Por determinação de Sua Excelência o Presidente da A.R.

17-jan-18

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Gabinete do Presidente

N/ Ref. *Of. 10/2018*
De: *2018-01-16*
Proc. n.º *26/2018*

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA
Gabinete do Presidente
N.º de Entrada 597273
Classificação 06/03/02 / /
Data 16/01/2018

A SUA EXCELÊNCIA O

PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

2018-01-17

Um Grupo de Deputados da Assembleia da República, representando mais de um décimo dos Deputados em efetividade de funções, ao abrigo do disposto da alínea a) do n.º 1 do e na alínea f), do n.º 2 do artigo 281.º da Constituição da República Portuguesa e nos artigos 51.º e 62.º da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro, requereram ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, dos artigos 3.º e 4.º da Lei Orgânica n.º 4/2017, de 25 de agosto (aprova e regula o procedimento especial de acesso a dados de telecomunicações e Internet pelos oficiais de informações do Serviço de Informações de Segurança e do Serviço de Informações Estratégicas de Defesa).

Nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos 54.º e 55.º, n.º 3, da Lei do Tribunal Constitucional, notifico Vossa Excelência para, no prazo contínuo de 30 dias, se pronunciar, querendo, sobre o pedido.

Apresento a Vossa Excelência os melhores cumprimentos.

O PRESIDENTE DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ANEXO: *Cópia do pedido*

Rua de O Século, 111, 1249-117 Lisboa – Telef. 213 233 600/700 Fax 213 233 610
Home Page: http:// www.tribunalconstitucional.pt

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
GABINETE DO PRESIDENTE
ENTRADA
N.º 12 Data 11-01-2018

2/2

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
N.º
Espécie 2ª N.º 26/18
ENTRADA N.º 146 Data: 11/01/18

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

Exmo. Senhor Presidente do Tribunal Constitucional,

Os Deputados da Assembleia da República abaixo-assinados, em número superior a um décimo dos Deputados em efetividade de funções, ao abrigo do disposto da alínea a), do n.º 1 e na alínea f), do n.º 2 do artigo 281.º da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP) e nos artigo 51.º e 62.º, n.º 2 da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro (com as alterações introduzidas pela Lei n.º 143/85, de 26 de novembro, pela Lei n.º 85/89, de 7 de setembro, pela Lei n.º 88/95, de 1 de setembro, e pela lei n.º 13-A/98, de 26 de fevereiro), requerem ao Tribunal Constitucional (doravante TC) a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral de normas constantes da Lei Orgânica n.º 4/2017, de 25 de agosto, (doravante LO) que aprova e regula o procedimento especial de acesso a dados de telecomunicações e Internet pelos oficiais de informações do Serviço de Informações de Segurança (doravante SIS) e do Serviço de Informações Estratégicas de Defesa (doravante SIED) e procede à segunda alteração à Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto (Lei da Organização do Sistema Judiciário), adiante referenciadas.

Introdução

A redação dos artigos 3.º e 4.º da Lei Orgânica n.º 4/2017, de 25 de agosto, que aprova e regula o procedimento especial de acesso a dados de telecomunicações e Internet pelos oficiais de informações do SIS e do SIED e procede à segunda alteração à Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto (Lei da Organização do Sistema Judiciário), no entender dos requerentes, violam princípios e normas constitucionais, pelo que, requerem a fiscalização abstrata sucessiva da sua constitucionalidade, nos termos e com os fundamentos seguintes:

A redação dos artigos 3.º e 4.º da Lei Orgânica n.º 4/2017, de 25 de agosto

1. O artigo 3.º da LO dispõe que os oficiais de informações do SIS e do SIED podem ter acesso a dados de base e de localização de equipamento para efeitos de produção de informações necessárias à salvaguarda da defesa nacional, da segurança interna e da prevenção de atos de sabotagem, espionagem, terrorismo, proliferação de armas de destruição maciça e criminalidade altamente organizada e no seu exclusivo âmbito.

2. Por seu turno, o artigo 4.º da LO dispõe que os oficiais de informações do SIS e do SIED apenas podem ter acesso a dados de tráfego para efeitos de produção de informações necessárias à prevenção de atos de espionagem e do terrorismo.

3. Assim, ambas as disposições se referem ao acesso a determinados tipos de dados de comunicações por parte de oficiais de informações do SIS e do SIED, pelo que, antes de analisar a questão da legitimidade constitucional desse acesso em termos pessoais, importa delimitar a natureza dos dados em causa.

Da equiparação dos dados de localização aos dados de tráfego

4. Da conjugação de ambas as disposições, resulta a possibilidade de acesso dos oficiais de informações do SIS e do SIED:
   a) A dados de base de comunicações para efeitos de produção de informações necessárias à salvaguarda da defesa nacional, da segurança interna e da prevenção de atos de sabotagem, espionagem, terrorismo, proliferação de armas de destruição maciça e criminalidade altamente organizada e no seu exclusivo âmbito;
   b) a dados de localização de equipamentos de telecomunicações para efeitos de produção de informações necessárias à salvaguarda da defesa nacional, da segurança interna e da prevenção de atos de sabotagem, espionagem, terrorismo, proliferação de armas de destruição maciça e criminalidade altamente organizada e no seu exclusivo âmbito;

c) a dados de tráfego para efeitos de produção de informações necessárias à prevenção de atos de espionagem e do terrorismo.

5. Segundo a LO, deve entender-se por cada um destes tipos de dados, o seguinte:
   a) Dados de base, "os dados para acesso à rede pelos utilizadores, compreendendo a identificação e morada destes, e o contrato de ligação à rede";
   b) dados de localização de equipamento, "os dados tratados numa rede de comunicações eletrónicas ou no âmbito de um serviço de telecomunicações que indiquem a posição geográfica do equipamento terminal de um serviço de telecomunicações acessível ao público, quando não deem suporte a uma concreta comunicação";
   c) dados de tráfego, "os dados tratados para efeitos do envio de uma comunicação através de uma rede de comunicações eletrónicas ou no âmbito de um serviço de telecomunicações, ou para efeitos da faturação da mesma".

6. A questão relevante a apreciar é a de saber quais os tipos de dados que se encontram sob a proteção estabelecida no n.º 4 do artigo 34.º da Constituição que dispõe expressamente que "é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvo os casos previstos na lei em matéria de processo criminal."

7. No Acórdão n.º 403/2015, de 27 de agosto, que declarou a inconstitucionalidade de algumas normas do Decreto n.º 426/XII da Assembleia da República, o TC alude a uma classificação tripartida destes dados, que tem vindo a assumir desde o Acórdão n.º 241/2002, de 29 de maio e que foi retomada no Acórdão n.º 486/2009, louvando-se em pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, aí identificados.

8. Nessa classificação tripartida, consideram-se:
   a) dados de base, os dados relativos à conexão à rede;

5/T

b) dados de tráfego, 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);

c) dados de conteúdo, os dados relativos ao conteúdo da comunicação ou da mensagem.

9. Verifica-se, pois, que a LO pretende distinguir os dados de localização de equipamentos dos dados de tráfego, consagrando regimes diversos de proteção para uns e outros.

10. Contudo, como se refere no Acórdão n.º 403/2005 (p. 10), a inclusão dos dados de localização nos dados de tráfego tem sido pacífica na doutrina e na jurisprudência constitucional, bem como na legislação relativa à proteção dos dados tratados ou gerados no contexto da oferta de serviços no âmbito das comunicações eletrónicas.

11. A Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações, na alínea a) do n.º 1 do seu artigo 2.º, equipara os dados de tráfego e os dados de localização no conceito únicos de "dados" sem proceder a qualquer distinção.

12. A resposta dada pelo TC, no Acórdão n.º 403/2015, à questão de saber se os dados de tráfego, incluindo os dados de localização, se encontram no âmbito da proteção do n.º 4 do artigo 4.º da Constituição, não podia ser mais clara.

13. Aí se afirma (p. 16) que "há um largo consenso na doutrina e na jurisprudência, de resto não se conhece posição contrária, no sentido de se incluir os dados de tráfego no conceito de comunicações constitucionalmente relevante para a proibição de ingerência".

6/2

14. E depois de uma ampla explanação doutrinal e jurisprudencial, o TC conclui que "a área de proteção do sigilo das comunicações consagrada no n.º 4 do artigo 34.º da CRP, compreende tanto o conteúdo da comunicação como os dados de tráfego atinentes ao processo de comunicação".

Da inconstitucionalidade do acesso a dados de tráfego por oficiais de informações

15. Assente a questão dos dados protegidos pelo sigilo das comunicações, importa saber se o acesso a dados de tráfego previsto nos artigos 3.º e 4.º da LO por parte de oficiais de informações se conforma com a exceção constante da segunda parte do n.º 4 do artigo 34.º da CRP que permite o acesso a dados dessa natureza nos casos previstos na lei em matéria de processo criminal.

16. O Acórdão n.º 403/2015 do TC também analisa extensamente esse ponto para concluir que "ao autorizar a ingerência das autoridades públicas nos meios de comunicação apenas em matéria de processo penal, e não para quaisquer outros efeitos, a Constituição quis garantir que o acesso a esses meios, para salvaguarda dos valores da justiça e da segurança, fosse efetuado através de um instrumento processual que também proteja os direitos fundamentais das pessoas". E prossegue: "porque a ingerência nas comunicações põe em conflito um direito fundamental com outros direitos ou valores comunitários, considerou-se que a restrição daquele direito só seria autorizada para a realização dos valores da justiça, da descoberta da verdade material e restabelecimento da paz jurídica comunitária, os valores que ao processo penal incumbe realizar".

17. Mas o citado Acórdão vai mais longe, ao referir que o n. 4 do artigo 34.º da CRP tem consequências que se refletem no estatuto constitucional do arguido (artigo 32.º n.º 8 da CRP) e que conduzem à consideração da nulidade de provas obtidas por ingerência abusiva nas comunicações.

18. Por outro lado, conclui ainda o citado Acórdão, que "no caso da ingerência das autoridades públicas nas comunicações, que o artigo 34.º, n.º 4, primeira parte, consagra como princípio geral, as exceções a que se refere o segmento final

desse preceito estão condicionadas à matéria de processo penal, e sendo a restrição constitucionalmente autorizada apenas nesses termos, não tem cabimento efetuar uma qualquer outra interpretação que permita alargar a restrição a outros efeitos, como se a restrição não estivesse especificada no próprio texto constitucional ou se tratasse aí de uma restrição meramente implícita que permitisse atender a outros valores ou bens constitucionalmente reconhecidos".

19. Existe aliás, como é referido, uma abundante jurisprudência constitucional nesse sentido (Acórdãos n.os 241/02, 195/85, 407/97, 70/2008, 486/2009 e 699/2013).

20. O TC considera, pois, que, fora do processo penal, vigora uma proibição absoluta de ingerência das autoridades públicas nos meios de comunicação, incluindo em matéria de dados de tráfego.

21. Assim sendo, importa então saber se o acesso de oficiais de informações a dados de tráfego, incluindo os dados de localização, se pode considerar como uma atividade "em matéria de processo criminal".

22. A resposta do TC é "seguramente" negativa, porquanto "os fins e interesses que a lei incumbe ao SIRP de prosseguir, os poderes funcionais que confere ao seu pessoal e os procedimentos de atuação e de controlo que estabelece, colocam o acesso aos dados de tráfego fora do âmbito da investigação criminal".

23. O que dispõe o artigo 3.º da LO é que os oficiais de informações do SIS e do SIED podem ter acesso a dados de base e de localização de equipamento para efeitos de produção de informações necessárias à salvaguarda da defesa nacional, da segurança interna e da prevenção de atos de sabotagem, espionagem, terrorismo, proliferação de armas de destruição maciça e criminalidade altamente organizada e no seu exclusivo âmbito.

24. E o artigo 4.º dispõe que os oficiais de informações do SIS e do SIED podem ter acesso a dados de tráfego para efeitos de produção de informações necessárias à prevenção de atos de espionagem e do terrorismo.

25. Estamos assim no domínio da recolha de informações para efeitos de prevenção, o que no entendimento do TC "se dissocia, de forma clara e precisa, da atividade própria da investigação criminal" (Acórdão cit., p. 23).

26. Nos termos da Lei n.º 49/2008, de 27 de agosto, a investigação criminal "compreende o conjunto de diligências que, nos termos da lei processual penal, se destinam a averiguar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a sua responsabilidade e descobrir e recolher as provas, no âmbito de processo".

27. Na verdade, os serviços de informações não possuem quaisquer atribuições policiais ou de investigação criminal, estando-lhes legalmente vedadas tais atividades.

28. Há, pois, (é o entendimento do TC) "uma distinção radical entre informações e investigação criminal, o que impede os oficiais de informações de intervirem no processo penal".

29. Ainda que a recolha de informações possa ser utilizada no processo penal, a recolha para esse fim tem que se dirigir a um crime já praticado. Ora, a recolha de informações pela SIRP, porque preventiva, não se orienta para uma atividade investigatória de crimes já praticados ou em execução.

30. A conclusão perentória do TC é que a atividade de informações produzida pelo SIRP, porque não se dirige à descoberta da autoria de um crime, não reveste a natureza de investigação criminal. (...) São, pois, procedimentos administrativos que, devendo respeitar os direitos, liberdades e garantias, não obedecem aos princípios jurídico-constitucionais conformadores do processo penal (Acórdão cit. P. 24).

9/T

Da relevância da natureza da entidade de controlo

31. Diferentemente do que acontecia com o Decreto da AR sob o qual incidiu o processo de fiscalização preventiva da constitucionalidade que culminou no Acórdão n.º 403/2015, não se prevê na LO em apreço que o controlo do acesso aos dados de tráfego seja feito por via de uma "comissão de controlo prévio" de natureza administrativa, e como tal qualificada no referido acórdão, apesar de integrada por magistrados judiciais.

32. No caso presente, nos termos do artigo 8.º da LO, o controlo judicial e a autorização prévia do acesso dos oficiais de informações do SIS e do SIED a dados de telecomunicações e Internet são efetuados por uma formação das secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça, constituída pelos presidentes das secções e por um juiz designado pelo Conselho Superior da Magistratura, de entre os mais antigos destas secções.

33. A intensidade do controlo do acesso aos dados de tráfego por parte dos oficiais de informações é também consideravelmente superior à que se previa no decreto julgado inconstitucional em 2015, de modo a conferir garantias de necessidade, adequação e proporcionalidade ao pedido efetuado.

34. Todavia, entendem os requerentes que as alterações assim efetuadas não afastam as decisivas razões que levaram à declaração de inconstitucionalidade do Decreto n.º 426/XII.

35. Se é certo que as secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça não podem ser qualificadas como órgãos administrativos, sendo este Tribunal inequivocamente um órgão de natureza jurisdicional, não é menos certo que as funções que a LO lhes atribui – em tudo estranhas às funções que até agora este Tribunal foi chamado legalmente a desempenhar – não constituem matéria de processo criminal.

10/R

36. Assim como no Acórdão n.º 241/02 o TC julgou inconstitucional que, em processo laboral, pudesse ser pedido por despacho judicial aos operadores de telecomunicações informações relativas aos dados de tráfego e à faturação detalhada de linha telefónica, por "não constituir matéria de processo criminal", sendo tal entendimento confirmado em acórdãos posteriores (citados no Acórdão n.º 403/2015, p. 22) designadamente no âmbito do processo civil, também agora é forçoso concluir pela inconstitucionalidade do disposto na LO.

37. É que o que está em causa não é tanto a natureza administrativa ou judicial da entidade de controlo (embora tal natureza não seja irrelevante) mas a questão de saber se o controlo judicial efetuado se insere, ou não, no âmbito do processo penal.

38. E pelas razões acima expendidas à luz da jurisprudência constitucional, sobre a distinção radical entre informações e investigação criminal, que impede os oficiais de informações de intervirem no processo penal, parece aos proponentes que a resposta só pode ser negativa.

Em conclusão

Pelas razões expostas, os Deputados da Assembleia da República abaixo-assinados, em número superior a um décimo dos Deputados em efetividade de funções, ao abrigo do disposto na alínea a), do n.º 1 e na alínea f), do n.º 2 do artigo 281.º da Constituição da República Portuguesa e nos artigos 51.º e 62.º, n.º 2 da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro (com as alterações introduzidas pela Lei n.º 143/85, de 26 de novembro, pela Lei n.º 85/89, de 7 de setembro, pela Lei n.º 88/95, de 1 de setembro, e pela lei n.º 13-A/98, de 26 de fevereiro), requerem ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral dos artigos 3.º e 4.º da Lei Orgânica n.º 4/2017, de 25 de agosto, que aprova e regula o procedimento especial de acesso a dados de telecomunicações e Internet pelos oficiais de informações do Serviço de Informações de Segurança e do Serviço de Informações Estratégicas de Defesa e procede à segunda alteração à Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto (Lei da Organização do Sistema Judiciário), por violação do n.º 4 do Artigo 34.º da CRP.

Lisboa, 11 de janeiro de 2018

Os Deputados,

João Oliveira

Mariana Mortágua

Heloísa Apolónia

Ana Virgínia Pereira

Jerónimo de Sousa

José Soeiro

António Filipe

João Vasconcelos

Luís Monteiro

Bruno Dias

João Ramos

Maria Manuel Rola

Carla Cruz

Jorge Campos

Miguel Tiago

Carlos Matias

Jorge Costa

Moisés Ferreira

Catarina Martins

Jorge Falcato

Paula Santos

Francisco Lopes

Jorge Machado

Paulino Ascensão

Heitor Sousa

José Luís Ferreira

Paulo Sá

Isabel Pires

Pedro Soares

Rita Rato

Joana Mortágua

José Manuel Pureza

Sandra Cunha

(DIANA FERREIRA)

(ANA MESQUITA)