

**Comentário ao Acórdão n.º 268/2022 do  
Tribunal Constitucional português:  
a aplicação do princípio da proporcionalidade  
no controlo de restrições aos direitos à reserva  
da intimidade da vida privada e à  
autodeterminação informativa**

**Commentary on the Decision n. 268/2022 of  
the Portuguese Constitutional Court:  
the use of the principle of proportionality in the  
control of restrictions to the rights to privacy  
and informational self-determination**

**Domingos Soares Farinho**

Vol. 10 No. 2  
novembro 2023  
[e-publica.pt](http://e-publica.pt)

ISSN 2183-184x

Com o apoio de:

**COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO N.º 268/2022 DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS: A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO CONTROLO DE RESTRIÇÕES AOS DIREITOS À RESERVA DA INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA E À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA**

COMMENTARY ON THE DECISION NO. 268/2022 OF THE PORTUGUESE CONSTITUTIONAL COURT: THE USE OF THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE CONTROL OF RESTRICTIONS TO THE RIGHTS TO PRIVACY AND INFORMATIONAL SELF-DETERMINATION

**DOMINGOS SOARES FARINHO<sup>1</sup>**

Lisbon Public Law Research Centre  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
Alameda da Universidade  
1649-014 Lisboa, Portugal  
[soaresfarinho@fd.ulisboa.pt](mailto:soaresfarinho@fd.ulisboa.pt)

**Resumo:** O artigo consubstancia um comentário ao Acórdão n.º 268/2002 do Tribunal Constitucional português de uma perspetiva específica: como é o princípio da proporcionalidade aplicado para controlar restrições impostas pelo legislador aos direitos à reserva da intimidade da vida privada e à auto-determinação informacional. Uma vez que o Acórdão sob comentário diz respeito a uma lei que transpôs uma diretiva da União Europeia (Diretiva 2006/24/CE) – diretiva que foi declarada inválida pelo TJUE – o artigo também compara o modo como o princípio da proporcionalidade é utilizado por ambos os tribunais para controlar restrições similares.

**Palavras-chave:** metadados; princípios da proporcionalidade; Tribunal Constitucional português; Tribunal de Justiça da União Europeia; ponderação; pesagem.

**Abstract:** This article constitutes a commentary on Decision No. 268/2002 of the Portuguese Constitutional Court from a specific perspective: how the principle of proportionality is applied to control restrictions imposed by the legislator on the rights to privacy and informational self-determination. Since the commented-upon ruling concerns a law that transposed a directive of the European Union (Directive 2006/24/EC) – a directive that was declared invalid by the CJEU – the article also compares how the principle of proportionality is used by both courts to control similar restrictions.

**Keywords:** metadata; principles of proportionality; Portuguese Constitutional Court; Court of Justice of the European Union; balancing; weighing.

---

<sup>1</sup> Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Investigador Integrado do Lisbon Public Law Research Centre; Advogado.

## 1. Enquadramento

O Acórdão n.º 268/2022 do Tribunal Constitucional português, de 19 de abril de 2022 (P.º n.º 828/2019, Relator: Conselheiro Afonso Patrão) reporta-se a um juízo abstrato de constitucionalidade em fiscalização sucessiva solicitada pela Provedora de Justiça e tem como objeto os artigos 4.º, 6.º e 9.º da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, que “[t]ranspõe para a ordem jurídica interna a Directiva 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 electrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações”. A Lei n.º 32/2008 tem como objeto regular 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” (cf. n.º 1 do artigo 1.º).

A Provedora de Justiça apresentou como fundamento da inconstitucionalidade das disposições referidas a violação do princípio da proporcionalidade “na restrição dos direitos à reserva da intimidade da vida privada e familiar (n.º 1 do artigo 26.º da Constituição), ao sigilo das comunicações (n.º 1 do artigo 34.º da Constituição) e a uma tutela jurisdicional efetiva (n.º 1 do artigo 20.º da Constituição)”.

Procurando encontrar a origem das violações suscitadas pela Provedora de Justiça remontamos à Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (doravante, DPD), a antecessora do atual RGPD<sup>2</sup>, que concretiza os artigos 7.º e 8.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (doravante, CDFUE). É a partir desta Diretiva seminal no domínio da proteção da privacidade e de dados pessoais que encontramos a chave para compreender boa parte do acórdão do Tribunal Constitucional e é nela que fundamos a perspetiva de análise escolhida para o comentar. Com efeito, o Acórdão n.º 268/2022 do Tribunal Constitucional é uma decisão sobre a constitucionalidade de uma opção legislativa nacional – resultante da transposição de uma outra opção legislativa, desta feita da União – de restrição do direito fundamental à privacidade e à proteção de dados pessoais de modo a assegurar a adequada investigação, deteção e repressão de crimes graves. Estes dois direitos, que estão claramente estipulados no direito da União, nos já supra referidos artigos 7.º e 8.º da CDFUE, estão igualmente previstos na Constituição portuguesa, nos artigos 26.º/1, 34.º/1 e 35.º, não obstante a variação terminológica. Assim sendo, do que se trata é de analisar o conflito entre estes dois direitos e outras posições jurídicas, que sejam apresentadas como justificação de restrições.

Nos considerandos 2 a 5 da Diretiva n.º 2006/24/CE (doravante, a Diretiva), percebemos claramente como surgiu parte do conflito de que se ocupa o Acórdão n.º 268/2022 do TC:

---

<sup>2</sup> Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE.

“(2) A Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (Directiva relativa à privacidade dos dados nas comunicações electrónicas) (4), transpõe os princípios estabelecidos na Directiva 95/46/CE para regras específicas do sector das comunicações electrónicas.

(3) Os artigos 5.º, 6.º e 9.º da Directiva 2002/58/CE definem as regras aplicáveis ao tratamento, pelos fornecedores de redes e de serviços, dos dados de tráfego e dos dados de localização gerados pela utilização de serviços de comunicações electrónicas. Estes dados devem ser eliminados ou tornados anónimos quando deixem de ser necessários para efeitos de transmissão da comunicação, excepto os dados necessários para efeitos de facturação e de pagamento de interligações. Mediante consentimento dos interessados, alguns dados podem igualmente ser tratados para efeitos de comercialização dos serviços de comunicações electrónicas ou de fornecimento de serviços de valor acrescentado.

(4) O n.º 1 do artigo 15.º da Directiva 2002/58/CE enumera as condições em que os Estados-Membros podem restringir o âmbito dos direitos e obrigações previstos nos artigos 5.º e 6.º, nos n.ºs 1, 2, 3 e 4 do artigo 8.º e no artigo 9.º da supracitada directiva. Qualquer restrição deste tipo deve constituir uma medida necessária, adequada e proporcionada numa sociedade democrática, por razões específicas de ordem pública, ou seja, para salvaguardar a segurança nacional (ou seja, a segurança do Estado), a defesa, a segurança pública e a prevenção, a investigação, a detecção e a repressão de infracções penais ou a utilização não autorizada do sistema de comunicações electrónicas.

(5) Vários Estados-Membros aprovaram legislação relativa à conservação de dados pelos fornecedores de serviços tendo em vista a prevenção, investigação, detecção e repressão de infracções penais. As disposições das diferentes legislações nacionais variam consideravelmente”.

A Directiva 2002/58/CE (doravante DPE), referida nos considerandos supra, é também uma directiva destinada a proteger os direitos à privacidade e à protecção de dados pessoais, embora de modo especial, no domínio das comunicações electrónicas<sup>3</sup>. O fundamento do problema ora em apreço enraíza-se, pois, nestes direitos, exercidos neste âmbito específico, a criminalidade grave. Foi a partir deste domínio que os Estados Membros tomaram as suas opções de restrição dos direitos à privacidade e à protecção de dados pessoais, por invocação de outras posições jurídicas tuteladas nos respetivos ordenamentos jurídicos e na própria Carta. Em face destas restrições díspares entre Estados-Membros, e mesmo sem ajuizarmos da sua conformidade com o direito da União, algo que o TJUE tem vindo a fazer, o legislador europeu sentiu a necessidade de vir regular o modo como se poderia operar um certo tipo de restrições aos dois direitos envolvidos, a saber, quando o motivo da restrição fosse o confronto com as competências e os deveres de “investigação, de detecção e de repressão de crimes graves, tal como definidos no direito nacional de cada Estado-Membro” (cf. n.º 1 do artigo 1.º da Directiva 2002/58/CE). Assim, em face de um conjunto muito alargado de direitos conferidos pelos artigos 5.º, 6.º e 9.º da DPE,

---

<sup>3</sup> Cfr. artigo 95.º do RGPD; cfr. Costa de Oliveira (2020: 1294-1301).

nomeadamente quanto à conservação dos denominados dados de tráfego, de localização, e dado conexos necessários à identificação do utilizador, também comumente designados por metadados, veio a Diretiva 2006/24/CE estabelecer regras quer quanto ao tipo de metadados que poderiam ser armazenados, quer quanto ao seu período de armazenamento (cf. artigos 3.º a 6.º).

A Diretiva 2006/24/CE viria a ser transposta em Portugal pela já referida Lei n.º 32/2008, que, no ordenamento jurídico português, replicaria a restrição dos direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais realizada por essa mesma Diretiva, ampliando o âmbito restritivo, ao tratar no seu artigo 9.º da matéria do acesso aos dados armazenados, que é remetida pelo artigo 4.º da Diretiva 2006/24/CE para o direito interno<sup>4</sup>. O que nos interessa analisar no presente comentário ao Acórdão n.º 268/2022, é tão-só o modo como, enquadrado o conflito normativo entre normas da Lei n.º 32/2008 e os direitos à privacidade e à proteção de dados, é aplicado o princípio da proporcionalidade no controlo da restrição operada pela lei. Este exíguo âmbito de análise implica várias exclusões de estudo, que se procuram justificar seguidamente.

## 1.1. Exclusões do âmbito do comentário e suas justificações

### a) O objeto da decisão do TJUE “*Digital Rights Ireland*”

Em primeiro lugar, não analisaremos diretamente o conflito entre normas da Diretiva 2006/24/CE e direito primário da União, em especial a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Não o faremos por concordarmos integralmente com tal exercício já realizado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, que levou à declaração de invalidade da Diretiva, por intermédio da Decisão *Digital Rights Ireland*<sup>5</sup>. Iremos, porém, recorrer a esta decisão do TJUE na medida em que ela é útil para compreender e analisar o exercício de ponderação a que está obrigado o Tribunal Constitucional português e na medida em que foi realizado no Acórdão n.º 268/2022. A questão da relação entre o juízo do Tribunal Constitucional, realizado no acórdão em apreço, e o juízo do TJUE na decisão *Digital Rights Ireland* é, aliás, central quer no pedido da Provedora de Justiça, quer na fundamentação do acórdão do TC. Ainda assim, não iremos analisar esta questão para além do que se dirá na alínea subsequente.

---

<sup>4</sup> Nos termos dessa disposição não deixa porém o legislador da União de determinar que “[o]s procedimentos que devem ser seguidos e as condições que devem ser respeitadas para se ter acesso a dados conservados de acordo com os requisitos da necessidade e da proporcionalidade devem ser definidos por cada Estado-Membro no respectivo direito nacional, sob reserva das disposições pertinentes do Direito da União Europeia ou do Direito Internacional Público, nomeadamente a CEDH na interpretação que lhe é dada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”.

<sup>5</sup> Decisão TJUE de 8 de abril de 2014, *Digital Rights Ireland e Kärntner Landesregierung*, processos apensos C-293/12 e C-594/12, C:2014:238.

b) A relação estabelecida entre o direito da União e o direito interno para efeitos de juízo do Tribunal Constitucional

Esta questão é analisada, simultaneamente e de forma extensa, no requerimento da Provedora de Justiça, na fundamentação da decisão do Tribunal Constitucional e numa das declarações de voto.<sup>6</sup>

Em síntese, tanto a Provedora de Justiça como a posição que mereceu vencimento no TC entendem que, não obstante a separação formal e material da ordem jurídica da União Europeia e da ordem jurídica portuguesa,<sup>7</sup> por força do princípio da cooperação leal, deve o Tribunal Constitucional português decidir em linha com a jurisprudência do TJUE que invalidou a Diretiva 2006/24/CE. A argumentação da Provedora de Justiça encontra-se sumariada nos artigos 44.º e 45.º do seu requerimento:

“44.º. Pelo que ainda que, no plano jurídico-constitucional, a declaração pelo TJUE da invalidade da Directiva 2006/24/CE não tenha como efeito automático a invalidade da Lei n.º 32/2008, a deliberação do Tribunal Constitucional quanto à conformidade das normas constantes desse acto legislativo com a Constituição da República Portuguesa deve adoptar uma fundamentação que, tanto quanto possível, seja consistente com a do TJUE nos acórdãos *Digital Rights Ireland* e *Tele2*.”

45.º. Em virtude da directa vinculação à Carta da Lei n.º 32/2008, tal «dever de consistência na fundamentação» retira-se do princípio da cooperação leal a que a República Portuguesa - e, portanto, todos os órgãos do Estado, inclusive de índole jurisdicional - se encontra vinculada (artigo 4.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia)”.

Por seu turno, a argumentação do TC, recorrendo também ao princípio da cooperação leal, não segue a construção da Provedora de Justiça, entendendo-se que “situando-se as normas fiscalizadas no domínio de aplicação do direito da União Europeia, a interpretação dos parâmetros constitucionais a que as regras em crise se submetem tem em conta o sentido das normas europeias, procurando-se estabelecer a interpretação mais próxima do direito europeu”<sup>8</sup>.

Sendo esta questão interessante enquanto questão de direito constitucional português, tendo em conta que concordamos inteiramente com a posição da declaração de voto dos Conselheiros José António Teles Pereira, Maria Benedita Urbano, Pedro Machete, Joana Fernandes Costa, Gonçalo de Almeida Ribeiro, e João Pedro Caupers, para ela remetemos, tomando-a como pressuposto da nossa análise. Em síntese, defende-se na referida declaração de voto que a questão perante o TC, sendo de aplicação do princípio da cooperação leal não redunde na aplicação do princípio da interpretação conforme ao Direito da União, mas implica que o TC tome como metódica de controlo o “*standard europeu* de controlo de

---

<sup>6</sup> Declaração de voto dos Conselheiros José António Teles Pereira, Maria Benedita Urbano, Pedro Machete, Joana Fernandes Costa, Gonçalo de Almeida Ribeiro, e João Pedro Caupers.

<sup>7</sup> Cfr. artigo 44.º do requerimento da Provedora de Justiça, constante do Acórdão, e ponto 8.1., respetivamente.

<sup>8</sup> Cfr. ponto 8.1. do Acórdão, *in fine*.

proporcionalidade”<sup>9</sup> aplicado pelo TJUE à avaliação da Diretiva 2006/24/CE, por força do n.º 4 do artigo 8.º da Constituição, que deve ser tomado como parâmetro de avaliação da Lei n.º 32/2008. Estamos, pois, perante uma obrigação de ponderação:

«[D]iversamente da lógica que presidiu à redação do Acórdão, entendemos resultar da conjugação dos artigos 7.º, n.º 6 e 8.º, n.º 4 da CRP, no quadro do DUE (por força do princípio da cooperação leal, na sua vertente negativa, decorrente do artigo 4.º, n.º 3, 3.º parágrafo, do TUE) e da jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre a interação das duas ordens jurídicas (designadamente do Acórdão n.º 422/2020), que este Tribunal deveria ter assumido (integrando como condicionante), no *iter* conducente ao juízo de inconstitucionalidade, o que qualificamos como o *standard europeu* de controlo de proporcionalidade (referido às situações nacionais, designadamente as decorrentes da Diretiva 2006/24/CE, indutoras de uma situação de conservação generalizada e indiferenciada dos dados de tráfego e dos dados de localização relativos às comunicações eletrónicas). Tal *standard* foi fixado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJ), em 8 de abril de 2014, no Acórdão *Digital Rights* (processos C-293/12 e C-594/12), que declarou inválida a Diretiva 2006/24/CE – tenha-se presente que essa invalidação, suprimindo a fonte de DUE transposta pela Lei n.º 32/2008, fez desaparecer as disposições determinantes, no seio do DUE, do exato conteúdo das normas nacionais que o Tribunal considerou inconstitucionais. É esta a solução que resulta da primeira parte do n.º 4 do artigo 8.º da CRP (“[a]s disposições dos Tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo Direito da União [...]”), no sentido em que tem de valer para normas de Direito nacional tão estreitamente conexas com normas de DUE – porque diretamente determinadas por estas, como obrigação de resultado (artigo 288.º, terceiro parágrafo, do TFUE) – o controlo, funcionalmente equivalente ao nacional, efetuado pelo TJ relativamente a essas normas de DUE, com base em valores paramétricos materialmente equivalentes aos que estão em causa na Constituição da República»<sup>10</sup>.

O problema é, pois, como notam a Provedora de Justiça e os conselheiros que assinam a referida declaração de voto, de *interpretação/aplicação* do princípio da proporcionalidade (e [da interpretação/aplicação] das operações de ponderação que por ele são implicadas) e não de *interpretação/aplicação* das normas constitucionais que são objeto de restrição pela Lei n.º 32/2008<sup>11</sup>. A respeito destas últimas, importa referir um outro domínio de exclusão da análise que faremos ao Acórdão n.º 268/2022 do Tribunal Constitucional, no mais concordando-se, como dissemos, com o entendimento da declaração de voto referida.

Note-se ainda, no que diz respeito à relação entre o direito da União e o direito interno, que com a declaração de invalidade da Diretiva 2006/24/CE,

---

<sup>9</sup> Cfr. ponto 1.2. da declaração de voto.

<sup>10</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>11</sup> Da referida declaração de voto parece resultar que os Conselheiros signatários entendem existir uma obrigação de ponderação conforme à ponderação do TJUE, que pode ser também vista como um caso de deferência judicial por força da dualidade formal de jurisdições.

por força do Acórdão *Digital Rights Ireland*, as disposições da Lei n.º 32/2008 são hoje (e eram à data do Acórdão do TC sob apreço), da perspetiva do direito da União, uma restrição ao direito ao respeito pela vida privada e familiar e ao direito à proteção de dados, previstos nos artigos 7.º e 8.º da CDFUE, operada nos termos previstos no n.º 1 do artigo 15.º da DPE, e como tal devem respeitar a jurisprudência do TJUE sobre as restrições a operar ao abrigo dessa mesma disposição.<sup>12</sup>

c) A análise a potenciais violações do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º/1 CRP), ao sigilo das comunicações (artigo 34.º/1 CRP) e do direito a uma tutela jurisdicional efetiva (artigo 20.º/1 CRP)

A Provedora de Justiça, como notámos supra, apresenta, ao lado do direito à reserva da intimidade da vida privada (artigo 26.º/1 CRP), o direito ao sigilo das comunicações (artigo 34.º/1 CRP) e o direito a uma tutela jurisdicional efetiva (artigo 20.º/1 CRP), como as normas paramétricas que entende violadas pelas normas dos artigos 4.º, 6.º e 9.º da Lei n.º 32/2008. Por seu turno, o TC, por entender que o artigo 34.º/1 CRP apenas atende aos casos em que estejam em causa dados pessoais referentes a comunicações entre sujeitos jurídicos, mas não os dados que não impliquem qualquer comunicação ou que digam respeito a comunicação entre um sujeito jurídico e uma máquina<sup>13</sup>, excluiu da sua análise a norma do artigo 34.º/1 e substituiu-a pela análise do direito à autodeterminação informativa, constante dos n.º 1 e 4 do artigo 35.º da Constituição, que protege, no entender do TC, todos os metadados abrangidos pela Lei n.º 32/2008.<sup>14</sup>, analisando também os direitos à reserva da intimidade da vida privada e do livre desenvolvimento da personalidade, ambos previstos no n.º 1 do artigo 26.º da CRP.

Pela nossa parte, tendo em conta que o interesse no acórdão sob análise decorre da circunstância de ser um bom exemplo da aplicação do princípio da proporcionalidade a casos de restrição dos direitos à vida privada e familiar e à proteção de dados pessoais (CDFUE) e dos direitos à reserva da intimidade da vida privada e à autodeterminação informativa (CRP), apenas nos interessa analisar o Acórdão n.º 268/2022 tomando como normas paramétricas, os artigos 7.º e 8.º da CDFUE e os artigos 26.º/1 (na parte em que se refere à reserva da intimidade de vida privada) e 35.º/1 e 4 da CRP. As demais normas paramétricas invocadas e utilizadas no Acórdão não serão alvo da nossa análise.

d) Determinação do âmbito de aplicação dos direitos à privacidade

Finalmente, o comentário também não se ocupará de analisar os argumentos utilizados para demonstrar que os direitos à reserva da intimidade da vida privada e da autodeterminação informacional são

---

<sup>12</sup> Cfr. Acórdão TJUE de 21 de dezembro de 2016, *Tele2*, C-203/15 e C-698/15, EU:C:2016:970, §108; Acórdão TJUE de 6 de outubro de 2020, *La Quadrature du Net*, C-511/18 e C-512/18, EU:C:2020:791, §129 e ss; Acórdão TJUE de 5 de abril de 2022, *G.D.*, C-140/20, EU:C:2022:258, §58 e ss.

<sup>13</sup> Cfr. ponto 10. do Acórdão.

<sup>14</sup> *Idem, ibidem*.

restringidos pelos artigos 4.º, 6.º e 9.º da Lei n.º 32/2008, sendo uma questão pacífica no acórdão, com cuja argumentação concordamos e para a qual remetemos.<sup>15</sup> Do mesmo modo, a questão é pacífica nas várias decisões do TJUE que já se pronunciaram sobre a presente questão. Ainda assim, ao longo do comentário discutiremos a medida dessa restrição, tendo em conta a importância que essa avaliação tem na metodologia de aplicação do princípio da proporcionalidade.

## **2. A aplicação do princípio da proporcionalidade a restrições legais aos direitos à reserva da intimidade da vida privada e à autodeterminação informativa por parte do Tribunal Constitucional no âmbito do Acórdão analisado**

Para que possamos analisar o modo como o princípio da proporcionalidade é aplicado para controlar uma restrição aos direitos à privacidade (para referir genericamente os direitos do artigo 7.º da CDFUE e do artigo 26.º/1 da CRP) e do direito à proteção de dados pessoais (novamente para referir genericamente os direitos dos artigos 8.º e 35.º/1 e 4 da CRP) no âmbito do presente Acórdão é necessário fixar rigorosamente alguns pontos.

Em primeiro lugar do que se cuida aqui é de uma ponderação em abstrato, embora no contexto específico das condições introduzidas pelas lei restritiva. Assim, não estamos perante uma medida ou intervenção restritiva, realizada por um particular ou pela Administração Pública e contendo um conjunto de características empíricas definidoras de uma situação concreta e que podem ou devem ser utilizadas na operação de ponderação reclamada pelo princípio da proporcionalidade (cfr. Sampaio, 2023: 178-179). Neste caso, são as condições previstas na lei restritiva, *a priori* de qualquer aplicação, que devem ser confrontadas com os direitos supra referidos. No caso, essas condições, por respeito do princípio do pedido, reportam-se apenas ao disposto nas normas dos artigos 4.º, 6.º e 9.º da Lei n.º 32/2008. O artigo 4.º transpõe o artigo 5.º da Diretiva 2006/24/CE, prevendo-se aí as 6 categorias de metadados, que são objeto de tratamento da lei, quer quanto à conservação, quer quanto ao acesso aos metadados conservados. Esta distinção é relevante, pois, tratando-se de dois regimes distintos e como tal de duas restrições distintas aos direitos supra referidos, implicam duas ponderações distintas por força da aplicação do princípio da proporcionalidade. Isto mesmo é assumido quer pela Provedora de Justiça no seu pedido.<sup>16</sup>, quer pelo TC na sua avaliação.<sup>17</sup>

O Tribunal começa por afirmar que:

«Não parecem restar dúvidas que a investigação, prevenção e repressão de crimes graves, definidos como “*crimes de terrorismo, criminalidade violenta, criminalidade altamente organizada, sequestro, rapto e tomada de reféns, crimes contra a identidade cultural e integridade pessoal, contra a segurança do Estado, falsificação de moeda ou títulos equiparados a moeda e crimes abrangidos por convenção sobre segurança da navegação aérea ou*

---

<sup>15</sup> Cfr. ponto 12 do Acórdão.

<sup>16</sup> Cfr. os artigos 30.º a 32.º do Requerimento da Provedora de Justiça constante do Acórdão analisado.

<sup>17</sup> Cfr. ponto 14 do Acórdão.

*marítima*” (alínea g) do n.º 1 do artigo 2.º da Lei n.º 32/2008) — finalidade elencada no n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 32/2008 — assume relevo constitucional, por se dirigir à salvaguarda da legalidade democrática e da ação penal. Isso mesmo, aliás, foi reconhecido no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 420/2017 e está em consonância com a conclusão do Tribunal de Justiça, no Acórdão *Digital Rights*, segundo a qual a luta contra a criminalidade grave e o terrorismo constituem objetivos de interesse geral da União (n.ºs 41 a 43)».<sup>18</sup>

O Tribunal procura aqui demonstrar a legitimidade das medidas restritivas por referência a uma norma constitucional, por força do n.º 2 do artigo 18.º, de modo a poder avançar para os demais testes do princípio da proporcionalidade: aptidão (cfr. Reis Novais, 2022: 111-114) (ou adequação [cfr. Canas, 2017: 577-604; Sampaio, 2023: 715-736] ou idoneidade.<sup>19</sup>), necessidade (cfr. Reis Novais, 2022: 114-121; Canas, 2017: 605-672; Duarte, 2021: 29-33; Sampaio, 2023: 737) (ou exigibilidade.<sup>20</sup>) e proporcionalidade em sentido estrito (cfr. Reis Novais, 2022: 122-147; 2012: 126-133; Canas 2017: 675-809). A partir deste momento, o TC refere-se aos três tipos de dados que compõem a definição legal constante do artigo 2.º/2/a) da Diretiva e do artigo 2.º/1/a) da Lei n.º 32/2008 - dados de tráfego, dados de localização e dados conexos (de identificação) - a partir da distinção que o próprio Tribunal tem utilizado.<sup>21</sup> entre “dados de base” e “dados de tráfego”, em que os primeiros dizem apenas respeito aos dados pessoais que se referem à conexão a uma rede, “independentemente de qualquer comunicação”.<sup>22</sup> e os segundos dizem respeito a elementos “inerentes à própria comunicação”.<sup>23</sup>.

Quanto a um tipo de dados base - o nome e endereço do assinante ou do utilizador registado, a quem o endereço do protocolo IP está atribuído (artigo 4.º, n.º 1, alínea a), 2.ª parte, e artigo 4.º, n.º 2, alínea b), subalínea iii), da Lei n.º 32/2008) - o TC entende não existir inconstitucionalidade na sua conservação, tal como foi decidido no Acórdão n.º 420/2017.<sup>24</sup> Deve notar-se que a descrição da aplicação do princípio da proporcionalidade ocupa apenas três parágrafos do Acórdão n.º 420/2017. Num primeiro parágrafo, o TC apresenta os “três subprincípios em que se desdobra o princípio da proporcionalidade”<sup>25</sup>, num segundo parágrafo dá como verificados os princípios da idoneidade e da necessidade:

“a medida em causa [ou seja, o regime de conservação generalizada da Lei n.º 32/2006 no que toca ao nome e endereço do assinante ou do utilizador registado de um serviço de comunicações eletrónicas] cumpre os requisitos de idoneidade, pois a conservação de dados de base é uma medida adequada para permitir a identificação do utilizador registado, a quem o endereço do protocolo IP estava atribuído, suspeito de autoria de um dos crimes graves referidos, e de necessidade, na medida em que não é possível

---

<sup>18</sup> Cfr. ponto 15. do Acórdão.

<sup>19</sup> Trata-se da designação utilizada pelo TC, cfr. Acórdão n.º 420/2017 e Acórdão n.º 268/2022.

<sup>20</sup> Como também é designado pelo TC, cfr ponto 17.3. do Acórdão.

<sup>21</sup> Sobre esta distinção cfr. Cardoso (2022: 11 e ss.).

<sup>22</sup> Cfr. ponto 6.1. do Acórdão.

<sup>23</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>24</sup> Cfr. ponto 17.1 do Acórdão n.º 268/2022 e ponto 13. do Acórdão n.º 420/2017.

<sup>25</sup> Cfr. ponto 13 do Acórdão n.º 420/2017.

configurar um meio menos restritivo para as autoridades competentes procederem à referida identificação”.<sup>26</sup>.

Esta é aliás a posição do TJUE, expendida ao longo de oito parágrafos do Acórdão *La Quadrature du Net*.<sup>27</sup>, em que o Tribunal, parecendo tratar em sinonímia “princípio da proporcionalidade” e “ponderação”.<sup>28</sup> (cfr §§130 e 154), acaba por proceder a uma “pesagem” (cfr. Sampaio, 2023:779) de razões em favor da satisfação dos direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais e em favor da satisfação das normas da Carta que justificam as restrições previstas nos direitos internos (no caso, no direito francês). O TJUE acaba por ponderar, por força da pesagem a que procede, pela preferência pela medida restritiva sob análise (a conservação preventiva dos endereços IP e dos dados relativos à identidade civil para efeitos da luta contra a criminalidade e da salvaguarda da segurança pública).

O TC, no Acórdão em apreço, conclui pela conformidade dos demais dados de base no que toca ao subprincípio da idoneidade.<sup>29</sup>.

No que diz respeito ao subprincípio da exigibilidade ou da necessidade, o TC, reconhecendo que o seu cumprimento é menos evidente, começa por analisá-lo i) apenas quanto os dados base e, no âmbito destes, ii) quanto à restrição operada pelo prazo de conservação, fixado em um ano pelo artigo 6.º da Lei n.º 32/2006. O TC acaba por concluir pela não violação do subprincípio da exigibilidade.<sup>30</sup> neste caso. O Tribunal utiliza uma argumentação fundada numa comparação de eficácias para períodos temporais distintos, embora sem oferecer elementos empíricos e misturando o conceito de “razoabilidade”, afirmando que “o que concerne aos dados de base, o período de conservação de um ano não é desrazoável, não se demonstrando que a previsão de um prazo de conservação mais curto pudesse garantir similar eficácia. É crível que a investigação criminal possa necessitar de dados de identificação dos utilizadores do ano imediatamente anterior ao momento em que a informação é tida por essencial. Sobretudo, tendo em conta que a investigação dos crimes graves em cujo âmbito o acesso pode ser pedido é previsivelmente complexa e demorada, sendo pouco provável que imediatamente após a prática da infração criminal estejam identificados os dados cujo acesso é imprescindível à descoberta da verdade. Não se vislumbrando, de resto, qualquer meio menos lesivo que permita equivalente eficácia na realização dos objetivos a que a medida se destina. A isto acresce que o grau de agressão ao direito à intimidade da vida privada pela conservação dos dados de base 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), o que é balanceado pelos efeitos positivos em matéria de ação penal”. Esta operação, embora de difícil realização empírica (pelo menos não demonstrada no âmbito do processo) procura

---

<sup>26</sup> Cfr. *idem, ibidem*.

<sup>27</sup> Cfr. Acórdão TJUE de 6 de outubro de 2020, *La Quadrature du Net*, C-511/18 e C-512/18, EU:C:2020:791, §152-159.

<sup>28</sup> Sobre a distinção, cfr. Sampaio (2023: 776 e ss).

<sup>29</sup> Cfr. ponto 17.2. do Acórdão, acompanhando o decidido no Acórdão *Digital Rights Ireland*, aí citado.

<sup>30</sup> Cfr. ponto 17.3. do Acórdão.

avaliar a eficácia e a intensidade restritiva.<sup>31</sup> de vários prazos distintos (1 ano vs. 6 meses, por exemplo), embora misturando tal operação com operações reclamadas pelo subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, cuja análise não resulta clara neste domínio.

Já no que diz respeito ao universo de sujeitos compreendidos pela medida restritiva - o ponto crítico da jurisprudência do TJUE quanto ao regime da conservação -<sup>32</sup> -, o TC, começando por analisar o subprincípio da exigibilidade, logo o dá como não violado - por não encontrar medida menos gravosa para atingir o objetivo pretendido - passando imediatamente para a análise do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, que o TC apresenta do seguinte modo:

“[H]á que saber se se verifica um equilíbrio razoável entre a eficiência acrescida decorrente da obrigação generalizada de conservação de todos os metadados de todas as pessoas e a afetação dos direitos à reserva da intimidade da vida privada e à autodeterminação informativa”.<sup>33</sup>.

O TC, tendo já previamente remetido para o Acórdão n.º 420/2017, reproduz de seguida o disposto no Acórdão do TJUE, *La Quadrature du Net*, para concluir pelo respeito do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, quanto aos denominados dados de base, no que toca ao período de conservação fixado pela Lei n.º 32/2006.<sup>34</sup> (e abstraindo da questão, que aqui não analisaremos, de o legislador nacional não ter obrigado a que os referidos dados de base não fossem transferidos para fora do território da União Europeia).

O TC avança depois para a análise da conservação dos dados de tráfego, reconhecendo desde logo que “[o] facto de a conservação destes dados materializar uma agressão mais intensa dos direitos fundamentais à intimidade da vida privada tem reflexos na proporcionalidade da restrição”.<sup>35</sup> O TC anuncia de seguida que, “[o]ra, a restrição aos direitos fundamentais agredidos com esta regulamentação não obedece às exigências de proporcionalidade, desde logo por atenção ao âmbito alargado da medida”.<sup>36</sup>, remetendo novamente para o Acórdão do TJUE, *La Quadrature du Net*, que acaba por ser a fundamentação acolhida pelo TC, uma vez que a reafirma sem acrescentar qualquer ponderação específica convocada pelo subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Na verdade, o TC limita-se a notar que “a ponderação de uma agressão tão grave com os efeitos positivos que se alcançam conduz à conclusão de que se trata de uma solução legislativa desequilibrada, por atingir sujeitos relativamente aos quais não há qualquer suspeita de atividade criminosa”.<sup>37</sup>.

Finalmente, no que toca a uma última instância de aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito do acórdão em apreço, devemos olhar para a

---

<sup>31</sup> Podendo dizer-se alinhada com uma proposta metódica prevalecente na doutrina, cfr., por todos, Sampaio (2023: 768-775).

<sup>32</sup> Acórdão de 6 de outubro de 2020, *La Quadrature du Net* e o., C-511/18, C-512/18 e C-520/18, EU:C:2020:791, EU:C:2020:791, § 141-142 e jurisprudência referida; Acórdão do TJUE de 5 de abril de 2022, *G.D.*, C-140/20, EU:C:2022:258, §101.

<sup>33</sup> Cfr. ponto 17.3 do Acórdão.

<sup>34</sup> Cfr. pontos 17.3 e 17.4 do Acórdão.

<sup>35</sup> Cfr. ponto 18 do Acórdão.

<sup>36</sup> *Idem*.

<sup>37</sup> *Idem*.

medida restritiva consubstanciada pelo regime de acesso aos metadados conservados, e, em especial, à ausência de notificação às pessoas abrangidas pelo acesso das autoridades competentes. O TC começa por novamente acompanhar de perto a jurisprudência do TJUE, desta feita no Acórdão *Tele2*<sup>38</sup>, onde o TJUE já se havia pronunciado sobre a questão em apreço, concluindo parcialmente pela sua ilegalidade face à CDFUE<sup>39</sup>. O TC procede então à sua própria análise da medida restritiva – a ausência de notificação aos titulares dos dados – utilizando o princípio da proporcionalidade e os seus três subprincípios. O TC não se detém especificamente no primeiro subprincípio, da aptidão ou idoneidade, afirmando que:

“[A]inda que a medida se revelasse adequada à proteção de outro valor constitucionalmente relevante, certo é que a restrição ao direito de controlo dos dados pessoais não é necessária, por existirem alternativas mais tuteladoras do direito à autodeterminação informativa que deixariam intocadas os eventuais efeitos positivos da medida. Com efeito, a notificação ao visado de que tal transmissão ocorreu – a partir do momento em que tal comunicação não seja já suscetível de comprometer as investigações ou de constituir risco para a integridade física ou vida de terceiros – constituiria opção menos restritiva, sem que se vislumbre qualquer redução de eficácia face aos expedientes vigentes. Ora, a viabilidade de alternativas menos limitativas e similarmente eficazes ao direito de controlo sobre os dados pessoais conduz, inelutavelmente, à conclusão pela desnecessidade ou inexigibilidade da restrição”<sup>40</sup>.

Assim, é o subprincípio da necessidade que o TC considera violado, daí decorrendo a inconstitucionalidade do artigo 9.º da Lei n.º 32/2008, verificando-se que, novamente o TC procurou obter um saldo entre as comparações de eficiência e de intensidade restritiva da previsão de um direito à notificação dos titulares dos metadados conservados e acedidos e de inexistência dessa mesma notificação sobre as disposições constitucionais paramétricas.

### 2.1. Análise do modo de aplicação do princípio da proporcionalidade do TC, no âmbito do acórdão em apreço, a restrições ao direito à reserva da intimidade da vida privada e da autodeterminação informativa.

A primeira conclusão importante da leitura do acórdão no que toca à aplicação do princípio da proporcionalidade a restrições aos direitos à reserva da intimidade da vida privada e da autodeterminação informativa prende-se com a deferência do TC, das perspetivas justificativa e decisória, à jurisprudência do TJUE. Independentemente da posição jurídica que se adote para justificar tal deferência, questão supra abordada no ponto 1.1.b), esta conclusão marca o presente acórdão e não deixa de ter consequência no quadro mais vasto da jurisprudência do TC, na medida em que deve servir de precedente à apreciação de casos idênticos no que toque à relação entre direito da União e direito interno. Precedente que, em nossa opinião, que

---

<sup>38</sup> Acórdão TJUE, de 26 de dezembro de 2016, *Tele2*, C-203/15 e C-698/15, EU:C:2016:970, §121.

<sup>39</sup> Cfr. ponto 19. do Acórdão.

<sup>40</sup> Cfr. ponto 19.1. do Acórdão.

cremos partilhada pelos Conselheiros que subscrevem a declaração de voto supra referida, é vinculativo, por estar fundado no princípio da cooperação leal e no n.º 4 do artigo 8.º da CRP, só podendo ser afastado nos estritos termos dessa disposição.

No caso em apreço, dois acórdãos do TJUE ganham assim (ainda) maior importância no quadro constitucional português, sobretudo no que concerne ao exercício e proteção dos direitos à reserva da intimidade da vida privada e da autodeterminação informativa: acórdãos *La Quadrature du Net* e *Tele2*. Importa, por isso, olhar para o modo como o TJUE aplica o princípio da proporcionalidade às duas medidas restritivas congêneres dos artigos 4.º, 6.º e 9.º da Lei n.º 32/2006, ou seja, i) a possibilidade de conservação generalizada e indiferenciada de metadados (dados de tráfego e dados de localização) por um determinado período de tempo e ii) ausência de notificação dos titulares dos metadados sobre o acesso aos dados por parte de autoridades públicas.

No que diz respeito ao primeiro caso, encontramos-nos no âmbito do Acórdão *La Quadrature du Net*, que foi recentemente reforçado pelo Acórdão *G.D.*. No âmbito do primeiro acórdão, a questão em apreço é tratada explicitamente por intermédio do princípio da proporcionalidade, convocado nos termos do §129, ocupando-se o Tribunal de aplicá-lo às limitações impostas aos dados de tráfego e aos dados de localização no âmbito de vários fundamentos distintos: segurança nacional vs. criminalidade grave e segurança pública. Tendo em conta que apenas os dois últimos são objeto da Lei n.º 32/2008, importa atentar nas passagens do Acórdão do TJUE que se ocupam das restrições fundadas nestas razões. Entre os §§140 e 151 o TJUE argumenta pela invalidade da conservação generalizada, admitindo a conservação seletiva, mas sem nunca aplicar de modo explícito os três subprincípios associados ao princípio da proporcionalidade, na linha do que faz o TC. O TJUE realiza uma ponderação que parece ir diretamente ao que qualificaríamos na jurisprudência constitucional portuguesa como princípio da proporcionalidade em sentido estrito:

“Com efeito, tendo em conta o caráter sensível das informações que os dados de tráfego e os dados de localização podem fornecer, a sua confidencialidade é essencial para o direito ao respeito da vida privada. Assim, e tendo em conta, por um lado, os efeitos dissuasivos no exercício dos direitos fundamentais consagrados nos artigos 7.º e 11.º da Carta, referidos no n.º 118 do presente acórdão, que a conservação desses dados pode produzir e, por outro, a gravidade da ingerência que tal conservação implica, é necessário, numa sociedade democrática, que esta seja a exceção e não a regra, como prevê o sistema instituído pela Diretiva 2002/58, e que esses dados não possam ser objeto de uma conservação sistemática e contínua. Esta conclusão impõe-se mesmo em relação aos objetivos de luta contra a criminalidade grave e de prevenção das ameaças graves contra a segurança pública, bem como à importância que lhes deve ser reconhecida”.<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Cfr. Acórdão TJUE, *La Quadrature du Net*, §142. Cfr. igualmente os §145 e 146, quanto à admissibilidade da conservação selecionada. Cf. também, Acórdão TJUE, *G.D.*, §101.

Atentando na construção do TJUE no âmbito do Acórdão *Tele2* e quanto à restrição imposta pelo regime de acesso, exigindo-se a notificação dos titulares dos dados para efeitos de eventual exercício de controlo da legalidade do acesso, verifica-se que o Tribunal aplica o princípio da proporcionalidade apenas na sua dimensão de controlo da necessidade. Com efeito o Tribunal começa por afirmar que “[n]o que se refere ao respeito pelo princípio da proporcionalidade, uma regulamentação nacional que estipule as condições em que os prestadores de serviços de comunicações eletrónicas devem conceder às autoridades nacionais competentes o acesso aos dados conservados deve assegurar, em conformidade com o que foi constatado nos n.ºs 95 e 96 do presente acórdão, que esse acesso ocorra apenas dentro dos limites do estritamente necessário”.<sup>42</sup>. O que permitirá ao TJUE, em passagem infra no mesmo acórdão, concluir que “importa que as autoridades nacionais competentes às quais foi concedido o acesso aos dados conservados informem desse facto as pessoas em causa, no âmbito dos processos nacionais aplicáveis, a partir do momento em que essa comunicação não seja suscetível comprometer as investigações levadas a cabo por essas autoridades. Com efeito, essa informação é, de facto, necessária para permitir que essas pessoas exerçam, nomeadamente, o direito de recurso, explicitamente previsto no artigo 15.º, n.º 2, da Diretiva 2002/58, lido em conjugação com o artigo 22.º da Diretiva 95/46, em caso de violação dos seus direitos (v., por analogia, acórdãos de 7 de maio de 2009, *Rijkeboer*, C-553/07, EU:C:2009:293, n.º 52, e de 6 de outubro de 2015, *Schrems*, C-362/14, EU:C:2015:650, n.º 95)”.<sup>43</sup>.

Assim, conclui-se que não obstante a fundamentação material de ambos os tribunais, no que diz respeito aos resultados da aplicação do princípio da proporcionalidade, seja muito próxima, por um lado pela deferência explicitamente assumida neste domínio pelo TC português face à jurisprudência do TJUE, por outro, em alguns subdomínios, pela função uniformizadora, sobre ambos os tribunais, de alguma jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos,<sup>44</sup>, o Tribunal Constitucional português observa uma metodologia aplicativa do princípio da proporcionalidade mais formalmente segmentada, através de uma aplicação mais explícita de passos aplicativos de controlo, associados a subprincípios como os da idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (pese embora alguma flutuação terminológica que notámos supra).

### 3. Síntese

- 3.1. O artigo 7.º da CDFUE cria i) uma obrigação geral de respeito pela vida privada e familiar de terceiros, bem como pelo seu domicílio e comunicações. Correlativamente cria ii) uma permissão geral de aproveitamento da vida privada e familiar dos titulares bem como do seus domicílios e comunicação

---

<sup>42</sup> Cfr. Acórdão do TJUE, *Tele2*, §116.

<sup>43</sup> *Idem*, §121.

<sup>44</sup> Cfr. no Acórdão em apreço as referências aos Acórdãos do TEDH, *Breyer e Big Brother Watch*, respetivamente nos pontos e 14. e 19..

- 3.2. O artigo 8.º da CDFUE cria i) uma obrigação específica, para todos os sujeitos previstos no n.º 1 do artigo 51.º da Carta, de proteção dos dados pessoais de todas as pessoas e ii) um direito correlativo de todas as pessoas de exigir dos destinatários da norma a proteção dos seus dados pessoais.
- 3.3. Em cumprimento dos artigos 7.º e 8.º da CDFUE, o RGPD proíbe o tratamento de dados pessoais, exceto nos casos previstos no próprio Regulamento, nos termos do artigo 6.º, bem como dos artigos do seu Capítulo IX.
- 3.4. No tocante a metadados, a DPE, no respeito pelos artigos 7.º e 8.º da CDFUE.<sup>45</sup> e configurando *lex specialis* face ao RGPD:
- i) obriga à “confidencialidade das comunicações e respectivos dados de tráfego realizadas através de redes públicas de comunicações e de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis” (artigo 5.º/1);
  - ii) proíbe “a escuta, a instalação de dispositivos de escuta, o armazenamento ou outras formas de interceptação ou vigilância de comunicações e dos respectivos dados de tráfego por pessoas que não os utilizadores, sem o consentimento dos utilizadores em causa, excepto quando legalmente autorizados a fazê-lo, de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 15.º” (artigo 5.º/1);
  - iii) permite que a lei autorize “gravações de comunicações e dos respectivos dados de tráfego, quando realizadas no âmbito de práticas comerciais lícitas para o efeito de constituir prova de uma transacção comercial ou de outra comunicação de negócios” (artigo 5.º/2);
  - iv) obriga a que a “utilização de redes de comunicações electrónicas para a armazenagem de informações ou para obter acesso à informação armazenada no equipamento terminal de um assinante ou utilizador só seja permitida na condição de serem fornecidas ao assinante ou ao utilizador em causa informações claras e completas, nomeadamente sobre os objectivos do processamento, em conformidade com a Directiva 95/46/CE [atualmente, RGPD], e de lhe ter sido dado, pelo controlador dos dados, o direito de recusar esse processamento” (artigo 5º/3);
  - v) permite “qualquer armazenamento técnico ou acesso que tenham como finalidade exclusiva efectuar ou facilitar a transmissão de uma comunicação através de uma rede de comunicações electrónicas, ou que sejam estritamente necessários para fornecer um

---

<sup>45</sup> Cf. Considerando 2.

serviço no âmbito da sociedade de informação que tenha sido explicitamente solicitado pelo assinante ou pelo utilizador” (artigo 5.º/3);

- vi) obriga à destruição ou anonimização “[d]os dados de tráfego relativos a assinantes e utilizadores tratados e armazenados pelo fornecedor de uma rede pública de comunicações ou de um serviço de comunicações electrónicas publicamente disponíveis [...] quando deixem de ser necessários para efeitos da transmissão da comunicação” (artigo 6.º/1);
- vii) permite o tratamento de “dados de tráfego necessários para efeitos de facturação dos assinantes e de pagamento de interligações, apenas até final do período durante o qual a factura pode ser legalmente contestada ou o pagamento reclamado” (artigo 6.º/2);
- viii) permite, “[p]ara efeitos de comercialização dos serviços de comunicações electrónicas ou para o fornecimento de serviços de valor acrescentado, ao prestador de um serviço de comunicações electrónicas publicamente disponível tratar os dados referidos no n.º 1 [do artigo 6.º] na medida do necessário e pelo tempo necessário para a prestação desses serviços ou dessa comercialização, se o assinante ou utilizador a quem os dados dizem respeito tiver dado o seu consentimento” e desde que possam retirar a qualquer momento esse consentimento (artigo 6.º/3);
- ix) obriga “[o] prestador de serviços a informar o assinante ou utilizador dos tipos de dados de tráfego que são tratados e da duração desse tratamento para os fins mencionados no n.º 2 e, antes de obtido o consentimento, para os fins mencionados no n.º 3 [ambos do artigo 6.º]” (artigo 6.º/4);
- x) obriga a que “[o] tratamento de dados de tráfego, em conformidade com o disposto nos n.ºs 1 a 4 [do artigo 6.º], seja limitado ao pessoal que trabalha para os fornecedores de redes públicas de comunicações ou de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis encarregado da facturação ou da gestão do tráfego, das informações a clientes, da detecção de fraudes, da comercialização dos serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis, ou da prestação de um serviço de valor acrescentado, devendo ser limitado ao necessário para efeitos das referidas actividades” (artigo 6.º/5);
- xi) permite que a lei regule o modo como “os organismos competentes sejam informados dos dados de tráfego [...] com vista à resolução de litígios, em especial os

litígios relativos a interligações ou à facturação” (artigo 6.º/6);

- xii) proíbe o tratamento de dados de localização “relativos a utilizadores ou assinantes de redes públicas de comunicações ou de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis” sem que esses dados sejam anonimizados ou sejam precedidos do consentimento dos utilizadores ou assinantes, “na medida do necessário e pelo tempo necessário para a prestação de um serviço de valor acrescentado” (artigo 9.º /1);
- xiii) obriga “[o] prestador de serviços a informar os utilizadores ou assinantes, antes de obter o seu consentimento, do tipo de dados de localização, para além dos dados de tráfego, que serão tratados, dos fins e duração do tratamento e da eventual transmissão dos dados a terceiros para efeitos de fornecimento de serviços de valor acrescentado, bem como a prever a possibilidade de ser retirado em qualquer momento o consentimento para o tratamento dos dados de localização, para além dos dados de tráfego” (artigo 9.º/1);
- xiv) permite, “[n]os casos em que tenha sido obtido o consentimento dos utilizadores ou assinantes para o tratamento de dados de localização para além dos dados de tráfego que o utilizador ou assinante, por meios simples e gratuitos, possa recusar temporariamente o tratamento [dos dados de localização] para cada ligação à rede ou para cada transmissão de uma comunicação” (artigo 9.º/2);
- xv) Obriga a que “[o] tratamento de dados de localização para além dos dados de tráfego, em conformidade com os n.ºs 1 e 2 [do artigo 9.º], fique reservado ao pessoal que trabalha para o fornecedor de redes públicas de comunicações ou de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou para terceiros que forneçam o serviço de valor acrescentado, devendo restringir-se ao necessário para efeitos de prestação do serviço de valor acrescentado” (artigo 9.º/3).

3.5. Note-se que todas as posições jurídicas referidas no ponto anterior são i) direitos dos titulares dos metadados ou ii) restrições aos direitos dos titulares dos metadados decorrentes da prestação de serviços contratada pelo titular e que, como tal, podem ser interpretadas como restrições em benefício de outros direitos e interesses do titular, inerentes a essa relação contratual de prestação de serviços e estritamente nesse contexto, o que

justifica a exigência de consentimento, como forma de gestão de auto-restrições de direitos fundamentais.<sup>46</sup>

3.6. A DPE permite a restrição dos direitos e obrigações referidos no ponto 3.4. “sempre que essas restrições constituam uma medida necessária, adequada e proporcionada numa sociedade democrática para salvaguardar a segurança nacional (ou seja, a segurança do Estado), a defesa, a segurança pública, e a prevenção, a investigação, a detecção e a repressão de infracções penais ou a utilização não autorizada do sistema de comunicações electrónicas, tal como referido no n.º 1 do artigo 13.º da Directiva 95/46/CE [atualmente, RGPD]. Para o efeito, os Estados-Membros podem designadamente adoptar medidas legislativas prevendo que os dados sejam conservados durante um período limitado, pelas razões enunciadas no presente número. Todas as medidas referidas no presente número deverão ser conformes com os princípios gerais do direito comunitário, incluindo os mencionados nos n.ºs 1 e 2 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia” (artigo 15.º/1)

3.7. Quanto ao ponto precedente, duas notas:

- i) as restrições admitidas no n.º 1 do artigo 15.º, por contraponto com as previstas nos artigos 5.º, 6.º e 9.º da DPE, não se justificam na prestação de serviços em benefício do titular dos metadados, mas numa das razões previstas nesse mesmo n.º 1 do artigo 15.º. Trata-se, pois de uma norma de qualificação de restrições específicas.
- ii) As restrições específicas, em função das matérias previstas no n.º 1 do artigo 15.º, acrescem aquelas que já constam da própria DPE, nos artigos 5.º, 6.º e 9.º.

3.8. Cumprindo o disposto no n.º 1 do artigo 15.º da DPE, a Directiva 2006/24/CE previu:

- i) a obrigação dos Estados Membros, “[e]m derrogação aos artigos 5.º, 6.º e 9.º da Directiva 2002/58/CE, de tomarem medidas para garantir a conservação dos dados especificados no seu artigo 5.º, na medida em que sejam gerados ou tratados no contexto da oferta dos serviços de comunicações em causa por fornecedores de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de uma rede pública de comunicações quando estes fornecedores estejam sob a sua jurisdição, [...] tendo em vista garantir a disponibilidade desses dados para efeitos de investigação, de detecção e de repressão de crimes graves, tal como definidos no direito nacional de cada Estado-Membro” (artigo 1.º/1 e 3.º/1);

---

<sup>46</sup> Cfr. Considerando 3 da Directiva 2006/24/CE.

- ii) a obrigação de conservação de todos os dados previstos no artigo 5.º “por períodos não inferiores a seis meses e não superiores a dois anos, no máximo, a contar da data da comunicação” (artigo 6.º);
- iii) a obrigação dos Estados Membros de assegurarem “que os dados conservados em conformidade com a diretiva só sejam transmitidos às autoridades nacionais competentes em casos específicos e de acordo com a legislação nacional. Os procedimentos que devem ser seguidos e as condições que devem ser respeitadas para se ter acesso a dados conservados de acordo com os requisitos da necessidade e da proporcionalidade devem ser definidos por cada Estado-Membro no respectivo direito nacional, sob reserva das disposições pertinentes do Direito da União Europeia ou do Direito Internacional Público, nomeadamente a CEDH na interpretação que lhe é dada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem” (artigo 4.º).

3.9. A Lei n.º 32/2008 transpõe para o ordenamento jurídico português o regime de conservação de metadados da Diretiva 2006/24/CE, prevendo i) a conservação generalizada dos dados (isto é, de todos os utilizadores de comunicações eletrónicas), ii) um prazo de um ano para essa conservação e iii) regulando o regime de acesso a esses dados, sem que, contudo, tenha sido previsto um direito dos titulares dos metadados a serem notificados, finda a utilização para os fins previstos na Lei, de que os seus dados haviam sido acedidos.

3.10. O TJUE declarou inválida a Diretiva 2006/24/CE, por esta não estabelecer “regras claras e precisas que regulem o alcance da ingerência nos direitos fundamentais consagrados nos artigos 7.º e 8.º da Carta. Impõe-se, pois, concluir que esta diretiva comporta uma ingerência nestes direitos fundamentais, de grande amplitude e particular gravidade na ordem jurídica da União, sem que essa ingerência seja enquadrada com precisão por disposições que permitam garantir que se limita efetivamente ao estritamente necessário”.<sup>47</sup>

3.11. Com a decisão de invalidade da Diretiva 2006/24/CE, todas as suas leis de transposição, incluindo a Lei portuguesa n.º 32/2008, bem como quaisquer leis nacionais que operem restrições aos direitos dos titulares de metadados consagrados na DPE, passaram a ter de cumprir, de modo direto e não mediado pela Diretiva invalidada, o artigo 15.º/1 da DPE, com o sentido que a jurisprudência do TJUE lhe atribui. Ou seja, quando nesta disposição da DPE se prescreve que apenas se admitem “restrições [que] constituam uma medida necessária, adequada e proporcionada numa sociedade democrática para salvaguardar a segurança nacional (ou seja, a segurança do Estado), a defesa, a

---

<sup>47</sup> Cfr. Acórdão *Digital Rights Ireland*, §65.

segurança pública, e a prevenção, a investigação, a detecção e a repressão de infracções penais ou a utilização não autorizada do sistema de comunicações electrónicas, tal como referido no n.º 1 do artigo 13.º da Directiva 95/46/CE”, o modo como deve entender-se, neste contexto específico, a metodologia para determinar uma medida “necessária, adequada e proporcionada” inclui a interpretação e as operações constantes da jurisprudência do TJUE. O conteúdo prescritivo do artigo 15.º/1 sobre o legislador e o julgador nacionais deve assim ser interpretado por estes nos termos do decidido pelo TJUE.

3.12. A respeito do ponto precedente, no recente Acórdão *G.D.*, o TJUE decidiu que:

“O artigo 15.º, n.º 1, da Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas (Directiva relativa à privacidade e às comunicações eletrónicas), conforme alterada pela Directiva 2009/136/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009, lido à luz dos artigos 7.º, 8.º, 11.º e 52.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a medidas legislativas que preveem, a título preventivo, para efeitos da luta contra a criminalidade grave e da prevenção de ameaças graves contra a segurança pública, uma conservação generalizada e indiferenciada dos dados de tráfego e dos dados de localização. Em contrapartida, o referido artigo 15.º, n.º 1, lido à luz dos artigos 7.º, 8.º, 11.º e 52.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais, não se opõe a medidas legislativas que prevejam, para efeitos da luta contra a criminalidade grave e da prevenção de ameaças graves contra a segurança pública, uma conservação seletiva dos dados de tráfego e dos dados de localização que seja delimitada, com base em elementos objetivos e não discriminatórios, em função das categorias de pessoas em causa ou através de um critério geográfico, por um período temporalmente limitado ao estritamente necessário, mas que pode ser renovado; uma conservação generalizada e indiferenciada dos endereços IP atribuídos à fonte de uma ligação, por um período temporalmente limitado ao estritamente necessário; uma conservação generalizada e indiferenciada de dados relativos à identidade civil dos utilizadores de meios de comunicações eletrónicas; e uma imposição aos prestadores de serviços de comunicações eletrónicas, através de uma decisão da autoridade competente sujeita a fiscalização jurisdicional efetiva, do dever de procederem, por um determinado período, à conservação rápida dos dados de tráfego e dos dados de localização de que esses prestadores de serviços dispõem, desde que essas medidas assegurem, mediante regras claras e precisas, que a conservação dos dados em causa está sujeita ao respeito das respetivas condições materiais e processuais e que as pessoas em causa disponham de garantias efetivas contra os riscos de abuso”.

- 3.13. Note-se que, mesmo que o artigo 15.º/1 da DPE, não existisse, qualquer restrição aos direitos previstos na DPE teria de seguir regras semelhantes às desse n.º 1, por força do artigo 52.º/1 da CDFUE (assumindo que o fim mediato desejado com a restrição encontra-se fundado numa disposição da Carta).
- 3.14. Por força do princípio do primado do direito da União Europeia e do artigo 8.º/4 da CRP, a jurisprudência supra apresentada, bem como a constante dos acórdãos *Digital Rights Ireland*, *Tele2*, *La Quadrature du Net*, ou qualquer outra que venha a decidir no âmbito das condições da legislação nacional restritiva dos direitos previstos na DPE, nos termos do seu artigo 15.º, deve servir de parâmetro à ponderação normativa e à pesagem de razões a realizar, quer pelo legislador nacional, na sua função de autoridade normativa, quer pelo juiz nacional, na sua função de administrador da justiça (cfr. Sampaio, 2023: 794-795), exceto se, ao abrigo do supra referido n.º 4 do artigo 8.º da CRP, *in fine*, for invocada uma contradição com os “princípios fundamentais do Estado de direito democrático”.
- 3.15. O que se defende no ponto precedente, não tendo necessariamente efeito sobre o modo de formalmente aplicar o controlo da proporcionalidade, quanto à segmentação aplicativa em subprincípios, tem consequência quanto ao modo como materialmente se procederão às operações de ponderação e pesagem por ele convocadas, estabelecendo uma relação judicativa entre TEDH, TJUE e TC.

### **Bibliografia**

Canas V. O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos. Coimbra: Almedina; 2017. pp. 577-604

Cardoso R. 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...* Revista do Ministério Público. n.º 172. Out-Dez. 2022. pp. 11 e ss.

Costa de Oliveira P. Article 95. Relationship with Directive 2002/58/EC. In: Kuner C, Bygrave LA, Docksey C. The EU General Data Protection Regulation (GDPR) – A Commentary. Oxford: Oxford University Press; 2020. pp. 1294-1301

Duarte D. From Constitutional Discretion to the Positivist Weight Formula. In: Sieckmann J-R. Proportionality, Balancing, and Rights – Robert Alexy's Theory of Constitutional Rights. Cham; Springer: 2021. pp. 29-33

Novais JR. Princípios estruturantes do Estado de Direito. 2ª edição. Coimbra: Almedina; 2022. pp. 111-114

Sampaio JS. Ponderação e Proporcionalidade – Uma teoria analítica do raciocínio constitucional – Volume II: A operação de ponderação, a proporcionalidade como norma reguladora e as condições para a deferência constitucional. Coimbra: Almedina; 2023. pp. 178-179