunicações*, constituem comportamentos tipicamente ilícitos – arts. 192.º e 194.º, do CP.

No plano *infra*, da lei geral, importa também ressaltar a norma atinente. A Lei n.º 91/97, de 1-8, dita Lei de Bases das Telecomunicações [LBT], que define as bases gerais a que obedece o estabelecimento, gestão e exploração de redes de telecomunicações e a prestação de serviços de telecomunicações, determina que é garantida a inviolabilidade e o sigilo dos serviços de telecomunicações de uso público, nos termos da lei, com os limites impostos pela sua natureza e pelo fim a que se destinam (art. 17.º n.º 2).

Por sua vez, a Lei n.º 69/98, de 28-10, que regula o tratamento dos dados pessoais e a protecção da privacidade no sector das telecomunicações [\[14\]](#), determina, quanto à confidencialidade das comunicações (e no segmento que aqui importa), que (i) os prestadores de serviços e os operadores de rede devem garantir a confidencialidade e o sigilo das comunicações através dos serviços de telecomunicações acessíveis ao público e das redes públicas de telecomunicações; (ii) é proibida a escuta, a colocação de dispositivos de escuta, o armazenamento ou outros meios de interceptação ou vigilância de comunicações por terceiros sem o consentimento expresso dos utilizadores, com excepção dos casos especificamente previstos na lei (art. 5.º n.ºs 1 e 2). A inviolabilidade da correspondência e de outros meios de comunicação está, por sua vez, conexionada com a reserva da intimidade da vida privada reportada no art. 26.º, da CRP.

O direito à intimidade da vida privada, como garantia de resguardo, de reserva, de protecção, supõe a faculdade de impedir a revelação de factos relativos à vida íntima e familiar, de requerer a cessação de algum eventual abuso e o ressarcimento dos danos derivados da divulgação de um facto respeitante à vida privada [\[15\]](#).

Tal direito não tem, contudo, um carácter absoluto, podendo ceder, designadamente, face a direitos socialmente mais valiosos, como seja o direito dos cidadãos à informação [\[16\]](#).

Como acima se deixou referenciado, a lei ordinária só pode estabelecer restrições à referida garantia no domínio do processo penal.

É que as necessidades de perseguição criminal e de obtenção de provas justificam a compressão do direito individual à comunicação reservada, carecendo, embora, de ser avaliadas pelas autoridades judiciais, segundo critérios de necessidade, de adequação e de proporcionalidade.

Assim, em caso de lesão do princípio dito da intervenção mínima ou do

princípio da proporcionalidade, a prova obtida é nula – art. 32.º n.º 8, da CRP e arts. 126.º n.º 3 e 189.º, do CPP.

8. Tendo em vista o enquadramento da questão suscitada, retomemos agora a matéria que suscita concreto exame, acima enunciada (de saber se, na fase de inquérito do processo penal, compete ao juiz de instrução ou ao Ministério Público diligenciar, junto da TMN, pela obtenção de facturação detalhada com *trace-back* e localização celular, relativos a determinado telemóvel do arguido, com vista à determinação do local da prática dos factos sob investigação), para reverter ao caso em presença.

O art. 268.º n.º 1, do CPP arrola os actos a praticar pelo juiz de instrução na fase processual de inquérito.

O acto que, *in casu*, o Ministério Público pretende ver autorizado pelo juiz de instrução não se figura enquadrável em qualquer das situações prevenidas naquele segmento normativo, designadamente na al. f), pois que se não detecta norma que expressamente reserve ao juiz de instrução a requisição, às operadoras de telecomunicações, a pretendida facturação detalhada. Como assim, não estamos em presença de acto *a praticar* pelo juiz de instrução. Por sua vez, o art. 269.º, do CPP, faz rol dos actos *a ordenar* ou *a autorizar* pelo juiz de instrução.

O Dg.^{mo} Recorrente defende que o acto em apreço deve enquadrar-se na previsão da al. c) do n.º 1 deste art. 269.º, que estabelece que deve preceder determinação ou autorização do juiz de instrução, «a intercepção, gravação ou registo de conversações ou comunicações, nos termos dos arts. 187.º e 190.º». Afigura-se, ressalvado o devido respeito por opiniões diversas, que assim deve ser.

Com efeito, afigura-se incontornável, à luz, designadamente, da matriz constitucional sobre descrita, o esforço interpretativo propugnado pelo Recorrente, no sentido de admitir a facturação detalhada em causa na previsão atinente às *escutas telefónicas* e às *conversações ou comunicações transmitidas por meio diverso do telefone*, prevenidas nos referidos arts. 187.º e 190.º, do CPP, pois que se não deixa de estar em presença de um registo de conversações.

É que, tem de conceder-se, a factura detalhada em causa viabiliza o acesso tanto à esfera jurídica privada do autor como do destinatário da comunicação. A revelação do rol dos telefonemas pretendida contende, inapelavelmente, o mais dos casos, com os segredos de terceiros, suscitando-se por tal via e com frequência, particulares dificuldades de identificação do portador do bem jurídico, vale dizer, das pessoas concretamente atingidas com a exposição da factura^[17].

Releva, assim, o princípio de proibição da produção de tal prova (art. 126.º n.º 3, do CPP), que se fará ilícita se não for precedida da determinação ou autorização do juiz de instrução, prevenida no art. 269.º n.º 1 al. c), do CPP. Como tal e no caso, em face do que foi requerido pelo Dg.º Recorrente, deverá o M.^{mo} Juiz ponderar os factores condicionantes da validade e pressupostos legais do impetrado, decidindo depois, considerado o exposto acima, em conformidade.

9. Não cabe tributação - art. 522.º n.º 1, do CPP.

III

10. Nestes termos e com tais fundamentos, decide-se conceder provimento ao recurso, revogando-se o despacho recorrido e determinando-se que, levando em consideração o que vem de expor-se, o M.^{mo} Juiz de instrução faça apreciação dos mais supostos e fundamentos do requerido, decidindo, a final. Sem custas.

Lisboa, 23 de Junho de 2004

(Clemente Lima)

(Isabel Duarte)

(António Simões)

[1] Vejam-se, a respeito, por mais impressivos e recentes (para recopilar apenas os tirados em secções criminais): (i) no sentido de, na fase de inquérito, que só ao juiz de instrução compete diligenciar, junto da entidade competente, pela obtenção da referida «facturação detalhada» (ou documentação de igual contorno), vejam-se os Acórdãos, da Relação de Coimbra, de 7-3-2001 (na Colectânea de Jurisprudência, ano XXVI, tomo II, pp. 44/45, com relato do Senhor Desembargador Barreto do Carmo) e, da Relação de Lisboa, de 10-12-2003 (Proc. 8673/2003 - 3, com relato da Ex.^{ma} Desembargadora Isabel Duarte, *in* www.dgsi.pt); (ii) no sentido de que tal diligência, na referida fase processual, compete ao Ministério Público, vejam-se os acórdãos, da Relação de Lisboa, de 13-1-99 (Proc. 0073283, com relato do Ex.^{mo} Desembargador Armindo Santos Monteiro, *in* www.dgsi.pt e na Colectânea de Jurisprudência, ano XXIV, tomo I, pp. 135/136), de 9-6-99 (Proc. 0030963, com relato do Ex.^{mo} Desembargador Armindo Santos Monteiro, *in*

www.dgsi.pt), de 31-8-99 (Proc. 0056965, com relato do Ex.^{mo} Desembargador Carmona da Mota, *in* www.dgsi.pt), de 4-7-2002 (Proc. 0057509, com relato do Ex.^{mo} Desembargador Nuno Gomes da Silva, *in* www.dgsi.pt), da Relação do Porto, de 25-9-2002 (Proc. 0141415, com relato da Ex.^{ma} Desembargadora Isabel Pais Martins, *in* www.dgsi.pt), da Relação de Lisboa, de 15-1-2003 (Proc. 0070063, com relato do Ex.^{mo} Desembargador Miranda Jones, em que o aqui relator foi 2.º adjunto, *in* www.dgsi.pt), de 22-1-2003 (Proc. 00101663, com relato do Ex.^{mo} Desembargador Carlos de Sousa, *in* www.dgsi.pt), de 15-5-2003 (Proc. 0041289, com relato do Ex.^{mo} Desembargador Cid Geraldo, *in* www.dgsi.pt), da Relação do Porto, de 4-2-2004 (Proc. 0343769, com relato do Ex.^{mo} Desembargador Pinto Monteiro, *in* www.dgsi.pt) e de 11-2-2004 (Proc. 0314197, com relato do Ex.^{mo} Desembargador Fernando Monterroso, *in* www.dgsi.pt).
Veja-se ainda, com particular interesse, o Acórdão, do Tribunal Constitucional, n.º 241/02 (Proc. 444/01 – 1.º S, com relato do Ex.^{mo} Conselheiro Artur Maurício).

Ressaltam-se também, a propósito, os Pareceres, do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, de 2-5-96 (PGRP00000765, com relato do Ex.^{mo} Procurador-Geral Adjunto Henriques Gaspar, *in* www.dgsi.pt) e n.º 21/2000, de 16-6-2000 (PGRP0001246, com relato do Ex.^{mo} Procurador-Geral Adjunto Fernandes Cadilha, no Diário da República, 2.ª Série, n.º 198, de 28-8-2000, pp. 14 145 e segs. e *in* www.dgsi.pt).

Cfr. também, MARIA EDUARDA GONÇALVES, «Direito da Informação», Almedina, 2003; «As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da informação», Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1999; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, «Sociedade da Informação», e PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, «Protecção de dados pessoais e direito à privacidade», *in* Direito da Sociedade da Informação, Vol. I, Coimbra Editora, 1999, pp. 163-184 e pp. 241-253, respectivamente; MANUEL PINTO TEIXEIRA e VICTOR MENDES, «Casos e Temas de Direito da Comunicação», Legis Editora, 1996, pp. 259 e segs.

[2] Fazendo uso, designadamente e com a devida vénia, do ordenamento e mesmo dos pertinentes segmentos do teor dos Pareceres acima referenciados, cujos ensinamentos são base, até ao presente, de boa parte da jurisprudência arrolada.

[3] Parecer n.º 21/2000, *apud* YVES POULLET e FRANÇOISE WARRANT, «Nouveaux compléments au service téléphonique et protection des donnés: à

la recherche d'un cadre conceptuel», *in* Droit de L'Informatique et des Télécoms, 7^{ème} année, 1990/91, 1, pp. 19 e segs.

[4] *Idem*, pág. 21.

[5] *Idem*, pág. 22.

[6] Os utilizadores podem, em muitas circunstâncias, ter interesse manifesto na divulgação pública dos referidos elementos; por vezes até com destaque nas próprias listas ou anúncios dos próprios serviços.

[7] *Cfr.* loc. cit., nota (11), pp. 23/24.

[8] *Idem*, pág. 23.

[9] *Idem*, pág. 24.

[10] Para o operador do sistema, tais elementos e a sua retenção e conservação funcionais devem ser claramente finalísticos: qualidade e boa utilização, necessidade de facturação e estatísticas de tráfego, determinação do erros de trajecto.

[11] MANUEL DA COSTA ANDRADE, «Sobre a valoração, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas por particulares», Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, número especial, 1984, pp. 545-550.

[12] J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, «Constituição da República Portuguesa, Anotada», Coimbra editora, 1983, pp. 212-214.

[13] Ver, a respeito, MANUEL DA COSTA ANDRADE, «Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal», Coimbra Editora, 1992, pp. 283 e segs. *Cfr.* ainda EDUARDO DE URBANO CASTRILLO e MIGUEL ÁNGEL TORRES MORATO, «La Prueba Ilícita Penal», Aranzadi, 3.^a edição (2003), pp. 225 e segs.; CARLOS CLIMENT DURÁN, «La Prueba Penal», Tirant lo Blanch, 1999, pp. 949 e segs.

[14] Transpondo a Directiva n.º 97/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997.

[15] *Cfr.* Parecer, do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, n.º 211/80, no Boletim do Ministério da Justiça n.º 309, pp. 121 e segs.

[16] *Cfr.* Parecer, do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, n.º 129/83, de 3-6-87, *in* www.dgsi.pt.

[17] Como se sublinha no Acórdão, da Relação de Coimbra, de 7-3-2001, acima citado, «a índole estruturalmente comunicativa destas expressões de liberdade erigidas em bem jurídico imprime um carácter invencivelmente ambivalente à intervenção de terceiro. Ela configurará a forma mais drástica de sacrifício, se imposta sem tutela do direito fundamental do próprio investigando, mas pior

se atinge terceiro que não está a ser investigado».
