



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

O CONTROLO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS ANTITERRORISTAS

Albi, 27-29 setembro 2018

Relator: Juiz Conselheiro Fernando Ventura

Sumário:

1. Introdução. 2. O terrorismo no texto constitucional. 3. Enquadramento infraconstitucional: as medidas antiterroristas no ordenamento português. 4. A jurisprudência do Tribunal Constitucional. 4.1. Acórdão n.º 479/94: as medidas de identificação preventiva. 4.2. Acórdão n.º 403/2015: Acesso dos serviços de informações a dados de tráfego de telecomunicações. 4.3. Terrorismo e a antecipação da tutela penal

I. Introdução

1. O presente texto propõe-se apresentar as linhas gerais da jurisprudência constitucional em matéria de controlo de medidas que se inscrevam na resposta instituída na ordem jurídica portuguesa ao fenómeno do terrorismo.

A emergência do terrorismo, em especial na dimensão de *terrorismo globalizado*, vem golpeando as democracias e abalado fortemente o consciente coletivo. A gravidade da ameaça que representa é profunda: o terrorismo atual não se circunscreve a um número reduzido de pessoas; não se encontra limitado a áreas geográficas concretas, assumindo antes uma estrutura fluída, uma geometria varável de meios e procedimentos e um alvo indiscriminado; como consequência dos desenvolvimentos tecnológicos, o dano que pode causar é muito elevado;



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

possui carácter sistemático (v.g. assente exclusivamente em razões éticas ou religiosas); e é muito frequentemente indiferente aos valores do sistema penal e à contra motivação através da ameaça de imposição de uma pena (por exemplo, os atentados suicidas).

Neste quadro, crescem as vozes que, perante o fenómeno devastador, à máxima de que “sem liberdade não há segurança” respondem “sem segurança não há liberdade”. Sem cuidar que a segurança, sendo dever jurídico dirigido ao Estado para proteção dos seus cidadãos e garantia dos seus direitos e liberdades, é, ao mesmo tempo, quando hipostasiada, fonte para o abuso de todos os concretos direitos fundamentais. No Estado de Direito democrático, a segurança não é um fim em si mesmo, mas um instrumento, ou, se se quiser, um fim instrumental colocado ao serviço de outros fins: segurança dos direitos, segurança das liberdades, segurança das instituições.

Não sofre dúvida que, como desafio difuso à segurança, gerador de perigos de grandeza desconhecida, o terrorismo testa profundamente os alicerces do Estado de Direito democrático. A estrutura do desafio passa pela instalação de um novo risco para a segurança da sociedade (o terrorismo), ameaça que a sociedade trata de defrontar através de novas medidas, as quais, em certa ocasiões, surgem como conflituantes com parte da tradicional conceção das liberdades e do Estado de Direito. Pode-se assim dizer-se, como JAKAB¹, que o terrorismo em si mesmo não coloca *diretamente* em perigo o Estado de Direito; o perigo advém da modulação das restrições dos direitos individuais que a ordem jurídica venha a adotar perante a ameaça, sempre que o arsenal de medidas antiterroristas se afaste na sua legitimação da ideia de *proporcionalidade* na proteção dos direitos fundamentais, em particular a proteção do direito à vida dos cidadãos. Como alerta JORGE MIRANDA, “O pior que poderia acontecer aos regimes liberais e pluralistas do Ocidente, seria, a pretexto do terrorismo, afastarem-se dos grandes princípios jurídicos que tanto custou a conquistar. O pior que poderia acontecer seria, afinal, a pretexto do terrorismo, ficarem abalados os fundamentos do Estado de Direito”².

¹ “Incumplir la Constitución por razones morales en la lucha contra el terrorismo”, in *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 35, 2012, pp. 413-418.

² “Os direitos fundamentais e o terrorismo: Os fins nunca justificam os meios, nem para um lado, nem para o outro”, in *Estudos Vários sobre Direitos Fundamentais*, 2006, p. 501.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

O desafio que se coloca, no quadro do controlo jurisdicional, passa por, sem abaixamento do *standard* de proteção das liberdades, atingir um ponto de equilíbrio entre o indeclinável respeito pelos princípios sobre os quais se constitui o Estado de Direito democrático e uma eficaz resposta à ameaça terrorista.

A apresentação do modo como o Tribunal Constitucional português respondeu a esse desafio defronta, todavia, a dificuldade, que importa desde já assinalar, resultante do muito escasso acervo de casos em que, no quadro das competências que lhe são cometidas, o Tribunal tenha sido chamado a apreciar a conformidade constitucional de questões normativas relativas a medidas cujo âmbito de atuação seja primacialmente dirigido à prevenção ou repressão do terrorismo.

Duas explicações podem ser avançadas para este facto.

A primeira radica na quase ausência de exposição da ordem jurídica portuguesa desde os finais dos anos oitenta a ações de índole terrorista, ao contrário do que aconteceu em Espanha, Itália ou França, instalando na opinião pública uma perceção de risco terrorista relativamente reduzida e inibindo tensões geradas por um sentimento coletivo de insegurança muito marcado. Essa menor exposição ao fenómeno em Portugal significou, naturalmente, que a efetiva aplicação das medidas antiterroristas vigentes foi reduzida e, do mesmo jeito, que viessem a ser dirimidos em juízo conflitos relativos a restrições de direitos e liberdades autorizadas por normas, razão por que não se verificaram as condições para que, mormente em fiscalização concreta, o Tribunal fosse chamado a controlar a conformidade constitucional de dimensões normativas inscritas no arsenal antiterrorista.

Por outro lado, a incorporação na ordem jurídica portuguesa de medidas contra o terrorismo decorreu primacialmente de vinculações assumidas pelo Estado em textos internacionais de combate ao terrorismo das Nações Unidas, Conselho da Europa e União Europeia, com destaque para a transposição das Diretivas da União Europeia que concretizaram na matéria o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça. A adoção de tais medidas efetuou-se, contudo, sem abandono das linhas gerais dos vários institutos existentes, optando o legislador por não criar um regime especial e de exceção que condessasse as políticas públicas na matéria, mais exposto a dúvidas de constitucionalidade.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Neste panorama, as incidências jurisprudenciais que foram eleitas e adiante indicadas como denotando as orientações do Tribunal, relevam do controlo de medidas inscritas no domínio da política criminal e de segurança que, pela sua natureza, mais próximas estejam das medidas de vocação antiterrorista.

2. O terrorismo no texto constitucional

A Constituição da República Portuguesa acolheu logo no seu texto original os direitos fundamentais à liberdade e à segurança (artigo 27.º, n.º 1), em formulação que colheu inspiração do artigo 5.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, denotando a indissociabilidade e a tensão dialética entre os dois valores fundamentais no Estado de Direito democrático, formando um todo, no sentido de que o direito à segurança carece de ser entendido de modo estritamente associado à liberdade.

A especial consideração das exigências do combate ao terrorismo manteve-se ausente do texto constitucional até às 3.ª, 4.ª e 5.ª revisões constitucionais, as quais acolheram na Lei Fundamental a previsão expressa de medidas antiterrorismo, refletindo os imperativos acrescidos de segurança que a criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada em geral, e o terrorismo em particular, haviam passado a suscitar na vivência coletiva.

Assim, na 3.ª revisão constitucional, realizada em 1989, o acolhimento constitucional do Tribunal de Júri³ passou a refletir a maior intensidade da perceção social do fenómeno, aditando ao texto do artigo 217.º da Constituição a exclusão da intervenção do júri no julgamento de crimes de terrorismo⁴, face ao grau de perturbação que tais casos podem comportar, mais tarde acompanhada de previsão idêntica para a criminalidade altamente organizada⁵.

³ Sobre a figura do júri em Portugal, cfr. o recente Acórdão n.º 417/2018.

⁴ Artigo 129.º da Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de julho. A matéria encontra-se regulada, a partir da 4.ª revisão constitucional, no artigo 207.º.

⁵ Artigo 131.º da Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de setembro.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Na 4.^a revisão constitucional, em 1997, o artigo 33.º, n.º 3, da Constituição passou a prever a extradição de cidadãos portugueses, em condições de reciprocidade estabelecidas em convenção internacional, nos casos de terrorismo e de criminalidade altamente organizada, e desde que a ordem jurídica do Estado requerente consagre garantias de um processo justo e equitativo⁶.

Por seu turno, o artigo 34.º, n.º 3, foi modificado na 5.^a revisão constitucional, em 2001, passando a admitir-se na ordem jurídica portuguesa as buscas domiciliárias noturnas, com autorização judicial, em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas⁷.

Ainda que a receção do fenómeno seja escassa, o acolhimento expresso do *terrorismo* - conceito polissémico e de difícil definição⁸ -, posto a par ou como subespécie da criminalidade altamente organizada, comporta o reconhecimento de que é no âmbito do direito penal e dos seus institutos, necessariamente de acordo com cânones impostos pela *Constituição Penal*, que se encontram as vias nucleares de resposta comunitária - preventiva e repressiva – no confronto com o terrorismo.

3. Enquadramento infraconstitucional: as medidas antiterroristas no ordenamento português

3. O fenómeno do terrorismo encontra as suas principais manifestações em território português no período que se segue à Revolução de 1974 e durante a década de 80 do século passado. Foi sobretudo nesse período que o país foi confrontado com a atuação de organizações terroristas, responsáveis por uma série de atos especialmente violentos, de que resultaram várias

⁶ Artigo 16.º da Lei Constitucional n.º 1/97.

⁷ Artigo 6.º da Lei Constitucional n.º 1/2001, de 12 de dezembro.

⁸ Sobre as dificuldades na definição do terrorismo, veja-se MARIA FERNANDA PALMA, “Crimes de terrorismo e culpa penal”, in *Liber Discipulorum para Figueiredo Dias*, 2003, Coimbra, p. 249; FRANCISCO BUENO AUS, “Terrorismo; algunas cuestiones pendiente”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. III, Coimbra, 2010, pp. 171-186; AURÉLIE DUFFY, “Constitution et Terrorisme au Royaume-Uni”, in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XXXII, 2016, p. 75; e JULIE ALIZ, *Terrorisme et droit penal*, Paris, 2010, pp. 35-40.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

mortes. Tratou-se fundamentalmente de um terrorismo de raiz *interna*, desenvolvido por estruturas políticas organizadas endógenas e com motivação nacional⁹. A que se juntou pontualmente a perpretação em Portugal de atos animados por uma motivação terrorista *internacional*, seja através de homicídio reivindicado por grupo terrorista sediado no Médio Oriente e na pessoa de indivíduo circunstancialmente no país, também oriundo da mesma zona do mundo¹⁰, seja no âmbito de conduta que teve como alvo a representação diplomática da Turquia em Lisboa, de que resultaram sete vítimas mortais¹¹.

Tais condutas, e o impacto que geraram no tecido social, despertaram a consciência do legislador português para a necessidade de desenvolver legislação votada a punir e controlar condutas terroristas, o que deu origem à Lei n.º 24/81, de 20 de agosto, através da qual foram alterados diversos artigos do Código Penal de 1886¹². No artigo 263.º, §1.º, então introduzido, procedeu-se à incriminação dos grupos, organizações ou associações *terroristas*, como crime qualificado de associação criminosa. Como elementos constitutivos do tipo objetivo de ilícito agravado previu-se “o agrupamento de duas ou mais pessoas que, actuando concertadamente, visem prejudicar a integridade e a independência nacionais ou impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição ou forçar a autoridade pública à prática de um acto, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique ou ainda a intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral” desde que com o escopo da prática de crime inscrito num catálogo, elenco determinado em função dos bens jurídicos atingidos ou das modalidades de execução especialmente perigosas¹³. Numa das raras

⁹ Foi o caso dos denominados “Exército de Libertação de Portugal, “Comando Operacionais para a Defesa da Civilização Ocidental” e “Forças Populares 25 de Abril”.

¹⁰ Referimo-nos à conduta que vitimou representante da “Organização de Libertação da Palestina”, Issam Sartawi, perpetrada em 10 de abril de 1983 e atribuído ao grupo Abu Nidal.

¹¹ Realizado em 27 de julho de 1983.

¹² Os artigos 156.º, 159.º, 165.º, 169.º, 263.º, 330.º, 331.º, 332.º, 445.º, 464.º, 472.º e 478.º do Código Penal.

¹³ Crime contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas; crime contra a segurança dos transportes, vias ou meios de comunicação, incluindo as comunicações telegráficas, telefónicas, de radiodifusão ou de televisão; crimes contra a segurança da aviação civil; crimes que impliquem o emprego de bombas, granadas, armas de fogo, substâncias ou engenhos explosivos, meios incendiários de qualquer natureza, encomendas ou cartas armadilhadas; crimes que impliquem o emprego de substâncias venenosas, corrosivas, tóxicas ou asfixiantes ou a contaminação de alimentos e águas destinados a consumo humano, por forma a criarem perigo para a vida ou de grave lesão para a saúde ou integridade física e psíquica de outrem.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

manifestações desse tipo no ordenamento jurídico penal, mas traduzindo a muito especial perigosidade da associação em causa, estipulou-se a punição dos atos preparatórios.

No ano seguinte, através da edição do Código Penal de 1982, o legislador penal continuou a maior preocupação com o fenómeno do associativismo terrorista, mormente através da criação de dois tipos penais autónomos: os crimes de organizações terroristas (artigo 300.º) e de terrorismo (artigo 301.º):

- O artigo 300.º, n.º 1, do Código Penal, punia a fundação, a promoção, a adesão e o apoio à organização terrorista, enquanto o n.º 2 do preceito definia o conceito de “grupo, organização ou associação terrorista” como um agrupamento de 2 ou mais pessoas que praticassem os crimes indicados nas suas 5 alíneas, com o fim terrorista descrito no proémio. O n.º 3 punia de forma especialmente agravada o facto de chefiar ou dirigir tal organização;

- O artigo 301.º, n.º 1, punia, como crimes de terrorismo, a prática dos factos descritos no artigo 300.º, n.º 2 (*crimes-base*), com a intenção aí referida.

Cabe notar que não se tratou de acolher a intervenção da tutela penal apenas quando fosse posta em causa a “segurança” ou a “tranquilidade” públicas pela ocorrência efetiva de crimes. Cuidou-se de intervir num estágio prévio, através de uma dispensa *antecipada* de tutela, quando a segurança e a tranquilidade pública não foram ainda necessariamente perturbadas, mas se criou já um especial perigo de perturbação que viola a *paz pública* (conceito mais amplo que os de segurança e tranquilidade), e podendo ser posto em causa quanto estes ainda não o foram. As modalidades da ação, escopo e o catálogo de crimes previsto para o crime de organização terrorista não se afastaram significativamente do desenho do tipo objetivo de ilícito preexistente.

Este modelo de perseguição penal do terrorismo perdurou até 2003, altura em que a Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto, transpôs para o direito português a Decisão-Quadro do Conselho, de 13 de junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo, por via da Lei de Combate ao Terrorismo (Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto). Tratou-se, para além de sinalizar a importância do combate para a política criminal, tão somente de uma deslocação dos crimes de terrorismo para legislação extravagante, decorrente fundamentalmente de razões de técnica legislativa, dificilmente compagináveis com um enquadramento no Código Penal, e não de um



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ordenamento especial do terrorismo em sentido próprio, onde se encontrem exceções às regras gerais, mormente em matéria de garantias individuais¹⁴.

Assim, a criminalização foi adaptada às vinculações decorrentes da referida Decisão-Quadro, em especial a obrigação de criminalização do terrorismo europeu e internacional. A par dos crimes de *organização terrorista* (artigo 2.º) e de *terrorismo* (artigo 4.º), em que se tutela a paz pública *interna*, punindo os crimes terroristas dirigidos contra o Estado português, as suas instituições, os seus nacionais e a própria população residente no seu território, o legislador instituiu dois novos tipos de ilícito: os crimes de *outras organizações terroristas* (artigo 3.º) e de *Terrorismo internacional* (artigo 5.º), assim se alargando o bem jurídico. Em relação a estes crimes, a lei portuguesa é competente sempre que o facto seja praticado, total ou parcialmente, em território português, a bordo de um navio ou aeronave portuguesa, sendo igualmente aplicável a factos praticados no estrangeiro por agente que se encontre em Portugal e não possa ser extraditado ou entregue em execução de mandado de detenção europeu.

Manteve-se a previsão da prática de certos crimes constantes de um catálogo taxativo (crime-base), animada por uma intenção terrorista – prejudicar a integridade ou a independência nacionais (ou de um Estado no terrorismo internacional), impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição (ou das instituições de um outro Estado ou de uma organização pública internacional), forçar a autoridade pública a praticar um ato, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral – e, bem assim, a remissão para as modalidades de ação definidas no tipo de *Organizações terroristas*. Esse catálogo de crimes sofreu logo em 2003 algumas atualizações, conexas com a emergência de novas formas de terrorismo, designadamente o *ciberterrorismo*, o *bioterrorismo* ou o terrorismo com emprego de armas químicas, ao mesmo tempo que se tornou expressa a exigência de um limiar mínimo de ofensividade das condutas e de especial perigosidade para o bem jurídico, já defendido pela doutrina¹⁵.

¹⁴ Como sublinham FIGUEIREDO DIAS e PEDRO CAEIRO, “A Lei de Combate ao Terrorismo (Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 135, n.º 3935, 2005, p. 82.

¹⁵ FIGUEIREDO DIAS, “[Artigo 301.º]” in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, 1999, p. 1180.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ao longo do tempo, e por influxo de vinculações convencionais e de direito da União europeia, outras obrigações de incriminação conduziram à ampliação crescente dos tipos objetivos de ilícito, alargando a esfera de punibilidade a um conjunto de atos preparatórios, e conduzindo a antecipação da tutela penal para limiares cada vez mais afastados da concretização do perigo, o que vale por dizer, para as fronteiras do direito penal do facto. Assim, em 2011, foi incriminado, como modalidade do crime de terrorismo, o incitamento ao terrorismo, assim como o recrutamento, o treino e a instrução com vista ao cometimento de atos terroristas¹⁶. Em 2015, acrescentou-se a incriminação da apologia pública e as deslocções para a prática de crime de terrorismo¹⁷. Recentemente, o Governo apresentou na Assembleia da República a Proposta de Lei n.º 139/XIII, com vista à criminalização do treino, próprio ou de terceiro, em Portugal ou no estrangeiro, para a prática de crime de terrorismo e também a viagem ou a tentativa de viagem com esse propósito¹⁸.

Por outro lado, em 2008, a Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, transpondo para a ordem jurídica interna as Diretivas n.ºs 2005/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro, e 2006/70/CE, da Comissão, de 1 de Agosto, relativas à prevenção da utilização do sistema financeiro e das atividades e profissões especialmente designadas para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo, introduziu o crime de *financiamento do terrorismo*.

A estas medidas de natureza penal, outras de índole administrativa podem ser aduzidas, de que é exemplo o regime da aquisição da nacionalidade por naturalização, que tem como requisito que o adquirente não constitua perigo ou ameaça para a segurança ou a defesa nacional, pelo seu envolvimento em atividades relacionadas com a prática do terrorismo¹⁹, ou as normas inscritas no regime de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do

¹⁶ Lei n.º 17/2011, de 3 de maio. Deu cumprimento à Decisão-Quadro n.º 2008/919/JAI, do Conselho, de 28 de novembro, que alterou a Decisão-Quadro n.º 2002/475/JAI.

¹⁷ Lei n.º 60/2015, de 24 de junho.

¹⁸ DAR II Série A, n.º 134/XIII/3, de 29 de junho. Propõe-se transpor a Diretiva (EU) 2017/514, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março, relativa à luta contra o terrorismo, que substitui a Decisão-Quadro n.º 2002/475/JAI, de 13 de junho, e altera a Decisão-Quadro n.º 2005/671/JAI, do Conselho.

¹⁹ Artigo 6.º, n.º 1, alínea e), da Lei n.º 37/81, de 3 de outubro.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

território nacional que estabelecem requisitos positivos ou negativos conexados com a prática de crime de terrorismo²⁰.

Nenhuma das normas que integram as específicas medidas *antiterroristas* que vimos de referir foram ainda objeto de apreciação pelo Tribunal Constitucional.

4. A jurisprudência do Tribunal Constitucional

4.1. Acórdão n.º 479/94: as medidas de identificação preventiva

Uma das decisões que se destaca na apresentação do modo como o Tribunal encarou a tensão dialética entre os direitos à liberdade e à segurança, consagrados no artigo 27.º, n.º 1, da Constituição, encontra-se no Acórdão n.º 479/94. Nele, o Tribunal exerceu o controlo de proporcionalidade da afetação de direitos e liberdades no âmbito das medidas administrativas, designadamente das medidas de polícia administrativa, a cargo das forças de segurança interna do Estado.

No referido Acórdão, foi conhecido pedido de fiscalização abstrata preventiva, apresentado pelo Presidente da República, de normas de Decreto que estabelecia procedimento preventivo de identificação, inscrito no quadro das medidas de segurança interna previstas na Lei n.º 20/87, de 12 de junho²¹. Nesse diploma foram condensadas medidas de largo espectro, em que incluía a ameaça terrorista, votadas “a proteger a vida e a integridade das pessoas, a paz pública e a ordem democrática contra a criminalidade violenta ou altamente organizada, designadamente sabotagem, espionagem ou terrorismo”²².

²⁰ Artigos 70.º, n.º 1, alínea d), 78.º, n.º 2, alínea d) e 80.º, n.º 1, alínea b), todos da Lei n.º 23/2007, de 4 de julho.

²¹ De acordo com a previsão contida no artigo 16.º, n.º 2, alínea b), da Lei n.º 20/8, que remete para a lei a concretização do regime normativo da “exigência de identificação de qualquer pessoa que se encontre ou circule em lugar público ou sujeito a vigilância policial”.

²² Nos termos da Proposta de Lei na origem do diploma é patente a influência da crescente ameaça terrorista e dos desafios que coloca ao Estado de Direito democrático; o impulso legislativo atendeu a que “o Estado de direito não dispensa, antes supõe, a actividade de segurança interna, desenvolvida de modo permanente no escrupuloso respeito pelas leis e pelo direito», porquanto «sem a garantia efetiva dos direitos e liberdades fundamentais do cidadão e a adequada tutela dos bens da comunidade face aos perigos cada vez mais sofisticados que os ameaçam, a crença no valor e virtude da democracia acabaria por se diluir na consciência social, colocando em risco a base do próprio regime político que o povo português soberanamente adoptou em 1976”, e considerando por outro



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Deve esclarecer-se que não estava em questão no pedido a conformidade constitucional de um dever geral de identificação. O diploma em questão tipificou como medida de polícia a possibilidade de os agentes das forças ou serviços de segurança poderem exigir a identificação de qualquer pessoa que se encontre ou circule em lugar público, aberto ao público ou sujeito a vigilância policial, quando existam razões de segurança interna que o justifiquem, as quais devem ser previamente comunicadas ao identificado.

Tal medida generalizava o procedimento preventivo de identificação previsto no artigo 250.º do Código de Processo Penal, modulado por exigências específicas de prevenção e repressão criminal, e tendo como requisito que sobre o identificando recaiam suspeitas da prática de crimes, da pendência de processo de extradição ou de expulsão, de que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional ou de haver contra si mandado de detenção, o qual havia sido apreciado pelo Tribunal Constitucional. Efetivamente, igualmente em sede de fiscalização abstrata preventiva, o Tribunal pronunciou-se no Acórdão n.º 7/87 sobre a conformidade constitucional de diversas normas do Código de Processo Penal, entre as quais as constantes do artigo 250.º. O Tribunal não se pronunciou pela inconstitucionalidade, admitindo-se que, quando exista suspeita criminal, a identificação coativa, na sua instrumentalidade causal, beneficia e participa ainda do regime das exceções ao direito à liberdade definido no artigo 27.º da Constituição.

O novo problema colocado no pedido apreciado pelo Acórdão n.º 479/94 dirigiu-se especificamente às consequências associadas a uma não identificação, seja por ato voluntário de recusa, seja por impossibilidade material da sua concretização, na medida em que a norma em exame previa, fora dos casos de suspeita criminal, a condução da pessoa a identificar ao posto policial mais próximo e autorizava a respetiva permanência compulsória no mesmo, para tal efeito, durante um máximo de seis horas. Na argumentação do pedido, admitindo-se a constitucionalidade da retenção em posto policial de cidadão insuspeito, para efeitos de identificação policial, questionou-se se o procedimento que se pretendia instituir era constitucionalmente adequado, idóneo a garantir aos visados a tutela efetiva dos seus direitos

lado que “as actividades de segurança interna, sem lei que globalmente as enquadre e discipline, poderiam resvalar com facilidade para arbítrios e excessos que, por serem contrários a valores jurídicos e democráticos elementares, também fomentariam, quiçá sobretudo eles, o descrédito do regime político vigente”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

liberdades e garantias, *máxime* de defesa. Designadamente, interrogou o requerente se as “razões de segurança interna”, justificativas do procedimento de identificação coativa previsto, por não suficientemente determinadas e densas no seu conteúdo, eram compagináveis com o princípio da tipicidade legal das medidas de polícia, que se extrai do artigo 272.º da Constituição, e com a exigência de proporcionalidade na restrição de direitos, liberdades e garantias.

O Tribunal considerou que a matéria relativa à segurança interna, que definiu como “a atividade desenvolvida pelo Estado para garantir a ordem, a segurança e a tranquilidade públicas, proteger pessoas e bens, prevenir a criminalidade e contribuir para assegurar o normal funcionamento das instituições democráticas, o regular exercício dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos e o respeito pela legalidade democrática” encontra acolhimento, embora de forma sumária e indireta, no artigo 272.º da Constituição, a propósito das funções e medidas de polícia, no âmbito das quais atuam como parâmetros de constitucionalidade os princípios da tipicidade e da proibição do excesso.

Assinalando que o sistema vigente na generalidade das ordens jurídicas que nos são próximas “é menos favorável para as entidades policiais do que aquele que agora se intenta instituir no nosso ordenamento, bem se sabendo que a Constituição portuguesa regula a matéria dos direitos fundamentais e dos direitos, liberdades e garantias, por forma particularmente exigente”, por não se acolher o controlo preventivo generalizado, isto é, o controlo independentemente da suspeita da prática de delito, o Tribunal concluiu que o procedimento de identificação então em exame, ditado por meras razões de segurança e fora da existência de uma concreta suspeita de natureza criminal, se traduzia em privação total da liberdade não enquadrável no âmbito das restrições taxativamente elencadas nos n.º 2 e 3 do artigo 27.º da Constituição, sendo por isso inconstitucionais as normas que autorizam um tal procedimento de identificação coativa.

Fundamental para o juízo positivo de inconstitucionalidade foi a duração da privação da liberdade acarretada pela medida. Disse o Tribunal:

« [O] procedimento de identificação a que se reporta o artigo 3º, nº 1, do Decreto sob exame, ao permitir que se imponha aos identificandos, com base em exclusivas razões de segurança interna, uma permanência num posto policial que pode prolongar-se até seis horas, há-de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

considerar-se como uma privação total da liberdade não cabível no quadro das excepções que taxativa e tarifadamente a Constituição prevê.

Tem-se por inaceitável o entendimento de que a privação da liberdade assim verificada possa ser entendida como mera restrição da liberdade, implicando tão só um condicionamento da liberdade ambulatoria dos identificandos autorizado no quadro das restrições consentidas pela Constituição em sede de direitos, liberdades e garantias.

E tem-se por inaceitável, porque a norma sob sindicância na sua "máxima dimensão abstracta" - permanência coactiva até seis horas em posto policial para efeito de identificação por razões de segurança interna - (e só esta aqui importa considerar, sendo de todo irrelevante, dentro da delimitação do objecto do pedido, a consideração de outras hipotéticas dimensões), se traduz manifestamente numa privação da liberdade, numa privação total da liberdade, já que o identificando durante este lapso temporal fica circunscrito ao espaço confinado das instalações de um posto policial, de todo impedido de circular e de livremente se movimentar.»

E, mais adiante:

«A privação da liberdade traduz-se numa perturbação do âmago do direito à liberdade física, à liberdade de alguém se movimentar e circular sem estar confinado a um determinado local, sendo a essência do direito atingida por um determinado tempo (que pode ser, aliás, de duração muito reduzida).

A limitação ou restrição da liberdade (que não implique a sua privação) concretiza-se através de uma perturbação periférica daquele direito mantendo-se no entanto a possibilidade de exercício das faculdades fundamentais que o integram.

É significativo que a previsão do crime de sequestro, de que trata o artigo 160º do Código Penal, seja dirigida contra "quem detiver, prender, mantiver presa ou detida outra pessoa, ou de qualquer forma a privar da sua liberdade" utilizando-se na sua formulação uma terminologia suportada nos conceitos de prisão, detenção, privação e confinamento da liberdade em determinado espaço, extraindo-se de todos eles uma mesma consequência na moldura do respectivo tipo legal de crime, qual seja, a da privação da liberdade do sequestrado.

Pode assim repetir-se que o procedimento de identificação ditado por meras razões de segurança e fora da existência de quaisquer suspeitas de natureza criminal, que conduz ou pode conduzir a uma retenção da pessoa identificada em posto policial até seis horas, se traduz em privação total da liberdade não enquadrável no âmbito das restrições taxativamente elencadas nos artigos 27º, nºs 2 e 3 da Constituição, sendo por isso inconstitucionais as normas que autorizam aquele processo de identificação coactiva»

A decisão contou com diversos votos divergentes, que exprimiram outra visão sobre a relação de tensão em presença. Nas declarações apostas ao Acórdão, considerou-se que a condução coativa a posto policial de cidadão que não se identifiquem não atinge um grau ou intensidade de constrição à liberdade individual que legitime a sua qualificação como privação total da liberdade, não se apresentando desnecessária e desadequada para garantir o direito



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

fundamental à segurança dos cidadãos. Considerou-se, assim, que a medida ainda constituía instrumento constitucionalmente admissível, não sendo desnecessária e desadequada à garantia fundamental dos cidadãos, representando um ponto de harmonização do direito à liberdade e do direito à segurança dos cidadãos garantidos pela Constituição²³.

Pode dizer-se que, não deixando de refletir na sua ponderação o valor constitucional da segurança, o Tribunal exerceu um controlo exigente sobre a proporcionalidade das restrições da liberdade que se reclamavam de uma preocupação de segurança periférica à esfera de prevenção criminal. Um *standard* de controlo que se pode reconduzir, na expressão paradigmática de MICHAEL KIRBY, referindo-se à função da *judicial review* num Estado de Direito democrático perante medidas antiterroristas, como *business as usual*²⁴.

4.2. Acórdão n.º 403/2015: Acesso dos serviços de informações a dados de tráfego de telecomunicações

Mais recentemente, o Tribunal voltou a ser chamado a apreciar, novamente em sede de fiscalização abstrata preventiva, sobre norma que se reclama diretamente da resposta preventiva

²³ Entre os votos de vencidos, há que distinguir os Juízes que, considerando a medida em geral constitucionalmente solvente, consideraram excessivo e merecedor de censura, por violação da segunda parte do artigo 18.º e segunda parte do n.º 2 do artigo 272.º, ambos da Constituição, o segmento que autorizava a retenção para identificação em posto policial até um máximo de seis horas (Juízes Conselheiros Fernando Alves Correia e Bravo Serra) e os Juízes que se afastaram integralmente do juízo de inconstitucionalidade (Juízes Conselheiros Vítor Nunes de Almeida, Messias Bento).

²⁴ “Judicial Review in a time of terrorism – Business as usual”, 2005, <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/NSWJSchol/2007/14.pdf>, onde se lê: “*Business as usual in the courts*: No one doubts that the new dangers are presented to contemporary society by fanatics of all religions; by suicide bomber; and by their access to new and powerful weapons of death and destruction that endangers individuals and frighten peaceful civilian populations. Against such dangers, democratic societies are certainly entitled to protect themselves. But they must do so in accordance with the norms of constitutionalism”. No mesmo sentido, AHARON BARAK, “The Role of a Supreme Court in a Democracy, and the Fight Against Terrorism” 2003, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3693. Para uma visão alargada, TANIA GROPPI, “Il Dialogo Tra corti in materia di antiterrorismo: Strategia giurisprudenziale o convergenza culturale”, in *Politica del Diritto*, Vol XLII, Março 2011, pp. 3-43, FEDERICO FABBRINI, “*Silent enim leges inter arma?* La Corte Supreme degli Stati Uniti e la Corte di Giustizia europea nella lotta al terrorismo”, in *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc. 3, 2009, pp. 591-631, e Frédéric Bernard, “La Cour Européenne des Droits de l’Homme et la lutte contre le terrorisme”, in *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, n.º 105, 2016, pp. 43-59.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

perante ameaças terroristas, numa das suas vertentes relevantes: a produção de informações (*intelligence*).

Tratou-se de norma de diploma que aprovou o Regime Jurídico do Sistema de Informações da República Portuguesa. O pedido do Presidente da República questionou a conformidade constitucional de norma que autorizava o acesso dos oficiais de informações dos serviços de informações da República (SIS e SIED), para efeito, entre outros²⁵, de prevenir o terrorismo e a sua proliferação, a “dados de tráfego, de localização ou outros dados conexos das comunicações, necessários para identificar o assinante ou utilizador ou para encontrar e identificar a fonte, o destino, a duração e o tipo de comunicação, bem como para identificar o equipamento de telecomunicações ou a sua localização”. Como requisitos, impunha-se que tais *dados de tráfego*, fossem “necessários, adequados e proporcionais, numa sociedade democrática, para cumprimento das atribuições legais dos serviços de informações”, estando o ato dependente da autorização prévia e obrigatória de um órgão administrativo a criar – Comissão de Controlo Prévio -, ao qual deveria ser formulado pedido devidamente fundamentado.

Subjacente à iniciativa legislativa, no seu conjunto, encontrava-se a reunião num único documento de regulações até aí dispersas em vários instrumentos legislativos, a atualização do regime do sistema de informações e a sua adequação às exigências que se fazem incidir no presente com maior acuidade no plano internacional na obtenção de informações sobre ameaças transnacionais. Invocou-se em especial a Estratégia Nacional de Combate ao Terrorismo, aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 7-A/2015, de 20 de fevereiro, e a necessidade de alinhamento com “a maior parte dos Estados-Membros da União Europeia no domínio do acesso a dados conservados pelas operadoras de telecomunicações”, considerando-se que o acesso autorizado se encontrava no âmbito de proteção sobre *dados pessoais* conferido pelo artigo 35.º da Constituição, e não da proibição da ingerência nas telecomunicações contida no n.º 4 do artigo 34.º da Constituição, salvo nos casos previstos na lei em matéria de processo criminal.

²⁵ A norma previa ainda a atuação no âmbito da espionagem, a criminalidade altamente organizada de natureza transnacional e a prática de atos que, pela sua natureza, possam alterar ou destruir o Estado de direito democrático constitucionalmente estabelecido.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Não colocando em causa o mérito e a necessidade do regime, o Requerente colocou fundamentalmente duas questões: (i) saber se, ainda que “justificada pelas novas ameaças à segurança nacional”, deve o acesso aos “*metadados*” considerar-se uma ingerência nas telecomunicações para os efeitos previstos na norma do n.º 4 do artigo 34.º da Constituição; (ii) saber se a autorização prévia e obrigatória da Comissão de Controlo Prévio, pela sua composição – três magistrados judiciais, designados pelo Conselho Superior da Magistratura, de entre Juízes Conselheiros do Supremo Tribunal de Justiça, com, pelo menos três anos de serviço nessa qualidade -, equivale ao controlo existente no processo criminal.

No que respeita à primeira interrogação do Requerente, relativa à natureza e caracterização dos dados cujo acesso era autorizado, o Tribunal afastou o relevo para a questão jurídico-constitucional da sua categorização informacional como *metadados*, enquanto *dados sobre dados*, por oposição aos *dados de conteúdo* das comunicações (escritas ou de voz), reconduzindo-os antes ao conceito de *dados de tráfego* tal como normativamente acolhidos no ordenamento nacional, por transposição de regulação da União Europeia²⁶, sobre os quais o Tribunal já se havia pronunciado nos Acórdãos n.º 241/2002 e 486/2009. E, em linha com essa jurisprudência, acentuou-se o relevo que o acesso a tais dados comporta face a valores fundamentais constitucionalmente tutelados, como o direito à reserva da vida privada e o direito à autodeterminação comunicativa:

«O acesso aos dados das comunicações efetivamente realizadas ou tentadas põe em causa direitos fundamentais das pessoas envolvidas no ato comunicacional. E não é apenas a invasão ou intromissão no conteúdo informacional veiculado pelos meios de transmissão (*dados de conteúdo*), que os afetam, mas também as circunstâncias em que a comunicação foi realizada (*dados de tráfego*).

Com efeito, mesmo que não haja acesso ao conteúdo, a interconexão entre dados de tráfego pode fornecer um perfil complexo e completo da pessoa em questão – com quem mais conversa, que lugares frequenta, quais os seus horários, etc. A verdade é que, como refere Costa Andrade, «no seu conjunto, os dados segregados pela comunicação e pelo sistema de telecomunicações se revelam, muitas vezes, mais significativos que o próprio conteúdo da comunicação em si. O que, de resto, bem espelha o interesse com que, reconhecidamente, a investigação criminal procura maximizar a recolha de *dados ou circunstâncias da comunicação*, também referenciados como *dados de tráfego*» (cfr. Bruscamente no verão passado – A Reforma do Código de Processo Penal”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 137.º, julho-agosto 2008, pág. 338).

²⁶ Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, que transpõe a Diretiva n.º 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho, alterada pela Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Isto mostra claramente que a manipulação ilegal ou ilegítima do conteúdo e das circunstâncias da comunicação pode violar a *privacidade* dos interlocutores intervenientes, atentando ou pondo em risco esferas nucleares das pessoas, das suas vidas, ou dimensões do seu modo de ser e estar. De sorte que a possibilidade de se aceder aos dados das comunicações colide com um conjunto de valores associados à *vida privada* que fundamentam e legitimam a proteção jurídico-constitucional.»

E, detendo-se sobre a área de proteção do sigilo das comunicações garantido pelo n.º 4 do artigo 34.º da Constituição, concluiu o Tribunal no sentido de que nela se incluía o acesso comportado na norma em análise, integrando os dados de tráfego o conceito de comunicações constitucionalmente relevante para a proibição de ingerência imposta pela Constituição a todas as autoridades públicas²⁷.

Por seu turno, a segunda questão do Requerente – saber se a autorização prévia e obrigatória por um órgão autónomo equivale ao controlo existente no processo criminal – obteve resposta negativa, radicada essencialmente em duas premissas: (i) nos termos constitucionais, “a preferência abstrata pelo valor da segurança em prejuízo da privacidade das comunicações só pode valer em matéria de processo penal”; (ii) o procedimento cometido à Comissão de Controlo Prévio, independentemente da sua composição, não oferecia garantias assimiláveis às que conformam constitucionalmente o processo criminal.

Relativamente ao parâmetro do n.º 4 do artigo 34.º, e às restrições ao direito à inviolabilidade das comunicações constitucionalmente admitidas, apoiado na jurisprudência produzida relativamente a diversos âmbitos materiais, distintos do plano criminal²⁸, entendeu o Tribunal que a compressão da norma de garantia só pode ser feita nos termos da lei e em matéria de processo penal:

«Ao definir o campo de incidência da lei restritiva do direito à inviolabilidade das comunicações pela “matéria de processo criminal” a Constituição ponderou e tomou posição (em parte) sobre o conflito entre os bens jurídicos protegidos por aquele direito fundamental e os valores comunitários, especialmente os da segurança, a cuja realização se dirige o processo penal. Não obstante as restrições legais ao direito à inviolabilidade das comunicações que o legislador está autorizado a estabelecer deverem obedecer à ponderação do princípio da proporcionalidade, a *preferência abstrata* pelo valor da

²⁷ Entendimento, como se refere no Acórdão, com largo consenso doutrinário e jurisprudencial.

²⁸ Trata-se dos Acórdãos n.º 241/2002, 198/85, 407/97, 70/2008, 486/2009 e 699/2013.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

segurança em prejuízo da privacidade das comunicações *só pode valer em matéria de processo penal*. É que a não inclusão de outras matérias do âmbito da restrição do direito à inviolabilidade das comunicações, não é contrária ao plano ordenador do sistema jurídico-constitucional. Ainda que se pudesse considerar, em abstrato, que há outras matérias em que o valor da segurança sobreleva os valores próprios do direito à inviolabilidade das comunicações, a falta de cobertura normativa da restrição em matérias extraprocessuais não frustra as intenções ordenadoras do atual sistema, porque há razões político-jurídicas que estão na base da abstenção do legislador constitucional.»

Desse modo, e não se inscrevendo a atividade de acesso aos dados de tráfego pelos serviços de informações no âmbito da investigação criminal, porque meramente preventiva, integrando-se antes nas medidas de polícia administrativa previstas pelo legislador constitucional no artigo 272.º, concluiu o Tribunal que a autorização em apreço era merecedora de censura constitucional. Por outro lado, fundamentando igualmente o juízo de inconstitucionalidade, considerou-se o procedimento em questão não estabelecia com suficiente determinação quais os casos ou circunstâncias em que a referida Comissão podia conceder autorização de acesso aos dados, nem estabelecia com clareza quais as garantias dos visados no que toca à duração de acesso ou à eliminação dos dados. Nas palavras do Acórdão n.º 403/2015: “(...) a ingerência nos dados de comunicação não tem, no presente contexto, lugar num procedimento que dê garantias e faculdades de proteção de alcance assimilável àquelas que conformam constitucionalmente o processo criminal. Assim, as razões que justificaram a exceção expressamente mencionada no n.º 4 do artigo 34.º da CRP, que se prendiam, precisamente, com as específicas garantias existentes em processo criminal, não se verificam no presente caso.”

A pronúncia de inconstitucionalidade que se vem de enunciar não colheu unanimidade no Tribunal; dela seja afastaram dois dos juízes, exprimindo visões divergentes sobre o problema e a convivência adequada entre liberdade individual e segurança coletiva, que interessa assinalar.

A Juíza Conselheira Maria Lúcia Amaral, ainda que acompanhando o juízo de censura constitucional pelas razões da falta de precisão necessária na definição dos limites da intervenção administrativa na liberdade individual, de modo a prevenir ou evitar intromissões abusivas, considerou que a existência de Serviços de Informações da República, num Estado de direito democrático, é justificada “pela necessidade de salvaguardar bens jurídicos, coletivos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

e individuais, que ocupam na axiologia constitucional um lugar não menor que os bens tutelados por normas penais incriminadoras”, não comportando, porém a sua atuação, pela natureza mesma desses serviços, uma ameaça lesiva da liberdade individual que seja, pela sua intensidade, equiparável àquela que emerge, inevitavelmente, da aplicação das normas de processo criminal. Assim, e havendo afinidade valorativa ou teleológica entre as finalidades prosseguidas pelos serviços de informação e as normas penais incriminadoras, haveria que concluir que a autorização constitucional para restringir a inviolabilidade das telecomunicações em “matérias de processo criminal” se estenderia, por maioria de razão, aos Serviços de Informações da República.

O Juiz Conselheiro José António Teles Pereira, vencido quanto ao juízo de inconstitucionalidade, exprimiu as razões do seu voto na consideração de que os serviços de informação participam no que se pode designar como “proteção administrativa da Constituição”, assumindo essa função de defesa da ordem constitucional e da democracia através da produção de informações sobre condutas individuais ou coletivas que contenham o risco de evoluírem para a prática de condutas penalmente típicas, referenciáveis aos valores estruturantes do Estado de direito democrático, em particular o terrorismo, a espionagem e outros dos crimes contra o Estado. A partir desse entendimento, considerou que o acesso aos dados de tráfego pelos oficiais de informações dos serviços de informações, constitui ingerência nas telecomunicações permitida pela norma constitucional do n.º 4 do artigo 34.º da Constituição, devendo a exceção à proibição ali consagrada ser interpretada por forma a incluir a atividade daqueles serviços ao lado da investigação criminal. Mais considerou, por outro lado, que o mecanismo de controlo concreto da necessidade, adequação e proporcionalidade do acesso a tais dados assume, no contexto da função de produção de informações, proximidade axiológica ao controle cometido ao juiz no processo penal.

Refira-se que foi posteriormente aprovada e se encontra em vigor a Lei Orgânica n.º 4/2017, de 25 de agosto, que aprovou e regulou o procedimento especial de acesso a dados de telecomunicações e internet por oficiais de informações do Serviço de Informações de Segurança e do Serviço de Informações Estratégicas da Defesa, encontrando-se pendente de apreciação no Tribunal Constitucional pedido de fiscalização abstrata sucessiva formulado por 35 deputados, requerendo a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral das



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

normas dos artigos 3.º e 4.º do diploma – onde se prevê o acesso dos oficiais de informações a “dados de base e de localização de equipamento” e “dados de tráfego” -, por violação do n.º 4 do artigo 34.º da Constituição.

4.3. Terrorismo e a antecipação da tutela penal

A ausência de colocação à apreciação do Tribunal Constitucional de normas substantivas ou adjetivas que traduzam ou comportem específicas medidas antiterroristas, naturalmente não permite extrair uma tendência da jurisprudência constitucional na matéria.

Não significa isso que não seja problematizada a conformidade constitucional de algumas de alguma dos instrumentos de confronto do fenómeno que foram sendo sucessivamente introduzidos na ordem jurídica portuguesa.

São muitas as vozes que questionam, face aos princípios da culpa e da legalidade, a legitimidade da punição dos atos preparatórios e a antecipação de tutela comportada na construção dos tipos objetivos de ilícito, cuja justificação reclama a ideia de que o desafio que representa o terrorismo não se pode afrontar apenas reagindo aos crimes praticados e aos perigos produzidos: a luta contra o terrorismo será pouco mais do que inócua se não assentar, previamente, numa aturada investigação dirigida às estruturas que o suportam e alimentam, que existem e subsistem antes da criação de qualquer perigo concreto ou mesmo de qualquer facto criminalmente ilícito.

Ideia a que é contraposta a consideração que a semântica da prevenção, ao aspirar ao domínio total do risco e à maximização do conhecimento (pois a prevenção tem a medida do conhecimento, crescendo em eficácia com o alargamento, densificação e consistência da informação que for colhida), conduzirá à ultrapassagem de antigas fronteiras da função policial, muito para além da clássica prevenção de perigos. Ao ponto de poder criar - alerta-se - um novo paradigma das relações ente segurança e liberdade, assente num peso cada vez maior da ação de polícia através da recolha generalizada de informação, dispensando a necessidade de pontos de contacto com situações de perigo concreto, e atuando à margem do processo penal e da salvaguarda das irrenunciáveis garantias do Estado de Direito que lhe estão associadas.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Não havendo naturalmente que antecipar nesta sede e momento todas as questões jurídico-constitucionais que se podem suscitar perante as normas vigentes, mormente em face da estrutura típica das infrações instituídas, importa de todo o modo referir o lastro jurisprudencial existente em matéria de criação de crimes de perigo abstrato, com a vantagem de a decisão que marcou a orientação jurisprudência na matéria – o Acórdão n.º 426/91 - ter sido proferida no âmbito de outra ameaça de forte danosidade e alcance transnacional, suscitando reações mais repressivas: o tráfico de estupefacientes.

Disse então o Tribunal, doutrina seguida em outras decisões (por exemplo nos Acórdãos n.ºs 95/2011, 595/2008, 319/2012 e 105/2015), que a legitimidade constitucional das normas que instituem crimes de perigo depende do cumprimento pelo legislador de certos requisitos: que o bem jurídico tutelado seja identificável e de grande importância; que a conduta proibida seja descrita de forma precisa; e que se trate de uma conduta inequivocamente perigosa para o bem jurídico. Na expressão do Acórdão n. 426/91: “A constitucionalidade de uma norma que preveja um crime de perigo - e, sobretudo, um crime de perigo abstrato – deve ser julgada, em primeiro lugar, à luz do princípio da necessidade das penas e das medidas de segurança, implicitamente consagrado no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição. Com efeito, em relação às incriminações de perigo (e, especialmente, às de perigo abstrato), sempre se poderá entender que não é indispensável a imposição dos pesados sacrifícios resultantes da aplicação de penas e de medidas de segurança, visto que não está em causa, tipicamente, a efetiva lesão de qualquer bem jurídico. A imposição de penas e de medidas de segurança implica evidentemente, uma restrição de direitos fundamentais, como o direito à liberdade e o direito de propriedade, que é indispensável justificar ante o disposto no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição. Assim, uma tal restrição só é admissível se visar proteger outros direitos fundamentais e na medida do estritamente indispensável para esse efeito”.