

# A conservação e a utilização probatória de metadados de comunicações electrónicas após o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022 – o que nasce torto...

Rui Cardoso<sup>[1]</sup>

*Procurador da República*

*Docente do Centro de Estudos Judiciários*

[1] Deixo público agradecimento a Carlos Pinho, Procurador da República, com quem desde há muitos anos discuto estas matérias, sendo várias das ideias aqui expostas disso resultado.

---

**SUMÁRIO:** I. DE ONDE VIEMOS, ONDE ESTAMOS? 1. Entre o nascimento e a morte anunciada. 2. O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022. 3. *Day after* ao Ac. TC 268/2022: e agora? 4. Jurisprudência conhecida. II. DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES – SÍNTESE DOS ARGUMENTOS. 1. A DS TRC de 10.07.2022 (JOSÉ EDUARDO MARTINS). O Ac. TRP de 07.09.2022 (JOSÉ ANTÓNIO RODRIGUES DA CUNHA). 3. O Ac. TRC de 12.10.2022 (MARIA ALEXANDRA GUINÉ). 4. O Ac. TRC de 12.10.2022 (PAULO GUERRA). 4.1. Argumentos da posição vencedora. 4.2. Argumentos vencidos. 5. O Ac. TRE de 25.10.2022 (JOÃO GOMES DE SOUSA). 6. O Ac. TRP de 07.12.2022 (PEDRO VAZ PATO). 7. O Ac. TRC de 13.12.2022 (PAULO GUERRA). III. COMENTÁRIO À JURISPRUDÊNCIA CONHECIDA. OS REGIMES DA CONSERVAÇÃO E DA UTILIZAÇÃO PROBATÓRIA DE METADADOS DE COMUNICAÇÕES ELECTRÓNICAS ANTES E APÓS O ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 268/2022. 1. Distinções essenciais. 1.1. Meio de prova, meio de obtenção de prova e conservação de (possível) meio de prova. 1.2. *Metadados*: conservação, preservação e intercepção. 2. O regime legal de acesso e utilização probatória dos metadados conservados. 2.1. Até à Lei 48/2007. 2.2. Entre a Lei 48/2007 e a Lei 32/2008. 2.3. Após a Lei 32/2008. 2.4. Após a LCC. 2.5. Após o Ac. TC 268/2022. 3. A utilizabilidade dos dados de tráfego/localização conservados ao abrigo da Lei 41/2004. 4. Em síntese. 5. Questões actuais por resolver em processos pendentes com metadados obtidos antes do Ac. TC 268/2022. IV. PARA ONDE VAMOS?

---

## I. DE ONDE VIEMOS, ONDE ESTAMOS?

### 1. ENTRE O NASCIMENTO E A MORTE ANUNCIADA

1.1. Diz o povo que *o que nasce torto tarde ou nunca se endireita*. É o que se passa com a utilização probatória em processo penal dos metadados das telecomunicações: nasceu sem que o legislador dissesse conta; quando o fez, este não foi muito feliz no acolcho legal que lhe deu; as sucessivas ajudas legislativas posteriores, ainda que bem intencionadas, foram desastrosas; os seus aplicadores nunca chegaram a qualquer consenso aceitável sobre a mesma; já adulta, foi dramaticamente incompreendida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e pelo Tribunal Constitucional (TC), que, na leitura que deles agora fazem, alguns tribunais da relação lhe passaram certidão de óbito. Veremos se assim é.

Esses “metadados das telecomunicações” são os dados das mesmas que não são comunicados: são os dados sobre os dados comunicados; são os dados gerados antes e durante o processo de comunicação, que estão na posse dos fornecedores desses serviços (doravante, apenas FS). Não são o conteúdo comunicado: o som (incluindo a voz), a imagem (estática ou dinâmica), o texto, os dados informáticos em geral.

Encontramos na Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao respeito pela vida privada e à protecção dos dados pessoais nas comunicações electrónicas e que revoga a Directiva 2002/58/CE (Regulamento relativo à privacidade e às comunicações electrónicas) [COM(2017) 10 final]<sup>[1]</sup> uma definição muito actual: os “metadados das comunicações electrónicas” são os dados tratados numa rede de comunicações electrónicas

[1] [Eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52017PC0010](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52017PC0010).

para efeitos de transmissão, distribuição ou intercâmbio de conteúdo de comunicações electrónicas, incluindo os dados utilizados para detectar uma comunicação e identificar a sua fonte e destino, a localização do dispositivo no contexto da comunicação e a data, hora, duração e tipo de comunicação – artigo 4.º, n.º 3, alínea c).

Com estes dados não se confundem os *dados na posse dos fornecedores de serviços online* (vulgarmente designados por OSP – *online service providers*). Os FS permitem a comunicação; tratando-se de acesso a serviços *online*, *v. g.*, na internet, os OSP fornecem os serviços a que se acede (correio electrónico, motores de pesquisa, comércio electrónico e tudo o mais que aí se pode encontrar)<sup>[2] [3]</sup>.

Desde os Pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República (CCPGR) n.ºs 16/94 e 21/2000<sup>[4]</sup>, que a importaram de países próximos na Europa, que em Portugal é utilizada uma classificação tripartida dos dados respeitantes às telecomunicações, depois seguida pela jurisprudência (incluindo a constitucional, com início no Ac. TC 241/2002<sup>[5]</sup>): dados de base<sup>[6]</sup>,

[2] Por exemplo, para aceder à internet e utilizar uma qualquer rede social (*v. g.*, o *Facebook*), uma pessoa pode necessitar de contratar um serviço de telecomunicações (com a *MEO*, a *NOS*, a *Vodafone*, *etc.*), gerando dados de identificação do subscritor (dados de base); quando estabelece um concreto acesso, gerará dados de acesso (*v. g.*, o IP que lhe foi atribuído), que se devem incluir nos dados de base; durante esse acesso, haverá transmissão de dados informáticos. Ora, o volume de dados transmitido é um dado de tráfego, que o FS necessitará conhecer para efeitos de facturação. Já os dados respeitantes à interacção com o *Facebook* (*v. g.*, o que aí publicou, comentou, *etc.*) não são dados que o FS conheça ou possa conservar: apenas o *Facebook* – um OSP global – os possui.

Os metadados de que agora tratamos – objecto da Lei 32/2008 e do Ac. TC 268/2022 que sobre ela recaiu, bem como dos acórdãos que comentarei – não respeitam aos dados na posse dos OSP: não é esse o regime jurídico da sua conservação [em que não há qualquer obrigatoriedade de conservação, antes apenas limites a tal, resultantes do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho – Regulamento Geral de Protecção de Dados (RGPD)].

[3] Sobre o acesso transfronteiriço aos dados na posse dos FS e OSP foi recentemente alcançado um importantíssimo acordo entre a Comissão Europeia, o Conselho Europeu e o Parlamento Europeu, que levará à aprovação de um pacote legislativo

(designado *E-evidence*) que inclui um Regulamento (referido na nota 1) e uma Directiva (proposta acessível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1524129181403&uri=COM:2018:226:FIN>). Cf. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_22\\_7246](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_7246).

[4] Acessíveis em <https://www.ministeriopublico.pt/pareceres-pgr>.

[5] Acessível, como todos os demais acórdãos desse tribunal citados, em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

[6] Elementos necessários ao acesso à rede, designadamente através da ligação individual e para utilização própria do respectivo serviço: identificação do