

Tribunal da Relação de Évora
Processo nº 663/22.6JGLSB-A.E1

Relator: ARTUR VARGUES

Sessão: 28 Março 2023

Votação: UNANIMIDADE

LEI DO CIBERCRIME

VALIDADE DOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS RECOLHIDOS

BUSCAS DOMICILIÁRIAS

Sumário

O art. 189.º, n.º 2, do Código de Processo Penal permite aceder a dados de tráfego, neste caso, dados sobre a localização celular ou de registos da realização de conversações ou comunicações e, por maioria de razão [in eo quod plus est, sempre inest et minus (no que é mais está sempre compreendido o que é menos)], a dados de base relacionados, neste caso, com a identificação dos titulares dos cartões de telemóvel [nos quais, como salienta o acórdão do TC 268/2022, «o grau de agressão ao direito à intimidade da vida privada (...) é menos gravoso do que os demais metadados elencados no artigo 4.º da Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho (pois apenas identificam o utilizador do meio de comunicação em causa)»], aos quais o MP sempre poderia aceder por via do disposto no art. 14.º, n.os 1 e 4, al. b), da Lei 109/2009, de 15.09 (Lei do Cibercrime), quando se investiguem os crimes previstos no n.º 1 do artigo 187.º, nomeadamente, crimes puníveis com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos.

Tratando-se de elementos de identificação constantes dos contratos celebrados com os operadores e/ou ligados ao reconhecimento da posse de equipamentos móveis, os respetivos registo e fornecimento à autoridade judiciária competente não importam desproporcionalidade ou desadequação face ao fim em vista, nem a afetação do direito fundamental à autodeterminação informativa.

Nem demanda tal acesso, sem relação com qualquer comunicação efetuada, notificação específica ulterior, assemelhando-se, do ponto de vista da natureza e do regime, à obtenção, em processo penal, de outros dados pessoais,

mormente, de identificação.

Destarte, os ditos elementos probatórios recolhidos mostram-se válidos, não integrando prova proibida e suficientes para alicerçarem o pedido de autorização das buscas domiciliárias, nos termos dos artigos 174º, nºs 1 e 2 e 177, do CPP.

Texto Integral

Acordam, em conferência, na Secção Criminal do Tribunal da Relação de Évora

I - RELATÓRIO

1. Nos autos com o NUIPC 663/22.6JGLSB, do Tribunal Judicial da Comarca de ... – Juízo de Instrução Criminal de ... – Juiz ... foi proferido, aos 16/01/2023, despacho que indeferiu as diligências de busca domiciliária requeridas pelo Ministério Público, por se não mostrarem verificados os pressupostos estabelecidos nos artigos 174º, nºs 1 e 2 e 177º, do CPP.

2. O Ministério Público não se conformou com esse despacho e dele interpôs recurso, tendo extraído da motivação as seguintes conclusões (transcrição):

1.º

O presente inquérito teve início com uma comunicação dirigida às autoridades portuguesas, proveniente do NMEC (National Center for Missing and Exploited Children) em que se dava conhecimento de que no dia 24/01/2022, entre as 18h22m e as 18h36m, alguém acedeu à internet, utilizando, para o efeito, o IP ... e, através da plataforma «AA» e do perfil de utilizador «BB», que ali registara com o endereço de correio electrónico ...@gmail.com e com o contacto telefónico ..., efectuou quatro uploads de fotografias de cariz pornográfico (pornografia infantil), em que são retratadas crianças que, ao que tudo indica, têm aproximadamente quatro anos de idade.

2.º

Nesta sequência, o Ministério Público solicitou à operadora de telecomunicações ..., com fundamento no preceituado nos artigos 11.º, n.º 1, alínea b), e 14.º, n.ºs 1 a 4, da Lei do Cibercrime, que fornecesse: a) Identificação completa do utilizador que utilizou o endereço ..., no dia 24/01/2022, entre as 18h22m e as 18h36m; b) Data/hora de início e do fim de cada ligação à internet; c) Morada de instalação do equipamento; d) Morada de facturação; e e) Descrição dos serviços contratados.

3.º

Neste seguimento, apurou-se, junto da ..., que o referido IP pertence a CC, residente na morada sita na Rua ..., em ..., bisavó do suspeito DD, residente, por seu turno, na morada sita na Rua ..., no ..., no concelho de

4.º

Nesta senda, por existir fundamento legal para o efeito, e atentos os indícios existentes nos autos, considerou o Ministério Público ser essencial à descoberta da verdade material a efectivação de buscas domiciliárias, para apreensão do material informático, mormente computadores, tablets, telemóveis e/ou smartphones, que o suspeito DD tivesse consigo, na sua posse, quer na sua residência, quer na residência sua bisavó, e que lhe permitissem estabelecer ligação à internet, e em cujos sistemas informáticos se encontrassem contidos outros ficheiros, mormente fotografias ou vídeos, igualmente de cariz pornográfico (pornografia infantil), obtidos pelo suspeito através de download ou que este destinasse, ou tivesse já destinado, a terceiros, através de upload, de molde a impedir que o mesmo, através deles, prosseguisse a actividade criminosa que vinha levando a cabo.

5.º

Por despacho proferido, a 16/01/2023 (referência ...), no âmbito do inquérito à margem referenciado, o Meritíssimo Juiz a quo indeferiu as buscas domiciliárias requeridas pelo Ministério Público, por considerar que não existiam elementos que permitissem fundamentar a realização da diligência de busca requerida.

6.º

Concretizando, considerou o Meritíssimo Juiz a quo que, à luz do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022, que julgou inconstitucionais as normas ínsitas nos artigos 4.º, 6.º e 9.º da Lei n.º 32/2008, de 17/07, a obtenção dos dados atinentes à identificação e à morada do suspeito (utilizador de um determinado endereço IP, num dado dia e hora) configura uma prova proibida, por contender com direitos fundamentais do suspeito, pelo que tais dados devem ser tratados como se não existissem.

Por essa razão, foram indeferidas as buscas domiciliárias requeridas pelo Ministério Público, porquanto o respectivo requerimento assentou em dados

que foram obtidos nos autos e que não o poderiam ter sido, por configurarem prova proibida.

7.º

Salvo o devido respeito, que é muito, o Ministério Público não se conforma com o despacho recorrido, que não merece a nossa concordância.

Vejamos porquê.

8.º

O fundamento do despacho recorrido centra-se na questão polémica dos denominados “metadados”.

Os “metadados das telecomunicações”, que são os dados das mesmas que não são comunicados, ou seja, são os dados sobre os dados comunicados, os dados gerados antes e durante o processo de comunicação, que estão na posse dos fornecedores dos serviços de telecomunicações, dividem-se em três categorias essenciais: os dados de base, ou seja, os elementos necessários ao acesso à rede: identificação do utilizador, morada, número de acesso e dados através dos quais o utilizador tem acesso ao serviço; os dados de tráfego, ou seja, a direcção, destino, trajecto e duração da comunicação, bem como a localização dos aparelhos em comunicação; e os dados de conteúdo, ou seja, o conteúdo da comunicação: som, imagem, texto, etc.

9.º

No caso vertente, o Ministério Público solicitou à operadora de telecomunicações ... que fornecesse aos presentes autos “metadados das telecomunicações” que configuram dados de base, a saber: a identificação completa do utilizador do endereço IP ..., no dia 24/01/2022, entre as 18h22m e as 18h36m, a morada de instalação do equipamento, a morada de facturação e a data/ hora do início e do fim de cada ligação à internet.

10.º

Com efeito, a identificação do utilizador de um determinado endereço IP, num dado dia e hora, nada revela sobre o percurso de qualquer comunicação concreta, pois que se limita a confirmar que uma comunicação (e apenas essa), que já se conhece, foi efectuada através de um determinado número técnico de acesso à internet. Portanto, com esta informação, apenas se

estabelece a ligação entre uma determinada comunicação, que se conhece já, e a respectiva origem.

11.º

Tais dados foram legítima e validamente solicitados pelo Ministério Público ao fornecedor de serviços, no caso, a operadora de telecomunicações ..., ao abrigo do disposto nos artigos 11.º, n.º 1, alínea b), e 14.º, n.ºs 1 a 4, da Lei do Cibercrime, sendo a competência para a obtenção dos dados em apreço do Ministério Público.

12.º

Tais normativos legais, que se mantêm intocados, inalterados e em vigor no nosso ordenamento jurídico, habilitam o Ministério Público, no âmbito de processos relativos a crimes cometidos por meio de um sistema informático, como é o caso destes autos (artigo 11.º, n.º 1, alínea b), da Lei do Cibercrime), a obter os dados acima apontados e solicitados à operadora de telecomunicações ... (artigo 14.º, n.ºs 1 a 4, da Lei do Cibercrime).

13.º

E foi, justamente, nesta sequência que o Ministério Público, dispondo de tais dados, e existindo, nos autos, fundamento legal para o efeito, requereu ao Meritíssimo Juiz a quo autorização para a realização de buscas domiciliárias.

14.º

Salvo o devido respeito, que é muito, não podia – nem pode – o Meritíssimo Juiz a quo convocar, para este efeito, o regime jurídico da conservação e transmissão de dados dos dados de tráfego e de localização relativos a pessoas singulares e a pessoas colectivas, bem como dos dados conexos necessários para identificar o assinante ou o utilizador registado, para fins de investigação, detecção e repressão de crimes graves por parte das autoridades competentes, previsto na Lei n.º 32/2008, de 17/07, nem o nicho de normativos legais que foram julgados inconstitucionais, pelo Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 268/2022, sendo os artigos 4.º, 6.º e 9.º da Lei n.º 32/2008, de 17/07, nem o regime jurídico ínsito em quaisquer outros dispositivos legais atinentes à obtenção de dados de tráfego.

15.º

Efectivamente, o Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 268/2022, que tem um objecto bem delimitado, limitou-se a declarar a inconstitucionalidade dos artigos 4.º, 6.º e 9.º da Lei n.º 32/2008, de 17/07, não se tendo pronunciado, nem o poderia fazer, no âmbito de tal acórdão, acerca de outros normativos legais que, regendo a matéria da obtenção de “metadados das telecomunicações”, se mantêm em vigor, como é o caso do artigo 14.º, n.ºs 1 a 4, da Lei do Cibercrime, que serviu de base à solicitação feita à ..., pelo Ministério Público, no caso dos autos.

16.º

E porque assim é, e porque os dados facultados pela operadora de telecomunicações ..., atinentes à identificação e à morada do utilizador de um determinado IP, num concreto lapso temporal, foram legítima, válida e oportunamente solicitados e obtidos, tais dados configuram prova legal, porquanto não proibida, e permitem que, com base neles, por existir fundamento legal para o efeito, seja, como o foi, requerida pelo Ministério Público a autorização para a realização de buscas domiciliárias.

17.º

Destarte, não se pode aplaudir o sentido da decisão recorrida, que não merece a concordância do Ministério Público, pois que, através da prolação do despacho recorrido, o Meritíssimo Juiz a quo violou as disposições legais ínsitas nos artigos 125.º, 126.º, 174.º, n.ºs 1 e 2, e 177.º, todos do Código de Processo Penal e 11.º, n.º 1, alínea b), e 14.º, n.ºs 1 a 4, ambos da Lei do Cibercrime.

18.º

E, por essa razão, deverá tal despacho ser revogado e, consequentemente, serem autorizadas as buscas domiciliárias requeridas pelo Ministério Público.

Nestes termos, deve ser concedido provimento ao recurso interposto e, em consequência, ser revogado o duto despacho recorrido, que deverá ser substituído por outro que autorize a realização das buscas domiciliárias requeridas pelo Ministério Público ao Meritíssimo Juiz a quo.

3. O recurso foi admitido, a subir imediatamente, em separado e com efeito meramente devolutivo.

4. Inexiste resposta à motivação de recurso.

5. Nesta Relação, o Exm^o Procurador-Geral Adjunto emitiu parecer no sentido da procedência do recurso.

6. Não foi dado cumprimento ao disposto no artigo 417^o, n^o 2, do CPP, atento o estado dos autos.

7. Colhidos os vistos, foram os autos à conferência.

Cumpré apreciar e decidir.

II - FUNDAMENTAÇÃO

1. Âmbito do Recurso

O âmbito do recurso é delimitado pelas conclusões que o recorrente extrai da respectiva motivação, havendo ainda que ponderar as questões de conhecimento oficioso – neste sentido, Germano Marques da Silva, Curso de Processo Penal, III, 2^a Edição, Editorial Verbo, pág. 335; Simas Santos e Leal Henriques, Recursos em Processo Penal, 6^a Edição, Editora Rei dos Livros, pág. 103, Ac. do STJ de 28/04/1999, CJ/STJ, 1999, Tomo 2, pág. 196 e Ac. Pleno STJ n^o 7/95, de 19/10/1995, DR I Série -A, de 28/12/1995.

No caso em apreço, atendendo às conclusões da motivação de recurso, a questão que se suscita é a seguinte:

Inadmissibilidade legal das buscas domiciliárias requeridas pelo Ministério Público no âmbito do Inquérito onde se investiga a prática de actos de pornografia infantil.

2. A decisão recorrida tem o seguinte teor, na parte que releva (transcrição):

Nos presentes autos, vem o Ministério Público expor:

“Indiciam os autos, pelo menos por ora, a prática, pelo suspeito DD, de quatro crimes de pornografia de menores agravados, p. p. pelos artigos 176.^o, n.^o 1, alíneas b) e c), e n.^o 8, e 177.^o, n.^o 1, alínea c), n.^o 7 e n.^o 8, ambos do Código Penal.

Concretizando, o suspeito DD acedeu, no dia 24/01/2022, à internet, utilizando, para o efeito, o IP ..., após o que, através da plataforma «AA», e utilizando, para o efeito, o perfil de utilizador «BB», que ali registara com o seu endereço de correio electrónico, ...@gmail.com, e o contacto telefónico ..., efectuou quatro uploads de fotografias de cariz pornográfico, em que são

retratadas crianças que, ao que tudo indica, têm aproximadamente quatro anos de idade.

Tal IP pertence a CC, cliente da operadora de telecomunicações ..., residente na morada sita na Rua ..., em ..., bisavó do suspeito.

O suspeito, por seu turno, reside na morada sita na Rua ..., no ..., no concelho de

Indiciam, ainda, os autos assim o ditam as regras da experiência, que o suspeito terá consigo, na sua posse, nas sobreditas residências, material informático diverso, mormente computadores, tablets, telemóveis e/ou smartphones, que lhe permite estabelecer ligações à internet, e que nos sistemas informáticos do referido material informático se encontram contidos outros ficheiros, mormente fotografias ou vídeos, igualmente de cariz pornográfico, através dos quais prossegue a actividade criminosa que vem desenvolvendo.

Como também refere o Ministério Público, tais indícios estribam-se, essencialmente, nos seguintes elementos do processo:

- auto de notícia de fls. 4/5;
- CD, de fls. 6;
- relatório do NCMEC, de fls. 7/11;
- informação, de fls. 22/23;
- auto de visionamento de ficheiros, de fls. 33;
- informação, de fls. 39/40.

Vejamos.

A instauração do inquérito dos presentes autos decorreu de uma comunicação (às autoridades portuguesas) proveniente do NCMEC (National Center for Missing and Exploited Children), organização norte-americana, dando conta de 3 carregamentos de ficheiros com conteúdo de pornografia de menores, efectuados pelo utilizador do endereço IP..., em 01-24-2022 18:23:08 UTC.

Nesse seguimento, o Ministério Público solicitou à operadora ... atento o disposto no artigo 6º, número 2, da Lei número 41/2004, artigo 48º, número 7, da Lei número 5/2004 e 10º da Lei número 23/96 e ainda os arts. 11º, número

1, al. b), 14º, números 1 a 4, artigo 18º, números 1, al. b), 2 e 3 da Lei do Cibercrime, que fornecesse:

- a) Identificação completa do utilizador que utilizou o endereço IP;
- b) Data/hora de início e a hora do fim de cada ligação;
- c) Morada de instalação do equipamento;
- d) Morada de facturação;
- e) Descrição dos serviços contratados.

Cfr. fls. 17-18.

Ao que a operadora respondeu cfr. fls. 22-23. E é com base nestas informações que vem solicitar busca domiciliária à residência do suspeito DD, sita na Rua ..., no ..., no concelho de ..., bem como à (...) residência da bisavó do suspeito, situada na Rua ..., em

O Tribunal Constitucional, em acórdão do nº 268/2022, julgou inconstitucional o regime jurídico da conservação dos dados (quanto ao seu âmbito e duração), constante da Lei nº 32/2008, e também a norma que disciplina a transmissão dos dados às autoridades competentes para a investigação, detecção e repressão de crimes graves (1).

As normas declaradas inconstitucionais foram as dos artigos 4º, 6º e 9º da Lei nº 32/2008, de 17-07. A Lei número 32/2008, de 17-07, regula a conservação e a transmissão dos dados de tráfego e de localização relativos a pessoas singulares e a pessoas colectivas, bem como dos dados conexos necessários para identificar o assinante ou o utilizador registado, para fins de investigação, detecção e repressão de crimes graves por parte das autoridades competentes (art. 1º, nº 1).

O art. 4º da Lei nº 32/2008 determina quais as categorias de dados que deverão ser objecto de conservação, devendo os fornecedores de serviços de comunicações electrónicas conservar:

- a) Dados necessários para encontrar e identificar a fonte de uma comunicação;

Esta categoria de dados inclui os seguintes dados (nº 2 do art. 4º):

- a) No que respeita às comunicações telefónicas nas redes fixa e móvel:

i) O número de telefone de origem;

ii) O nome e endereço do assinante ou do utilizador registado; e

b) No que diz respeito ao acesso à Internet, ao correio electrónico através da Internet e às comunicações telefónicas através da Internet:

i) Os códigos de identificação atribuídos ao utilizador;

ii) O código de identificação do utilizador e o número de telefone atribuídos a qualquer comunicação que entre na rede telefónica pública;

iii) O nome e o endereço do assinante ou do utilizador registado, a quem o endereço do protocolo IP, o código de identificação de utilizador ou o número de telefone estavam atribuídos no momento da comunicação.

b) Os dados necessários para encontrar e identificar o destino de uma comunicação; Esta categoria de dados inclui os seguintes dados (nº 3 do art. 4º):

a) No que respeita às comunicações telefónicas nas redes fixa e móvel, os números marcados e, em casos que envolvam serviços suplementares, como o reencaminhamento ou a transferência de chamadas, o número ou números para onde a chamada foi reencaminhada e o nome e o endereço do assinante, ou do utilizador registado; e

b) No que diz respeito ao correio electrónico através da Internet e às comunicações electrónicas através da Internet, o código de identificação do utilizador ou o número de telefone do destinatário pretendido, ou de uma comunicação telefónica através da Internet, os nomes e os endereços dos subscritores, ou dos utilizadores registados, e o código de identificação de utilizador do destinatário pretendido da comunicação.

c) Os dados necessários para identificar a data, a hora e a duração de uma comunicação;

Os dados incluídos nesta categoria são os previstos no nº 4 do art. 4º.

d) Os dados necessários para identificar o tipo de comunicação;

Os dados incluídos nesta categoria são os previstos no nº 5 do art. 4º.

e) Os dados necessários para identificar o equipamento de telecomunicações dos utilizadores, ou o que se considera ser o seu equipamento;

Os dados incluídos nesta categoria são os previstos no nº 6 do art. 4º.

f) Os dados necessários para identificar a localização do equipamento de comunicação

Os dados incluídos nesta categoria são os previstos no nº 7 do art. 4º.

O art. 6º da Lei nº 32/2008 determina a obrigação de conservação dos referidos dados pelo período de um ano, a contar da data da conclusão da comunicação.

Os arts. 9º e 10º da Lei nº 32/2008 regulam a transmissão de dados, i.e., a obtenção, pelas autoridades competentes, junto do respectivo fornecedor de serviços de comunicações electrónicas ou de uma rede pública de comunicações, dos dados que foram objecto de conservação, para fins de investigação, detecção e repressão de crimes graves.

Em suma, à luz da decisão do Tribunal Constitucional, não se mostra possível a obtenção de dados (pelas autoridades competentes e para investigação, detecção e repressão de crimes graves) que estavam sujeitos a conservação nos termos da Lei nº 32/2008.

Caso tais dados já estejam na posse de tais autoridades, os mesmos não podem ser usados como prova do crime em investigação.

As proibições de prova radicam na tutela de direitos fundamentais. A verificação da existência de provas proibidas leva a tratá-las como se não existissem.

É certo que o pedido de obtenção de dados não foi fundamentado no referido diploma legal. No entanto, tem que se entender que qualquer obtenção de dados, ainda que executada ao abrigo de normas decorrentes de outros diplomas legais, que se integre na previsão das normas consideradas contrárias à Constituição, está ela própria, também em Inquérito (Atos Jurisdicionais) contradição com a lei fundamental, sendo atentatória dos direitos fundamentais protegidos, e comunga do mesmo vício de nulidade.

No caso concreto:

O artigo 6º da Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto reporta-se ao tratamento de dados de tráfego necessários à faturação dos assinantes e ao pagamento de interligações, e a sua cedência para efeitos penais é proibida, designadamente, em virtude da norma decorrente do número 7º de tal

preceito legal, que estabelece as circunstâncias em que tais dados poderão ser cedidos para efeitos jurisdicionais.

O artigo 10º da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho reporta-se a prazos de prescrição e caducidade relativos ao fornecimento de serviços públicos.

A Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro foi revogada pela Lei n.º 16/2022, de 16 de Agosto.

O art. 11º, nº 2, da Lei do Cibercrime regula a articulação dos meios de obtenção de prova digital (arts. 12º a 19º), com o disposto na Lei nº 32/2008, determinando que as disposições daqueles meios de obtenção de prova digital não prejudicam o regime da Lei nº 32/2008. A Lei do Cibercrime não trata a matéria da conservação de dados, mas apenas da transmissão de dados.

Ora, como já se referiu, o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 268/2022 julgou inconstitucional o regime jurídico da conservação dos dados (quanto ao seu âmbito e duração), constante da Lei nº 32/2008, e também a norma que disciplina a transmissão dos dados às autoridades competentes para a investigação, detecção e repressão de crimes graves.

Temos assim que a obtenção dos dados fornecidos a fls. 22-23, que tradicionalmente era efectuada ao abrigo das normas constantes da lei número 32/2008, e nelas se insere, não pode ser efectuada ao abrigo de outras normas, na medida em que as razões que determinaram a declaração de inconstitucionalidade dessas normas continuam a verificar-se.

Como se referiu no acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 12-10-2022, relatado por Paulo Guerra, disponível em www.dgsi.pt, tratando-se de caso análogo:

XVI “Caída a Lei 32/2008, e na impossibilidade de aplicação do CPP e da Lei 41/2004, recorrer, na questão da localização celular, às normas da Lei 109/2009 seria seguir um caminho espúrio, face à enunciada declaração de inconstitucionalidade e aos fundamentos que a determinaram.

XVII - O que significa que no caso específico de obtenção por localização celular conservada, isto é, a obtenção dos dados previstos no artigo 4.º, n.º 1, da Lei 32/2008, o regime processual aplicável assume especialidade nos artigos 3.º e 9.º deste diploma (para estes casos ganhando relevo o conceito de «crime grave», já que nos termos do artigo 3.º, n.º 1, ainda do mesmo compêndio legislativo, a obtenção de prova da localização celular conservada só é prevista para crimes que caibam nesse conceito) - desaparecendo a

especialidade, não é consentido recorrer à generalidade e permitir localização celular para além desses crimes é defraudar o espírito do legislador.

Ou como se referiu no acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 7-9-2022, proc. número 877/22.9JAPRT-A.P1, relatado por José António Rodrigues da Cunha, disponível em www.dgsi.pt:

“I - Com a entrada em vigor da Lei n.º 32/2008, de 17.07, ficou, no que concerne aos dados conservados, revogado o regime processual penal previsto nos art.ºs 187.º a 189.º do CPP.

II- O regime dos art.ºs 187.º a 189.º do CPP não é aplicável aos dados abrangidos pela Lei n.º 32/2008. A tal não obsta a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas constantes dos art.ºs 4.º, 6.º e 9.º da referida Lei.

III- Ainda que assim não fosse, permitir o acesso aos dados de tráfego e aos dados de localização com base naquelas disposições afrontaria claramente o direito europeu e a interpretação que dele faz a jurisprudência do TJUE, materializando uma agressão mais intensa e desproporcional dos direitos fundamentais à intimidade da vida privada e à proteção de dados pessoais previstos nos art.ºs 7.º e 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) do que a Diretiva n.º 2006/24/CE, entretanto declarada inválida.

IV - Com efeito, o regime dos art.ºs 187.º e 189.º do CPP nem sequer obedece às imposições da Diretiva, contrariamente ao que veio a suceder com a Lei n.º 32/2008, que, inclusivamente, até foi além do que era imposto no que concerne a normas que garantem a segurança dos dados conservados e critérios disciplinadores do acesso aos dados armazenados.

Aqui chegados, é forçoso (re)constatar que é com base neste tipo de informações que se solicita a busca.

Os elementos apurados com recurso a prova proibida têm que se considerar inexistentes artigo 126º, número 3, do Código de Processo Penal.

E nesta medida, o aproveitável do processo é o expediente nele integrado até fls. 16, donde, se pode considerar ser insuficiente para fundamentar o pedido de buscas, no molde em que o vem.

A autorização para a realização de uma busca domiciliária tem como pressuposto legal, de verificação indispensável, a existência de indícios de que

objectos relacionados com o crime ou que possam servir de prova se encontram em casa habitada ou em sua dependência fechada (artigos 174º, números 1 e 2, do Código de Processo Penal, ex vi do art. 177º, do mesmo diploma legal).

Tais indícios hão-de, ao menos, ter apoio em suspeitas com um mínimo de sustentação, em função do decorrer da investigação.

Como se sabe, a inviolabilidade do domicílio é um valor constitucionalmente protegido, e que só deve ceder perante valores mais elevados, nomeadamente, a investigação criminal. Todavia, tal cedência só deve ser permitida se os indícios já recolhidos permitirem concluir que a suspeita em que se baseia a busca (artigo 174º, número 2, do Código de Processo Penal) é solidamente fundada.

O que nos presentes autos, salvo o devido respeito por outra opinião, se não verifica, em face do supra exposto.

Nestes termos, face a tudo o que se deixa exposto, entende-se não existirem elementos que permitam fundamentar a realização da diligência de busca que vem requerida (e por inerência, também a diligência de apreensão de correio electrónico), por não verificados os pressupostos estabelecidos nos artigos 174º, números 1 e 2, e 177º, ambos do Código de Processo Penal, razão pela qual vão as mesmas indeferidas.

Notifique e devolva os autos ao Ministério Público.

Apreciemos.

O Ministério Público requereu ao Mmº Juiz de Instrução Criminal autorização para realização de buscas domiciliárias na residência do suspeito DD, assim como na de sua bisavó, em moradas que concretiza, com fundamento em que aquele acedeu, no dia 24/01/2022, à internet, utilizando, para o efeito o IP ..., após o que, através da plataforma AA, e utilizando, para o efeito, o perfil de utilizador BB, que ali registara com o seu endereço de correio electrónico, ... @gmail.com, e o contacto telefónico ..., efectuou quatro uploads de fotografias de cariz pornográfico, em que são retratadas crianças que, ao que tudo indica, têm aproximadamente quatro anos de idade. Esse IP pertence a CC, cliente da operadora de telecomunicações "...", residente na morada sita na Rua ..., em ..., bisavó do mesmo.

Obteve o Ministério Público os elementos relativos à identificação completa do utilizador do endereço IP ..., no dia 24/01/2022, entre as 18:22 horas e as

18:36 horas; a morada de instalação do equipamento; a morada de facturação e a data/hora do início e do fim de cada ligação à internet, por terem sido fornecidos pela operadora de telecomunicações "...", após os ter solicitado ao abrigo do estabelecido nos artigos 11º, nº 1, alínea b) e 14º, nºs 1 a 4, da Lei nº 109/2009, de 15/09.

O tribunal a quo entendeu que, tendo em atenção a decisão constante do Acórdão do Tribunal Constitucional nº 268/2022, "não se mostra possível a obtenção de dados (pelas autoridades competentes e para investigação, detecção e repressão de crimes graves) que estavam sujeitos a conservação nos termos da Lei nº 32/2008", que incluíam os solicitados pela Ministério Público e fornecidos pela operadora "...", pelo que indeferiu a impetrada autorização para a realização das diligências de busca domiciliária, por inexistência de elementos que as permitissem fundamentar e, consequentemente, por não verificados os pressupostos constantes nos artigos 174º, nºs 1 e 2 e 177º, do CPP.

Pelo Acórdão nº 268/2022, publicado no DR nº 108, 1ª Série, de 03/02/2022, declarou o Tribunal Constitucional, "a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma constante do artigo 4.º da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, conjugada com o artigo 6.º da mesma lei, por violação do disposto nos números 1 e 4 do artigo 35.º e do n.º 1 do artigo 26.º, em conjugação com o n.º 2 do artigo n.º 18.º, todos da Constituição", bem assim "da norma do artigo 9.º da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, relativa à transmissão de dados armazenados às autoridades competentes para investigação, deteção e repressão de crimes graves, na parte em que não prevê uma notificação ao visado de que os dados conservados foram acedidos pelas autoridades de investigação criminal, a partir do momento em que tal comunicação não seja suscetível de comprometer as investigações nem a vida ou integridade física de terceiros, por violação do disposto no n.º 1 do artigo 35.º e do n.º 1 do artigo 20.º, em conjugação com o n.º 2 do artigo 18.º, todos da Constituição." A Lei nº 32/2008, de 17/07, transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva nº 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15/03, concernente à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações.

Estabelece-se no artigo 14º, da Lei nº 109/2009, de 15/09:

"1 - Se no decurso do processo se tornar necessário à produção de prova, tendo em vista a descoberta da verdade, obter dados informáticos específicos

e determinados, armazenados num determinado sistema informático, a autoridade judiciária competente ordena a quem tenha disponibilidade ou controlo desses dados que os comunique ao processo ou que permita o acesso aos mesmos, sob pena de punição por desobediência.

2 - A ordem referida no número anterior identifica os dados em causa.

3 - Em cumprimento da ordem descrita nos n.os 1 e 2, quem tenha disponibilidade ou controlo desses dados comunica esses dados à autoridade judiciária competente ou permite, sob pena de punição por desobediência, o acesso ao sistema informático onde os mesmos estão armazenados.

4 - O disposto no presente artigo é aplicável a fornecedores de serviço, a quem pode ser ordenado que comuniquem ao processo dados relativos aos seus clientes ou assinantes, neles se incluindo qualquer informação diferente dos dados relativos ao tráfego ou ao conteúdo, contida sob a forma de dados informáticos ou sob qualquer outra forma, detida pelo fornecedor de serviços, e que permita determinar:

a) O tipo de serviço de comunicação utilizado, as medidas técnicas tomadas a esse respeito e o período de serviço;

b) A identidade, a morada postal ou geográfica e o número de telefone do assinante, e qualquer outro número de acesso, os dados respeitantes à facturação e ao pagamento, disponíveis com base num contrato ou acordo de serviços; ou

c) Qualquer outra informação sobre a localização do equipamento de comunicação, disponível com base num contrato ou acordo de serviços.

5 - A injunção prevista no presente artigo não pode ser dirigida a suspeito ou arguido nesse processo (...)."

Pois bem.

Os autos tiveram origem numa comunicação do "National Center for Missing and Exploited Children" nesta logo se identificando o IP através do qual acedeu à Internet o utilizador que efectuou quatro uploads de fotografias de cariz pornográfico (pornografia infantil), em que são retratadas crianças com características físicas de aproximadamente quatro anos de idade, incluindo o endereço de correio electrónico e contacto telefónico respectivos.

E, os referidos elementos informativos (probatórios) foram solicitados ao abrigo de normas legais que não foram declaradas inconstitucionais no acórdão referenciado.

Assinala-se no Ac. do STJ de 02/02/2023, Proc. nº 7035/20.5T9LSB.L1.S1, consultável em www.dgsi.pt:

“(…) estando o arguido a ser investigado por crime de pornografia de menores p. e p. no artigos 176.º, n.º1, alíneas b), c) e d) do CP, com a moldura abstrata de 1 ano a 5 anos de prisão (sendo até condenado pelo crime p. e p. no artigo 176.º, n.º1, alíneas c) e d), com a agravação prevista artigo 177.º, n.º 7, ambos do Código Penal, com moldura abstrata entre 1 ano e 6 meses de prisão e 7 anos e 6 meses de prisão), os elementos relativos à identificação do utilizador do IP podiam ser requeridos à operadora pela autoridade judiciária nos termos dos referidos arts. 187.º, n.º 1, al. a), 189.º, n.º 2, do CPP e do citado art. 14.º, da Lei n.º 109/2009, de 15.09.

Por isso, tem razão o Sr. PGA no seu Parecer, quando apela ao Acórdão do STJ de 8.11.2022[1], no segmento em que chama à atenção que «[...]o art. 189.º, n.º 2, do Código de Processo Penal permite aceder a dados de tráfego, neste caso, dados sobre a localização celular ou de registos da realização de conversações ou comunicações e, por maioria de razão [in eo quod plus est, sempre inest et minus (no que é mais está sempre compreendido o que é menos)], a dados de base relacionados, neste caso, com a identificação dos titulares dos cartões de telemóvel [nos quais, como salienta o acórdão do TC 268/2022, «o grau de agressão ao direito à intimidade da vida privada (...) é menos gravoso do que os demais metadados elencados no artigo 4.º da Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho (pois apenas identificam o utilizador do meio de comunicação em causa)»], aos quais o MP sempre poderia aceder por via do disposto no art. 14.º, n.os 1 e 4, al. b), da Lei 109/2009, de 15.09 (Lei do Cibercrime), quando se investiguem os crimes previstos no n.º 1 do artigo 187.º, nomeadamente, crimes puníveis com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos.»

Aliás, o que sucedeu no caso em apreciação no acórdão sob recurso, foi o acesso à operadora para identificar o titular do contrato correspondente ao IP utilizado na prática do crime, o que (no caso concreto em apreciação) não tem a ver com comunicação efetuada, nem se relaciona com a Lei 32/2008, de 17.07, mesmo que essa lei ou normas a ela pertencentes tivessem sido mal invocadas, entre as normas que eram aplicáveis ao caso, acima indicadas.

De resto, no Acórdão deste STJ de 06.09.2022 (igualmente citado pelo Sr. PGA no seu douto parecer) também se esclarece o seguinte:

«[...] d. Não assiste razão ao arguido quando pretende considerar o acesso à identificação do n.º de telefone e da IMEI, para a execução de interceções telefónicas, abrangido pela declaração de inconstitucionalidade invocada – trata-se de acesso a dados que não respeitam a comunicações efetuadas, tratadas e armazenadas ao abrigo da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho e constituem “caracteres permanentes, pelo que a identificação do sujeito a que pertencem pode ser obtida independentemente de qualquer comunicação”(Ac. 268/2022, TC).

e. Por outro lado, tratando-se de elementos de identificação constantes dos contratos celebrados com os operadores e/ou ligados ao reconhecimento da posse de equipamentos móveis, os respetivos registo e fornecimento à autoridade judiciária competente não importam desproporcionalidade ou desadequação face ao fim em vista, nem a afetação do direito fundamental à autodeterminação informativa.

f. Nem demanda tal acesso, sem relação com qualquer comunicação efetuada, notificação específica ulterior, assemelhando-se, do ponto de vista da natureza e do regime, à obtenção, em processo penal, de outros dados pessoais, mormente, de identificação»” – fim de citação.

Com o respeito que temos pela posição contrária, este é também o entendimento por nós seguido que, pela sua clareza e densidade da fundamentação, torna desnecessário que se aduza argumentação acrescida.

Destarte, os ditos elementos probatórios recolhidos mostram-se válidos, não integrando prova proibida e suficientes para alicerçarem o pedido de autorização das buscas domiciliárias, nos termos dos artigos 174º, nºs 1 e 2 e 177, do CPP, pelo que cumpre revogar a decisão revidenda, que deverá ser substituída por outra que as autorize.

III - DISPOSITIVO

Nestes termos, acordam os Juízes da Secção Criminal desta Relação em conceder provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público e revogar a decisão recorrida, que deve ser substituída por outra que autorize a realização das impetradas buscas domiciliária.

Sem tributação.

Évora, 28 de Março de 2023

(Consigna-se que o presente acórdão foi elaborado e integralmente revisto pelo primeiro signatário).

(Artur Vargues)

(Nuno Garcia)

(António Condesso)

.....

1 A decisão do Tribunal Constitucional foi a seguinte:

a) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma constante do artigo 4º da Lei nº 32/2008, de 17 de Julho, conjugada com o artigo 6º da mesma lei, por violação do disposto nos nºs 1 e 4 do artigo 35º e do nº 1 do artigo 26º, em conjugação com o nº 2 do artigo 18º, todos da Constituição;

b) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do artigo 9º da Lei nº 32/2008, de 17 de Julho, relativa à transmissão de dados armazenados às autoridades competentes para investigação, detecção e repressão de crimes graves, na parte em que não prevê uma notificação ao visado de que os dados conservados foram acedidos pelas autoridades de investigação criminal, a partir do momento em que tal comunicação não seja susceptível de comprometer as investigações nem a vida ou integridade física de terceiros, por violação do disposto no nº 1 do artigo 35º e do nº 1 do artigo 20º, em conjugação com o nº 2 do artigo 18º, todos da Constituição.