

Direito Penal V
Mestrado em Direito e Prática Jurídica
2.º Semestre 2022/2023
Regência: Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes
Colaboração: Mestre Vânia Costa Ramos

Exame – Época Recurso – Tópicos de Correção

25 de julho de 2023, 19h00

Leia com atenção as indicações gerais e a hipótese antes de passar à leitura das questões

Indicações gerais:

- ⇒ Duração do exame: 90 (noventa) minutos
- ⇒ É permitida a consulta de diplomas legislativos, doutrina e jurisprudência, bem como a utilização de computador e internet.
- ⇒ As respostas deverão ser escritas na folha de teste de modelo oficialmente aprovado.
- ⇒ Leia com atenção todo o enunciado antes de responder às questões colocadas.
- ⇒ O exame é composto de 3 (três) questões referentes à hipótese.
- ⇒ Poderão ser atribuídos até 2 valores a título de ponderação global.

Hipótese

Maria foi vítima de um assalto em Lisboa: no dia 15 de junho de 2023, em plena Avenida de Roma, dois indivíduos não identificados, encapuzados e com luvas, imobilizaram-na na entrada do prédio e, encostando ao seu abdómen uma faca com cerca de 15cm, obrigaram-na a entregar a mochila que transportava, onde esta guardava um aparelho de telemóvel com o n.º +351912223344.

Recuperada do susto, Maria apresentou, no próprio dia 15 de junho de 2023, denúncia às autoridades por roubo qualificado, p. e p. nos artigos 210.º, n.º 1 e 2, alínea *b*), e 204.º, n.º 2, alínea *f*), do Código Penal (punível com pena de prisão de 3 a 15 anos).

Ao apresentar a denúncia, Maria indicou que autorizava a obtenção de quaisquer dados por parte do fornecedor do serviço de comunicações por si utilizado relativamente ao aparelho e serviços por si contratualizados.

Durante a investigação, o Ministério Público solicitou ao fornecedor de serviço informação sobre: (i) números dos cartões SIM ativados no telemóvel em causa (cujo IMEI tinha sido fornecido por Maria), bem como identificação das respetivas operadoras; (ii) identificação dos titulares dos contratos associados. Obtida esta informação, em 25 de julho de 2023, o Ministério Público solicitou às operadoras o envio dos dados de localização celular referentes aos números em causa, desde o dia 15 de junho de 2023 até à presente data e ainda o envio periódico dos dados em causa que viessem a ser gerados, durante o período de um mês.

Questões:

1) Era admissível a solicitação ao fornecedor de serviços de comunicações telefónicas **da identificação dos cartões SIM ativados no telefone de Maria e dos dados contratuais do titular associado aos respetivos números de telemóvel**? Em caso afirmativo, qual seria a autoridade competente(s) para decidir sobre essa solicitação? (5 valores)

2) Durante a investigação era possível solicitar aos fornecedores de serviços de comunicações telefónicas dos cartões SIM ativados no telefone de Maria os **dados de localização do equipamento móvel**, nos termos descritos na hipótese, com vista a tentar encontrar, através do perfil de deslocações, o paradeiro do utilizador, identificando locais por este frequentados regularmente, para, através de diligências no terreno nesses locais, chegar à sua identificação? Em caso afirmativo, qual seria a autoridade competente para o solicitar? (7 valores)

Fundamentos as suas respostas com:

a) indicação da base legal (se existente) de acordo com as normas de Direito interno português para a conservação dos dados;

b) indicação da base legal de acordo com as normas de Direito interno português para o acesso aos dados;

c) explicação dos motivos pelos quais a conservação e a obtenção e utilização desta informação para efeitos da investigação e prossecução de um crime de roubo qualificado é (des)conforme com as normas do Direito português, incluindo a CRP e, se pertinente, com as normas do Direito da União Europeia.

Questão 1 – tópicos de correção

A resposta é afirmativa e a autoridade competente para decidir sobre a solicitação dos dados em causa é o Ministério Público (doravante ‘MP’) (admite-se a discussão sobre a existência ou não de reserva judicial). O consentimento dado por Maria para a obtenção de quaisquer dados por parte do fornecedor do serviço de comunicações por si utilizado relativamente ao aparelho e serviços por si contratualizados não pode abranger os dados contratuais referentes a outros utilizadores do aparelho, i.e. outros contratos.

a) Base legal para a conservação dos dados:

- Artigo 136.º, n.º 6, da Lei das Comunicações Eletrónicas (Lei n.º 16/2022, de 16.08);
- Artigo 10.º, n.º 1 e 4, da Lei de Proteção do Utente dos Serviços Públicos Essenciais (Lei n.º 23/96, de 26.07)
- Estando o contrato ativo, é permitida a conservação dos dados em causa.

b) Base legal para o acesso aos dados:

- Artigos 11.º, n.º 1, al. c), e 14.º, n.º 1 e n.º 4, al. b), da Lei n.º 109/2009, de 15.09
- Não se trata de um crime previsto na Lei n.º 109/2009, de 15.09, no entanto trata-se de crime cometido em relação ao qual é necessário proceder à recolha de prova em suporte eletrónico.

c) Explicação dos motivos pelos quais a conservação e a obtenção e utilização desta informação para efeitos da investigação e prossecução de um crime de roubo qualificado é (des)conforme com as normas do Direito português, incluindo a CRP e, se pertinente, com as normas do Direito da União Europeia.

- Explicação das categorias de dados e do enquadramento dos dados que se pretende obter (os denominados “dados de base”, “dados de tráfego”, “dados de localização” e “dados de conteúdo”).
- Enquadramento no âmbito de proteção dos direitos fundamentais à privacidade e autodeterminação informacional consagrados na Constituição da República Portuguesa (doravante ‘CRP’) (artigos 26.º e 35.º).
- Requisitos para a restrição dos referidos direitos (artigo 18.º, n.º 2 e 3, da CRP) – fundamentação (finalidade; previsão legal; proporcionalidade em sentido amplo – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).
- Referência à Jurisprudência pertinente do Tribunal Constitucional sobre a matéria (v.g. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022, de 19.04.2022; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 420/2017, de 13.07.2017).
- Referência à Diretiva 2002/58/CE (artigo 15.º, n.º 1).
- Enquadramento no âmbito de proteção dos direitos fundamentais à privacidade e proteção de dados pessoais consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União (doravante ‘CDFUE’) (artigos 7.º e 8.º).
- Requisitos para a restrição dos referidos direitos (artigo 52.º, n.º 1, da CDFUE) – fundamentação (finalidade – prossecução de objetivo de interesse geral; previsão legal; respeito pelo conteúdo essencial; proporcionalidade em sentido amplo – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).
- Referência à Jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre a matéria (v.g. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 02.10.2018 (*Processo intentado por Ministerio Fiscal*), Processo C-207/16, ECLI:EU:C:2018:788; Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 20.09.2022 (*Bundesrepublik Deutschland contra SpaceNet AG e Telekom Deutschland GmbH*), Processos apensos C-793/19 e C-794/29, ECLI:EU:C:2022:702).
- Comentário sobre a configuração legal face às exigências constitucionais e do Direito da União Europeia (doravante ‘UE’) (utilização para qualquer tipo de infração penal; pessoas abrangidas; autoridade que pode aceder; período e conservação e dados a conservar; utilização de dados obtidos para diferente finalidade).
- Comentário sobre o juízo de proporcionalidade a efetuar em concreto na decisão que decretar a solicitação.

b) Base legal para determinação da autoridade competente:

- Fase de inquérito – dirigida pelo MP, sem prejuízo de actos da competência do Juiz de Instrução (artigos 260.º e 267.º do CPP).
- *In casu*: ato não se enquadra em previsão legal que atribua competência ao Juiz de Instrução (artigos 268.º e 269.º do CPP; artigo 14.º da Lei do Cibercrime).
- Discussão sobre se poderia estar abrangido por reserva de Juiz nos termos do disposto no artigo 32.º, n.º 4, da CRP (e, conseqüentemente, pelos artigos 268.º, n.º 1, al. f), e 269.º, n.º 1, al. f), do CPP).

Questão 2– tópicos de correção

A resposta deveria distinguir no seu sentido (i) os dados de localização referentes ao período anterior ao despacho que determinou a sua obtenção (15 de junho a 25 de julho 25.07.2023, 19h00

de 2023), (ii) os dados de localização referentes ao período posterior ao despacho que determinou a sua obtenção (de 25 de julho a 25 de agosto de 2023).

Para os dados referidos em (i), a resposta poderá ser parcialmente afirmativa ou totalmente negativa consoante se conclua que a conservação dos dados de localização ao abrigo da Lei n.º 41/2004, para efeitos de faturação, permite a sua posterior obtenção para um processo penal desta natureza.

Em todo o caso, só seria admissível a conservação de dados de localização necessários à prestação de serviços de valor acrescentado ou de emergência. A sua conservação apenas pode ter lugar até à prescrição / caducidade das obrigações contratuais, pelo prazo de 6 meses a contar da prestação do serviço. Neste caso, o período abrangido encontrava-se dentro dos 6 meses.

Em caso afirmativo, seria exigido despacho judicial (do Juiz de Instrução).

No que diz respeito aos dados referidos em (ii), a resposta era positiva, sendo também exigido despacho judicial (do Juiz de Instrução).

O consentimento dado por Maria para a obtenção de quaisquer dados por parte do fornecedor do serviço de comunicações por si utilizado relativamente ao aparelho e serviços por si contratualizados não pode abranger os dados de localização referentes a outros utilizadores do aparelho.

a) Base legal para a conservação dos dados:

(i) dados de localização referentes ao período anterior ao despacho que determinou a sua obtenção (15 de junho a 25 de julho de 2023)

- Artigo 7.º, n.º 2 e 3, da Lei n.º 41/2004, de 18.08.

- Artigos 1.º, n.º 2, al. d), e 10.º 1 e 4, da Lei n.º 23/96, de 26.07.

- Estas normas apenas permitem a conservação dos dados de localização necessários (i) às organizações com competência legal para receber ou tratar comunicações de emergência, para efeitos de resposta a essas comunicações; (ii) na medida e pelo tempo necessários para a prestação de serviços de valor acrescentado, desde que seja obtido consentimento prévio e expresso dos assinantes ou utilizadores.

- O prazo de conservação é de 6 meses a partir da prestação do serviço ou do pagamento (caso tenha sido efetuado).

(ii) os dados de localização referentes ao período posterior ao despacho que determinou a sua obtenção (de 25 de julho a 25 de agosto de 2023).

- Artigo 187.º do CPP (e, segundo alguma jurisprudência, artigo 189.º, n.º 2, do CPP).

- Trata-se de obtenção em tempo real, sendo a conservação efetuada para o futuro, no âmbito e sob a autoridade do despacho judicial que a ordena.

b) Base legal para o acesso aos dados:

(i) dados de localização referentes ao período anterior ao despacho que determinou a sua obtenção (15 de junho a 25 de julho de 2023)

- Artigo 189.º, n.º 2, do CPP.

- Apenas podem obter-se os dados se o crime estiver previsto o artigo 187.º, n.º 1, e em relação às pessoas referidas no n.º 4.

- *In casu*: está identificado como suspeito o utilizador do aparelho de telemóvel roubado (não a identidade, mas o concreto aparelho de telemóvel cuja localização se pretende – artigo 187.º, n.º 4, al. a), do CPP); o crime de roubo qualificado consta do catálogo (artigo

187.º, n.º 1, al. a), do CPP), sendo permitida a obtenção dos dados para a investigação deste crime.

(ii) os dados de localização referentes ao período posterior ao despacho que determinou a sua obtenção (de 25 de julho a 25 de agosto de 2023).

- Artigo 187.º do CPP (e, segundo alguma jurisprudência, artigo 189.º, n.º 2, do CPP).
- Apenas podem obter-se os dados se o crime estiver previsto o artigo 187.º, n.º 1, e em relação às pessoas referidas no n.º 4.
- *In casu*: está identificado como suspeito o utilizador do aparelho de telemóvel roubado (não a identidade, mas o concreto aparelho de telemóvel cuja localização se pretende – artigo 187.º, n.º 4, al. a), do CPP); o crime de roubo qualificado consta do catálogo (artigo 187.º, n.º 1, al. a), do CPP), sendo permitida a obtenção dos dados para a investigação deste crime.

c) Explicação dos motivos pelos quais a conservação e a obtenção e utilização desta informação para efeitos da investigação e prossecução de um crime de roubo qualificado é (des)conforme com as normas do Direito português, incluindo a CRP e, se pertinente, com as normas do Direito da União Europeia.

- Explicação das categorias de dados e do enquadramento dos dados que se pretende obter (os denominados “dados de base”, “dados de tráfego”, “dados de localização” e “dados de conteúdo”).
- Enquadramento no âmbito de proteção dos direitos fundamentais à privacidade, sigilo das comunicações e autodeterminação informacional consagrados na CRP (artigos 26.º, 34.º e 35.º).
- Requisitos para a restrição dos referidos direitos (artigo 18.º, n.º 2 e 3, e 34.º, n.º 4, da CRP) – fundamentação (finalidade; previsão legal; proporcionalidade em sentido amplo – adequação, necessidade e proporcionalidade; reserva judicial).
- Referência à Jurisprudência pertinente do Tribunal Constitucional sobre a matéria (v.g. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022, de 19.04.2022; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 420/2017, de 13.07.2017).
- Referência à Diretiva 2002/58/CE (artigo 15.º, n.º 1) e Diretiva 2016/680/UE.
- Enquadramento no âmbito de proteção dos direitos fundamentais à privacidade e proteção de dados pessoais consagrados na CDFUE (artigos 7.º, 8.º e 11.º).
- Requisitos para a restrição dos referidos direitos (artigo 52.º, n.º 1, da CDFUE) – fundamentação (finalidade – prossecução de objetivo de interesse geral; previsão legal; respeito pelo conteúdo essencial; proporcionalidade em sentido amplo – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).
- Referência à Jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre a matéria (v.g. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 20.09.2022 (*Bundesrepublik Deutschland contra SpaceNet AG e Telekom Deutschland GmbH*), Processos apensos C-793/19 e C-794/29, ECLI:EU:C:2022:702).
- Comentário sobre a configuração legal face às exigências constitucionais e do Direito da UE (utilização para catálogo de infrações; pessoas abrangidas; autoridade que pode aceder; período e conservação e dados a conservar; utilização de dados obtidos para diferente finalidade).
- Compatibilidade do regime interno com a exigência de notificação aos visados pelo acesso a dados conservados.
- Comentário sobre o juízo de proporcionalidade a efetuar em concreto na decisão que decretar a solicitação.

b) Base legal para determinação da autoridade competente:

- Fase de inquérito – dirigida pelo MP, sem prejuízo de actos da competência do Juiz de Instrução (artigos 260.º e 267.º do CPP).

- *In casu*:

(i) dados de localização referentes ao período anterior ao despacho que determinou a sua obtenção (15 de junho a 25 de julho de 2023): artigos 189.º, n.º 2, e 269.º, n.º 1, al. e), do CPP – é exigida a intervenção judicial (do Juiz de Instrução);

(ii) os dados de localização referentes ao período posterior ao despacho que determinou a sua obtenção (de 25 de julho a 25 de agosto de 2023): artigos 187.º e 189, n.º 2, e 269.º, n.º 1, al. e), do CPP – é exigida a intervenção judicial (do Juiz de Instrução).

3) **Suponha que não era permitida** a obtenção dos dados referidos, **o que aconteceria à informação que tivesse sido obtida por este meio?** Pode ser utilizada como meio de prova? (6 valores)

Fundamente a sua resposta com a indicação da base normativa respetiva, tendo em conta as normas do Direito interno português, incluindo a CRP e, se pertinente, as normas do Direito da União Europeia.

Questão 3 – tópicos de correção

- Caso não fosse permitida a conservação ou o acesso aos dados referidos, deveria ser avaliado se a informação assim obtida poderia ser valorada como meio de prova nas suas várias fases do processo, ou se existiria uma proibição de valoração da prova (artigos 118.º e ss. do CPP; artigo 126.º, n.º 3, do CPP; artigo 167.º do CPP; artigos 32.º, n.º 8, e 34.º, n.º 4, da CRP).

- No que se refere aos dados de subscritor e de identificação contratuais, trata-se de elementos abrangidos pelos direitos à privacidade e autodeterminação informacional (artigos 26.º e 35.º da CRP), pelo que, caso tivessem sido conservados ou acedidos ilicitamente, a informação obtida através dos mesmos não poderia ser utilizada processualmente (artigos 126.º, n.º 3, e 167.º do CPP; 32.º, n.º 8, da CRP).

- No que se refere aos dados de localização, trata-se de elementos abrangidos pelos direitos à privacidade e autodeterminação informacional e também pelo segredo das comunicações (artigos 26.º, 34.º e 35.º da CRP), pelo que, caso tivessem sido conservados ou acedidos ilicitamente, a informação obtida através dos mesmos não poderia ser utilizada processualmente (artigo 126.º, n.º 3, e 167.º do CPP; artigos 32.º, n.º 8 da CRP).

- Quanto ao Direito da União Europeia: não regula a consequência processual de uma conservação ou acesso aos dados em violação desse direito (princípio da autonomia processual), não existindo a consagração de uma previsão expressa de proibição de valoração da informação obtida em processo penal. No entanto, decorre do Direito da UE a obrigação de as autoridades dos Estados-Membros aplicarem das normas nacionais consagradas para violações equivalentes do direito interno (princípio da equivalência), bem com darem efetividade aos direitos conferidos pelo direito da UE (princípio da efetividade), o que pode implicar uma proibição de valoração da prova for força do direito da UE quando os visados “não estiverem em condições de comentar eficazmente essas informações e esses elementos de prova, provenientes de um domínio que escapa ao conhecimento dos juízes e que são suscetíveis de influenciar de modo preponderante a apreciação dos factos” (v.g. Acórdão de 2 de março de 2021, *Prokuratuur (H.K.)*, C-746/18, EU:C:2021:152, §§41-44).

Ponderação global: 2 valores

- Correção ortográfica e semântica;
- Utilização de vocabulário jurídico adequado;
- Estruturação do texto;
- Coerência das respostas e fundamentação no seu todo;
- Nível geral de conhecimentos sobre a matéria evidenciado.

Paulo de Sousa Mendes

Vânia Costa Ramos