

Foro de Actualidad

Portugal

“BURN AFTER READING”: A APREENSÃO DE E-MAILS E COMUNICAÇÕES DE NATUREZA SEMELHANTE EM PROCESSO-CRIME E EM PROCESSO CONTRAORDENACIONAL

Nuno Salazar Casanova y Madalena Afra Rosa

Abogados del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Lisboa)

“Burn after reading”: A apreensão de e-mails e comunicações de natureza semelhante em processo-crime e em processo contraordenacional

Num recente Acórdão, o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade de novas normas da Lei do Cibercrime nas quais se propunha a possibilidade da apreensão de mensagens de correio eletrónico autorizada e ordenada pelo Ministério Público, em processo penal, sem controlo prévio do juiz de instrução. Está, atualmente, em discussão na Assembleia da República, a transposição da Diretiva ECN+, na qual se prevê a competência das autoridades nacionais da concorrência para realizarem inspeções a todas as formas de correspondência, incluindo mensagens eletrónicas.

PALAVRAS-CHAVE:

PROCESSO PENAL, PROCESSO CONTRAORDENACIONAL, APREENSÃO DE CORRESPONDÊNCIA, MENSAGENS DE CORREIO ELETRÓNICO, CONCORRÊNCIA, DIRETIVA ECN+.

Burn after reading: the Seizure of E-Mails and Communications of a Similar Nature in Criminal Proceedings and Administrative Offences

In a recent ruling, the Portuguese constitutional court held that the new amendment to the Law on Cybercrime, which stipulates that in criminal proceedings the public prosecutor may authorise and order the seizure of electronic messages, without prior judicial oversight, was unconstitutional. In addition, the Portuguese parliament is currently debating the transposition of the ECN+ Directive, which provides for the power of national administrative competition authorities to conduct all necessary unannounced inspections to any form of correspondence, including electronic messages.

KEYWORDS:

CRIMINAL PROCEEDINGS, SANCTIONING PROCEDURES, SEIZURE OF CORRESPONDENCE, ELECTRONIC MESSAGES, COMPETITION, ECN+ DIRECTIVE.

FECHA DE RECEPCIÓN: 28-11-2021

FECHA DE ACEPTACIÓN: 30-11-2021

Casanova, Nuno Salazar; Rosa, Madalena Afra (2021). "Burn after reading": A apreensão de e-mails e comunicações de natureza semelhante em processo-crime e em processo contraordenacional. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 57, pp. 103-115 (ISSN: 1578-956X).

1. Introdução

Nos últimos anos, a admissibilidade e constitucionalidade da apreensão de mensagens de correio eletrónico em processo penal e em processo de contraordenação e a sua utilização como meio de prova tem suscitado acesa discussão nos tribunais judiciais. No entanto, este tema ganhou atualmente especial relevância face a uma recente — e importante — decisão do Tribunal Constitucional e também à luz dos trabalhos parlamentares que decorrem no âmbito da transposição da Diretiva ECN+.

A Constituição estabelece expressamente, no n.º 4 do artigo 34.º, que é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvo os casos previstos na lei em matéria de processo criminal. É, por isso, ponto assente que nos processos de contraordenação não é admitida qualquer interferência na correspondência, telecomunicações e demais meios de comunicação. Mas, como invariavelmente sucede, têm sido sustentadas interpretações distintas que conduzem a resultados diametralmente opostos: para uns, a apreensão de e-mails recebidos e abertos não se deve considerar uma ingerência na correspondência, mas apenas e tão só a apreensão de meros documentos; para outros, a proibição da ingerência na correspondência deve limitar-se à correspondência pessoal e já não profissional; para outros ainda, a distinção entre e-mails fechados ou abertos, pessoais ou profissionais, não faz sentido, sendo toda ela proibida salvo nos termos expressamente previstos no processo penal.

Para além destas dúvidas, que se mantêm e que não mereceram ainda jurisprudência uniformizada, o legislador tem sido pressionado a flexibilizar este regime e a ser cada vez menos exigente com estas garantias constitucionais — por muitos consideradas um resquício histórico do rescaldo de uma ditadura, sem lugar numa sociedade moderna e globalizada — por forma a tornar mais eficaz quer o processo penal quer o cada vez mais ubíquo e insaciável processo contraordenacional. A facilitação do recurso às escutas e à apreensão de e-mails e mensagens é vista não raras as

vezes como o remédio providencial para a crescente sofisticação dos crimes e infrações e o antídoto para a falta de resultados em prazos adequados. Entre a pressão de alguma magistratura (mais justiceira do que nunca), dos reguladores (entretanto promovidos a todo-poderosos agentes políticos desonerados de prestar a contas a pretexto da sua putativa independência), dos políticos populistas e da opinião pública em geral (sedenta de sangue), para dotar as autoridades de mais amplos poderes de investigação, por um lado, e a defesa intransigente de princípios e valores constitucionais que têm alicerçado a nossa democracia, por outro, encontra-se assim sob enorme tensão o processo legislativo de transposição da Diretiva (UE) 2019/1 (Diretiva ECN+). Isto porque esta Diretiva prevê que os Estados-membros assegurem que as autoridades administrativas nacionais da concorrência estejam em condições de realizar todas as inspeções necessárias (artigo 6.º), sendo que nos termos do Considerando 32 da Diretiva tal inclui a competência para examinar todas as formas de correspondência, incluindo mensagens eletrônicas, independentemente de parecerem não terem sido lidas ou de terem sido apagadas. Se a transposição desta diretiva obriga a que a Autoridade da Concorrência possa apreender e-mails e outras mensagens eletrônicas, ainda que não lidas, como é que isso se compatibiliza com o referido artigo 34.º da Constituição, que não permite qualquer ingerência na correspondência em processo contraordenacional?

2. O regime legal da apreensão de mensagens de correio eletrónico e comunicações de natureza semelhante em processo criminal

A Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro (Lei do Cibercrime) determina, no seu artigo 17.º, sob a epígrafe "*Apreensão de correio eletrónico e registos de comunicações de natureza semelhante*" que o juiz pode autorizar ou ordenar, por despacho, a apreensão de mensagens de correio eletrónico ou registos de comunicações de natureza semelhante que forem encontrados no decurso de qualquer pesquisa informática e que se afigurem ser de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova. À apreensão de correio eletrónico neste termos aplica-se o correspondente regime geral da apreensão de correspondência previsto no Código de Processo Penal. Portanto, para a Lei do Cibercrime, o correio eletrónico é equiparado a correspondência, beneficiando, por isso, do mesmo grau de proteção que é concedido à correspondência.

Por sua vez, o regime previsto no Código de Processo Penal para a apreensão de correspondência encontra-se disciplinado no artigo 179.º e faz depender tal apreensão da autorização ou determinação do juiz. Nesta linha, o artigo 179.º do Código de Processo Penal dispõe que a apreensão, mesmo nas estações de correios e de telecomunicações, de cartas, encomendas, valores, telegramas ou qualquer outra correspondência deve ser autorizada ou ordenada por despacho judicial.

Como fundamento da sua decisão de apreensão de correspondência, o juiz deverá considerar existirem fundadas razões para crer que estão preenchidos os seguintes requisitos delimitados na lei: (a) a correspondência ter sido expedida pelo suspeito ou ser-lhe dirigida, mesmo que sob nome diverso ou através de pessoa diversa; (b) estar em causa crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a três anos; e (c) a diligência revelar-se de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova.

Nos termos da lei processual penal, caso o juiz autorize ou ordene a diligência de apreensão de correspondência, será o juiz o primeiro a tomar conhecimento do conteúdo da correspondência apreendida. A correspondência apenas será junta ao processo se o juiz a considerar relevante para a prova.

Apesar de se ter inicialmente levantado a questão da relevância da distinção entre a correspondência aberta ou fechada, esta discussão tem vindo a perder atualidade, não tendo, presentemente, qualquer acolhimento legal. Com efeito, nem o artigo 17.º da Lei do Cibercrime, nem o Código de Processo Penal distinguem entre a correspondência ou mensagem de correio eletrónico aberta ou já lida e a correspondência fechada ou não lida. Assim, o regime da apreensão de correspondência previsto na lei processual penal dever-se-á aplicar às mensagens eletrónicas, independentemente da mensagem ter ou não sido aberta ou lida pelo seu destinatário¹.

Toda a correspondência apreendida em violação destas regras constitui prova proibida e nula, nos termos e para os efeitos do artigo 126.º, n.º 3, do Código de Processo Penal.

3. O Decreto n.º 167/XIV e as alterações à Lei do Cibercrime

Na sequência da iniciativa legislativa do Governo, foi aprovado pela Assembleia da República o Decreto n.º 167/XIV, o qual veio promover um conjunto de alterações ao Código Penal, ao Código de Processo Penal e à Lei do Cibercrime, com o propósito de proceder à transposição para a ordem jurídica interna da Diretiva (EU) 2019/713, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, relativa ao combate à fraude e à contrafação de meios de pagamento que não em numerário.

Contudo, como referido na Exposição de Motivos da Proposta de Lei do Governo que esteve na base do referido Decreto, ainda que se trate de um aspeto não respeitante à transposição desta Diretiva, aproveitou-se a oportunidade para alterar também o artigo 17.º da Lei do Cibercrime, com a justificação de que o seu *"teor tem gerado conflitos jurisprudenciais que prejudicam a economia processual e geram dúvidas desnecessárias"*, tendo o ajustamento deste normativo *"como propósito clarificar o modelo de apreensão de correio eletrónico e da respetiva validação judicial"*.

Para o efeito, segundo a nova redação do artigo 17.º da Lei do Cibercrime, foi desenhado um regime inovador, próprio e autónomo para a apreensão de mensagens de correio eletrónico ou de natureza similar, diverso do regime previsto no Código de Processo Penal para a apreensão de correspondência.

Por um lado, de acordo com a alteração proposta ao artigo 17.º da Lei do Cibercrime, estava prevista a possibilidade de apreensão, pela autoridade judiciária competente — o Ministério Público —, de mensagens de correio eletrónico ou de natureza semelhante que tivessem sido encontradas no decurso de uma pesquisa informática ou de outro acesso legítimo a um sistema informático e que fossem necessárias à produção de prova, tendo em vista a descoberta da verdade.

Nos termos desta alteração ao artigo 17.º da Lei do Cibercrime, estava, ainda, autorizada a realização, pelos órgãos de polícia criminal, de apreensões de mensagens de correio eletrónico ou de natureza semelhante, sem prévia autorização, se as mensagens fossem encontradas no decurso de uma pesquisa informática legitimamente ordenada e executada. Os órgãos de polícia criminal poderiam igualmente apreender mensagens de correio eletrónico ou de natureza semelhante quando existisse urgência ou perigo na demora, exigindo-se que a apreensão fosse confirmada pela autoridade judiciária no prazo máximo de 72 horas.

Por outro lado, depois de analisar o conteúdo das mensagens de correio eletrónico ou de natureza similar apreendidas, previu-se que o Ministério Público deveria apresentar ao juiz as mensagens cuja apreensão tivesse ordenado ou validado e que considerasse serem de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova. Recebidas as mensagens apreendidas pelo Ministério Público, o juiz deveria ponderar a sua junção aos autos tendo em conta os interesses do caso concreto.

Após ter recebido este Decreto para promulgação, o Presidente da República submeteu-o à apreciação do Tribunal Constitucional, para fiscalização abstrata preventiva da constitucionalidade desta modificação introduzida ao artigo 17.º da Lei do Cibercrime, que fora proposta pelo Decreto em apreço.

4. O acórdão do Tribunal Constitucional n.º 687/2021 e a declaração de inconstitucionalidade da alteração ao artigo 17.º da Lei do Cibercrime

Por Acórdão n.º 687/2021, proferido em 30 de Agosto de 2021, o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade da alteração ao artigo 17.º da Lei do Cibercrime, prevista no artigo 5.º do Decreto n.º 167/XIV da Assembleia da República, por violação dos direitos fundamentais à reserva da intimidade da vida privada, à inviolabilidade da correspondência e das comunicações, à proteção dos dados pessoais no âmbito da utilização da informática, consagrados, respetivamente, nos artigos 26.º, n.º 1, 34.º, n.º 1, e 35.º, n.ºs 1 e 4, da Constituição, em conjugação com o princípio da proporcionalidade, previsto no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, e com as garantias constitucionais de defesa em processo criminal, previstas no artigo 32.º, n.º 4, da Constituição.

Na decisão proferida pelo Tribunal Constitucional, que julgou inconstitucional a norma que previa a apreensão, pela autoridade judiciária competente em processo penal, de mensagens de correio eletrónico ou de natureza semelhante, realçamos quatro aspetos essenciais.

Em primeiro lugar, como sintetizado pelo Tribunal Constitucional, com recurso a jurisprudência constitucional anterior sobre o direito fundamental à inviolabilidade da correspondência e das comunicações, *“o artigo 34.º da Constituição tem por propósito consagrar e proteger o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, ou seja, e prima facie, a liberdade de manter uma esfera de privacidade e sigilo, livre de interferência e ingerência estadual, quer no que respeita ao domicílio, quer — sendo esta a dimensão relevante para o caso sub iudice — quanto*

à comunicação. É, aliás, entendimento doutrinal sedimentado que o âmbito de proteção da norma constitucional abrange todos os meios de comunicação individual e privada, e toda a espécie de correspondência entre pessoas, em suporte físico ou eletrónico, incluindo não apenas o conteúdo da correspondência, mas o tráfego como tal (espécie, hora, duração, intensidade de utilização), excluindo-se apenas a categoria residual de dados pessoais, isolados de qualquer processo de comunicação, efetivo ou tentado." (cfr. Acórdão TC n.º 464/2019).

Em segundo lugar, o Tribunal Constitucional destaca que não é evidente se as novas regras para a apreensão de mensagens de correio eletrónico se aplicam apenas a comunicações já realizadas e concluídas, ou se também se aplicam a comunicações ainda em curso. De facto, as normas do novo artigo 17.º da Lei do Cibercrime, propostas pelo Decreto n.º 167/XIV, não fazem qualquer distinção entre a natureza aberta ou fechada das mensagens eletrónicas.

Como já referido, nem a Constituição, nem o Código de Processo Penal fazem tal distinção. Nesta medida, será irrelevante saber — e, em qualquer caso, será muito difícil ou pouco seguro de asseverar — se o e-mail foi aberto ou lido pelo seu destinatário.

Para fugir às dificuldades técnicas e à possibilidade de equívocos que a diferenciação entre o correio lido e não lido pelo destinatário comporta, tem-se caminhado para uma disciplina tendencialmente unitária da apreensão de correio eletrónico em processo penal. Assim, como resulta do Acórdão, a distinção entre o correio eletrónico aberto e o correio eletrónico fechado para efeitos de correspondência está ultrapassada e é, hoje, crescentemente rejeitada.

Em terceiro lugar, como sublinhado no Acórdão pelo Tribunal Constitucional, a Constituição consagra, no artigo 34.º, uma reserva absoluta do processo penal, ao limitar uma possível ingerência das autoridades públicas nos meios de comunicação ao processo criminal, sendo este *"o único domínio da vida comunitária em que o legislador constituinte entendeu haver fundamento bastante para permitir restrições legais e intervenções restritivas por parte das autoridades públicas"*.

Em quarto lugar, o Acórdão refere, ainda, que a Constituição dá indicações claras, no seu artigo 32.º, n.º 4, no sentido de que é o juiz que tem competência exclusiva, não delegável, para praticar os atos de instrução que se prendam diretamente com os direitos fundamentais.

Ou seja, a própria Constituição impõe que, qualquer restrição aos direitos fundamentais ao sigilo da correspondência e dos outros meios de correspondência privada, à proteção dos dados pessoais informáticos, e à privacidade, em processo criminal, deverá ser autorizada pelo juiz. A decisão sobre a apreensão de correspondência física ou eletrónica será um desses casos.

Como reconhece o Tribunal Constitucional, o Ministério Público e o juiz de instrução têm, à luz da Constituição e da lei, natureza e funções substancialmente distintas. Nas palavras do Acórdão em apreço, *"considerando o impressivo e distinto retrato do juiz e do Ministério Público que resulta do texto constitucional e das disposições legais aplicáveis — vistos os seus diferentes estatutos e poderes — parece incontornável reconhecer que a intervenção judicial constitui uma garantia adicional de ponderação dos direitos e liberdades atingidos no decurso da investigação criminal"*.

A intervenção prévia do juiz de instrução será a que permitirá assegurar, com maior segurança, que a afetação dos direitos fundamentais com a apreensão de mensagens de correio eletrónico ou de natureza semelhante se limitará ao mínimo indispensável, na medida em que o juiz desempenha as suas funções em condições de estrita independência e a quem é exigida uma atuação imparcial e isenta, não podendo estar sujeito a quaisquer ordens ou instruções.

Assim, o Tribunal Constitucional não viu razões suficientes para afastar a intervenção prévia do juiz de instrução nos atos de apreensão de correio eletrónico ou similar, na fase de inquérito.

Como tal, a nova redação do artigo 17.º da Lei do Cibercrime não poderá satisfazer as exigências de excecionalidade, necessidade e proporcionalidade que deverão ser respeitadas pelas leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, por força do disposto no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, pelo que se concluiu, no Acórdão, pela inconstitucionalidade daquela norma.

5. A apreensão de correio eletrónico em processo contraordenacional e o caso particular da lei da concorrência

A propósito da apreensão de correio eletrónico, é pertinente tecer breves comentários sobre o regime da apreensão de mensagens de correio eletrónico em sede de processo contraordenacional.

Como já sublinhado, nos termos do n.º 4 do artigo 34.º da Constituição, as ingerências das autoridades públicas na correspondência ou nas telecomunicações apenas serão admitidas em processo criminal. Como consta do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, a lei apenas pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo tais restrições limitar-se ao estritamente necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Como tal, qualquer restrição ao direito ao sigilo da correspondência ou de outros meios de comunicação privada imposta em qualquer outra sede — como em processo contraordenacional, administrativo ou civil —, será ilegal e desconforme à Constituição.

Deste modo, no âmbito de um processo contraordenacional, a apreensão de correspondência, assim como de mensagens de correio eletrónico, fica absolutamente vedada à autoridade administrativa competente. Nesta mesma linha, o artigo 42.º, n.º 1, do Regime Geral das Contraordenações estatui que, em processo contraordenacional, não é permitida a intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicação.

Como destacado por Simas Santos e Lopes de Sousa², *“estas restrições (...) derivam da ponderação entre os valores jurídicos afetados por tais meios probatórios e os interesses em jogo em matéria contra-ordenacional que, por serem de menor relevância que os protegidos pelo direito criminal, não justificam a restrição dos direitos constitucionais que a proteção dos valores protegidos pelo direito criminal pode justificar”*.

Posto isto, poder-se-á defender que a regra prevista no artigo 20.º da Lei da Concorrência configura uma norma especial e diferenciada do regime plasmado no Regime Geral das Contraordenações. Segundo o disposto no artigo 20.º da Lei da Concorrência, em sede de processo de contraordenação, as apreensões de documentos, *independentemente da sua natureza ou do seu suporte*, poderão ser autorizadas, ordenadas ou validadas por despacho da autoridade judiciária.

Repare-se que a Lei da Concorrência alude, apenas, a documentos e não a correspondência ou a correio eletrónico. Como é evidente, se a lógica do legislador fosse a de que neste conceito de *"documentos, independentemente da sua natureza ou do seu suporte"* se incluíam as mensagens de correio eletrónico ou de natureza semelhante, teria feito essa referência expressa, como, aliás, faz a Lei do Cibercrime.

A este propósito, não deixaremos de sublinhar que, no Parecer apresentado pela Autoridade da Concorrência sobre a Proposta de Lei que deu lugar à atual Lei da Concorrência, foi sugerida, na redação da norma sobre a apreensão de documentos, uma extensão da noção de *"documentos"*, de forma a incluir especificadamente a documentação armazenada em ficheiros informáticos e em caixas de correio eletrónico. No entanto, esta redação não foi adotada pelo legislador, não constando da versão final do artigo 20.º da Lei da Concorrência. Nesta linha, a expressão *"independentemente da sua natureza ou do seu suporte"* tem, necessariamente, de ser lida à luz das proibições de prova que se aplicam no processo contraordenacional, sob pena de se incorrer numa interpretação inconstitucional.

Como é evidente, uma interpretação literal deste normativo, no sentido de permitir a apreensão de correio eletrónico no âmbito de um processo contraordenacional, é manifestamente inconstitucional, por violação expressa do direito à inviolabilidade da correspondência e dos outros meios de comunicação privada. Muito menos se admitiria que a apreensão de correio eletrónico fosse autorizada por mero despacho da autoridade judiciária, sem que fosse exigida a autorização e controlo prévios do tribunal, com o mesmo fundamento.

6. A Diretiva n.º 2019/1/EU e a sua futura transposição para o ordenamento jurídico português

Ainda sobre o tema da apreensão de mensagens de correio eletrónico em processo contraordenacional, cumpre fazer referência à Proposta de Lei n.º 99/XIV/2.^a, que altera a Lei da Concorrência e transpõe a Diretiva (UE) 2019/1, também conhecida como Diretiva ECN+, que visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados-Membros competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno, e se encontra, atualmente, em discussão na Assembleia da República.

Entre as alterações que se sugerem introduzir à Lei da Concorrência destaca-se o reforço dos poderes de investigação e de decisão da Autoridade da Concorrência. Segundo a nova redação do artigo 18.º da Lei da Concorrência, que resulta desta Proposta de Lei e decorre da transposição do artigo 6.º da Diretiva, é prevista, de forma inovatória, a possibilidade da Autoridade da Concorrência, no exercício de poderes sancionatórios de natureza contraordenacional, proceder

à busca, exame, recolha e apreensão ou cópia, sob qualquer forma, de informações ou dados, em qualquer formato, físico ou digital, designadamente, mensagens de correio eletrónico ou de natureza semelhante, independentemente de parecerem não ter sido lidas ou de terem sido apagadas.

A ideia por detrás desta proposta seria precisamente a de transpor os termos do Considerando 32 da Diretiva segundo o qual as autoridades nacionais devem ter a competência para examinar todas as formas de correspondência, incluindo mensagens eletrónicas, independentemente de parecerem não ter sido lidas ou de terem sido apagadas. Aparentemente, portanto, a nova redação do artigo 18.º da Lei da Concorrência afronta diretamente o disposto no artigo 34.º da Constituição. A transposição desta Diretiva poderá, assim, ser a espoleta para uma discussão sobre a posição hierárquica das leis comunitárias face à lei fundamental e sobre o alcance efetivo do primado do direito da União Europeia³.

A propósito da conformidade deste novo regime com a Constituição, foi já emitido Parecer pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República, no sentido da inconstitucionalidade desta permissão da ingerência na correspondência e outros meios de comunicação privada, incluindo mensagens de correio eletrónico, pela Autoridade da Concorrência, em processo contraordenacional, e da utilização de tais elementos como meios de prova, por ofender um princípio fundamental do Estado de direito democrático, da inviolabilidade da correspondência e de outros meios de comunicação privada e violar o disposto no n.º 4 do artigo 34.º da Constituição⁴.

Resta-nos aguardar pela redação final que vier a ser aprovada pela Assembleia da República. No entanto, tendo em consideração as proibições de prova vigentes em processo contraordenacional já mencionadas e a reserva absoluta de processo penal prevista na Constituição para as ingerências das autoridades públicas no exercício do direito ao sigilo na correspondência e nas comunicações, caso se mantenha esta proposta, é perfeitamente expectável que o diploma seja submetido ao crivo do Tribunal Constitucional e que este se pronuncie pela sua inconstitucionalidade.

7. Conclusões

O ato de apreensão de mensagens de correio eletrónico configura, evidentemente, uma ingerência na correspondência privada e colide com vários direitos e princípios fundamentais do Estado de direito democrático.

A tutela do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, da garantia da privacidade e confidencialidade, do direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência e do direito à proteção dos dados pessoais encontra-se espelhada em inúmeros diplomas legais, supralegais e na Constituição.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem prevê no seu artigo 12.º que ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem inclui, entre os direitos e liberdades fundamentais e universais, o direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência (artigo 8.º da Convenção). Segundo estatui o n.º 2 do artigo 8.º desta Convenção, não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

A Constituição da República Portuguesa, por sua vez, reconhece a todos, no seu artigo 26.º, n.º 1, o direito à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à reserva da intimidade da vida privada e familiar. O artigo 34.º da Constituição preceitua que o domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis, sendo proibidas todas as ingerências das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.

A nossa Lei Fundamental exige expressamente que, no âmbito do processo crime, quaisquer restrições a direitos fundamentais que estejam constitucionalmente autorizadas sejam decididas por um juiz, não podendo tal competência ser delegada no Ministério Público, nem nos órgãos de polícia criminal. O próprio n.º 4 do artigo 32.º da Constituição não permite ao juiz a delegação noutras entidades dos atos instrutórios que se prendam diretamente com os direitos fundamentais.

Assim, qualquer lei que colida com estes direitos e princípios estará, naturalmente, condenada ao insucesso, devendo ser declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional.

Adicionalmente, poder-se-ia procurar defender que a proibição de apreensão de correio eletrónico se limitará às mensagens utilizadas para fins pessoais do visado, quando, por exemplo, esteja em causa uma conta de correio eletrónico profissional. No entanto, esta tese também não deverá vingar. A consagração na Constituição do direito à inviolabilidade da correspondência e das comunicações e o direito à proteção dos dados pessoais não assenta apenas numa garantia do direito à privacidade e à reserva da intimidade da vida privada de cada indivíduo. Procura-se, igualmente, assegurar o direito à dignidade da pessoa humana, ao livre desenvolvimento da respetiva personalidade, da integridade pessoal e da autodeterminação comunicativa (cfr. Acórdão do TC n.º 403/2015).

Em qualquer caso, o facto é que nem a Constituição, nem a Lei do Cibercrime, nem o Código de Processo Penal, nem sequer o Regime-Geral das Contraordenações fazem qualquer distinção a propósito da natureza empresarial/profissional ou privada/pessoal do endereço a que a correspondência é dirigida. A linha de fronteira, aliás, é muito tênue, sendo muito difícil controlar e garantir que a utilização de um e-mail profissional se reserva para fins exclusivamente profissionais e que, entre os vários e-mails trocados e recebidos diariamente por um trabalhador, nenhum e-mail respeita a temas pessoais ou da sua vida privada. Sendo certo que, na maioria dos casos, o que se verifica é que os trabalhadores utilizam indistintamente as contas de correio eletrónico profissionais para fins profissionais e pessoais.

A mera avaliação da natureza profissional ou privada das mensagens de correio eletrónico pelo Tribunal pressuporá, necessariamente, a leitura das mensagens em questão e pressupõe, por si só, o acesso (inadmissível) ao conteúdo dos e-mails, e dos seus anexos, enviados ou rececionados nessa conta. Nessa medida, a simples verificação da natureza estritamente profissional dos e-mails a apreender implica a violação dos direitos do visado à inviolabilidade da correspondência, à privacidade e reserva da intimidade da vida privada e à proteção dos seus dados pessoais.

Repare-se que, a este propósito, as regras previstas no Código do Trabalho, na Lei da Proteção de Dados Pessoais e na Lei da Privacidade nas Comunicações Eletrónicas, em cumprimento destes mesmos direitos fundamentais, impõem que o empregador está impedido de aceder ao conteúdo dos e-mails da conta de correio eletrónico profissional disponibilizada a um seu trabalhador, sem o seu consentimento e conhecimento, se as regras quanto à proibição da sua utilização para fins pessoais não estiverem claramente definidas, nem tiverem sido comunicadas ao trabalhador. Na verdade, não se vê qual seria o fundamento para vedar ao empregador o acesso à conta de correio eletrónico profissional que este disponibilize ao trabalhador, mas permitir um acesso indiscriminado a essa mesma conta de correio eletrónico a uma autoridade judiciária ou administrativa. Com efeito, as razões para proibir tal acesso são rigorosamente as mesmas e reconduzem-se à proteção de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.

Posto isto, no teor da sugerida alteração ao artigo 17.º da Lei do Cibercrime, o legislador recorreu a vários novos termos de natureza ambígua, tais como "*mensagens de natureza semelhante*", "*noutro [sistema] a que seja permitido o acesso legítimo a partir do primeiro*" ou "*grande interesse para a descoberta da verdade*". Estes conceitos indeterminados levantam, necessariamente, questões e incertezas na sua interpretação.

Como se definirão, em cada momento, as mensagens de natureza semelhante ao correio eletrónico? Qual o limite da apreensão de mensagens eletrónicas? Se o visado pela pesquisa informática tiver, por exemplo, a sua conta de *Whatsapp* ou *Gmail* ligada no seu computador, na qual são trocadas, por norma, mensagens privadas, as mensagens de *Whatsapp* ou *Gmail* poderão ser apreendidas? E se a conta de correio eletrónico profissional alvo de pesquisa informática estiver associada ao Outlook, no qual também está associada a conta de correio eletrónico pessoal do visado: podem ser apreendidas as mensagens que sejam encontradas na pesquisa e que se encontrem armazenadas na conta pessoal? Como se delimita o grande, médio ou menor interesse para a descoberta da verdade das mensagens apreendidas, que o Ministério Público deverá submeter à apreciação e validação pelo juiz?

Mais: o novo regime da apreensão de mensagens de correio eletrónico proposto no Decreto n.º 167/XIV nem sequer previa um prazo para o Ministério Público apresentar ao juiz as mensagens apreendidas que considerar de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova e que considera que deverão ser juntas ao processo...

Assim, embora a finalidade do ajustamento deste normativo fosse a de acabar com os conflitos jurisprudenciais que prejudicam a economia processual e que geram dúvidas desnecessárias, parece evidente que a nova redação do artigo 17.º da Lei do Cibercrime apenas conduziria a novas dúvidas interpretativas e, com toda a probabilidade, a novos conflitos jurisprudenciais futuros.

Deste modo, não se poderia admitir que a imediação e intervenção do juiz *ex-ante* na recolha e apreensão de correio eletrónico fosse dispensada, e que tal competência fosse transferida para o Ministério Público. Seria absolutamente inaceitável que o juiz pudesse assumir um mero controlo legal *ex post* das mensagens de correio eletrónico já apreendidas pelo Ministério Público, sendo certo que a avaliação feita pelo juiz se limitaria à correspondência eletrónica que lhe fosse apresentada pela autoridade judiciária e que esta considerasse de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova.

E, no final do dia, não são só os direitos à privacidade e à reserva da intimidade da vida privada, à inviolabilidade das comunicações e à proteção de dados pessoais da pessoa visada que estão aqui em jogo, mas, igualmente, os correspondentes direitos fundamentais das pessoas com quem o suspeito ou o arguido comunica e interage. Precisamente, como frisou a Comissão Nacional de Proteção de Dados, no Parecer n.º 2021/74, emitido sobre a proposta de lei que deu origem ao Decreto n.º 167/XIV, “[a]dmittir que o Ministério Público possa, sem prévio controlo do Juiz de Instrução Criminal, ordenar ou validar a apreensão de comunicações eletrónicas ou de registos similares desprotege excessivamente as pessoas eventualmente suspeitas ou que tenham incidentalmente interagido com esses suspeitos”.

Por sua vez, no que concerne a apreensão de mensagens de correio eletrónico em sede de processo contraordenacional, resulta evidente que está em causa uma proibição de prova absoluta, constitucional e legalmente consagrada. A reserva absoluta do processo penal justifica-se pelas maiores garantias que o processo penal oferece contra intromissões abusivas, previstas, designadamente, no artigo 32.º da Constituição. Este tipo de ingerências das entidades públicas que são admitidas, dentro de certos limites, em processo criminal, não são constitucionalmente aceites em processos de mera ordenação social⁵.

Resta saber em que medida é que esta intromissão na correspondência, visto que resulta de uma Diretiva, pode ela própria ser constitucionalmente admitida por força do disposto no n.º 4 do artigo 8.º da Constituição, o qual estabelece que as 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, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.

Nos termos do Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República, uma ingerência nas comunicações nos termos previstos na nova redação do artigo 18.º do Regime Jurídico da Concorrência prevista na Proposta de Lei n.º 99/XIV/2.ª, “é, face ao atual texto do n.º 4 do artigo 34.º da CRP, ofender um princípio fundamental do nosso Estado de direito democrático ao incorrer numa clara violação do texto constitucional”.

No entanto, poder-se-á argumentar que nem todas as normas constitucionais correspondem a princípios fundamentais do Estado de direito democrático.

Seguramente podemos garantir, isso sim, que a transposição da Diretiva ECN+ irá fazer derramar muita tinta.

Notas

1 Como refere o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20-12-2011, processo n.º 36/11.6PJOER-A.L1-5 (Agostinho Torres): “Desde logo, como já aludimos, o código de processo penal não define o que é “correspondência” nem lhe atribui por definição ter natureza como sendo apenas a que é tradicionalmente fechada deixando de o ser depois de aberta e eventualmente lida. Depois, não distingue em lado algum procedimentos de dispensa de garantia de controle jurisdicional em função da sobredita alegada artificial distinção. Acima de tudo, não percebemos como é que uma carta (ou várias) de natureza indiciariamente sigilosa (por serem relativos a conteúdos muito provavelmente de reserva íntima entre duas pessoas, in casu amantes) deixa de o ser (sigilosa) para além da esfera jurídica do remetente e do (a) destinatário (a) apenas porque o envelope que a(s) encerraria teria sido aberto e o seu conteúdo lido pelo (a) último (a) ainda que guardado em espaço também ele de reserva (a habitação). cremos que se trata de uma distinção artificial, já que o que está em causa é evitar a devassa da dita correspondência por terceiros dada a natureza privada e íntima do seu conteúdo independentemente da forma como ela se apresente protegida (envelope, selagem, etc)”.

2 SANTOS, Manuel Simas / SOUSA, Jorge Lopes de (2011). *Contra-ordenações. Anotações ao Regime Geral*, Lisboa: Áreas Editora (6.ª Edição), página 330. Com efeito, já se afirmava no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 231/79, de 24 de julho, que introduziu o ilícito de mera ordenação social na ordem jurídica portuguesa, que «hoje é pacífica a ideia de que entre os dois ramos de direito medeia uma autêntica diferença: não se trata apenas de uma diferença de quantidade ou puramente formal, mas de uma diferença de natureza. A contraordenação é um aliud que se diferencia qualitativamente do crime na medida em que o respetivo ilícito e as reações que lhe cabem não são diretamente fundamentáveis num plano ético-jurídico, não estando, portanto, sujeitas aos princípios e corolários do direito criminal».

3 Na nota técnica da Proposta de Lei já se alertava: “Com efeito, as alterações propostas às normas indicadas poderão colocar em causa a norma constitucional citada, ao permitir à AdC, «no exercício de poderes sancionatórios», a ingerência na correspondência e outros meios de comunicação privada [alínea b) do n.º 1 do artigo 18.º], permitindo a utilização desses elementos como meio de prova (n.º 2 do artigo 31.º)16. As infrações sancionadas pelo regime jurídico da concorrência, em que as normas referidas se enquadram, correspondem a ilícitos de mera ordenação social, sancionados com a aplicação de coima e aos quais está associado um menor desvalor ético-jurídico relativamente ao que se verifica no direito criminal. Por outro lado, o direito contraordenacional não assegura, ao infrator, as mesmas garantias de defesa que o direito penal confere ao arguido. Não sendo este enquadramento alterado pela iniciativa e fazendo a norma constitucional expressa referência às exceções previstas na lei penal, consideramos ser de ponderar, em sede de apreciação na especialidade, a harmonização da iniciativa com o referido n.º 4 do artigo 34.º da Constituição, sem prejuízo dos princípios de direito da união europeia aplicáveis e do disposto no n.º 4 do artigo 8.º da Constituição”. A possibilidade de controlo de normas comunitárias pelos tribunais constitucionais nacionais está na ordem do dia, designadamente por força do recente acórdão do Tribunal Constitucional Alemão, de 5 de Maio de 2020, que considerou não estar vinculado à apreciação feita pelo TJUE do princípio da proporcionalidade no âmbito de uma decisão do Banco Central Europeu na medida em que entendeu que a decisão do TJUE seguia critérios raciocínios arbitrários, constituindo assim um acto ultra vires. O tribunal constitucional alemão acabou assim por fiscalizar em última instância a validade de uma decisão adotada por uma instituição da União Europeia.

4 Como bem se refere naquele parecer: “Assim sendo, a previsão da possibilidade de a AdC proceder, em matéria de processo contraordenacional, a buscas, exames, recolha e apreensão ou cópia relativamente a correspondência, incluindo a mensagens de correio eletrónico, nos termos que constam expressamente na alínea b) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei 19/2021, na redação proposta na proposta de Lei n.º 99/XIV/2.º (GOV), afronta o disposto no n.º 4 do artigo 34.º da CRP, que proíbe a interferência na correspondência. Coloca-se, agora, a questão de saber o que prevalece: se a norma do n.º 4 do artigo 34.º da CRP, que impede regras como as que se encontram ora em apreciação na proposta do Governo, se as normas emanadas pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho constantes da Diretiva (EU) 2019/1 e transpostas na propostas do Governo. Nesta análise é incontornável ter em atenção o disposto no n.º 4 do artigo 8.º da CRP, introduzido na revisão constitucional de 2004, que determinada que “as 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, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático. Ora, é exatamente este respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático que aqui está em causa, sendo este um limite para a atuação de todos os órgãos, nomeadamente em sede de transposição de Diretivas europeias. Permitir, tal como pretende a proposta de Lei do Governo, por via da Diretiva (EU) 2019/1, uma ingerências nas “informações ou dados, de qualquer formato, físico ou digital, (...) sem que se esteja perante um processo criminal é, face ao atual texto do n.º 4 do artigo 34.º da CRP, ofender um princípio fundamental do nosso Estado de direito democrático ao incorrer numa clara violação do texto constitucional”.

5 Compreende-se as críticas feitas no processo legislativo pelo deputado José Manuel Pureza: “Não posso dizer isto de outra maneira: esta proposta de lei que o Governo nos apresenta é inconstitucional. É mesmo flagrantemente inconstitucional! Lamento ter de começar assim, mas é o que é. Na verdade, esta proposta é inconstitucional porque confere à Autoridade da Concorrência poderes absolutamente excessivos, muito para lá do admissível no quadro de um combate que tem uma consequência: a de uma figura de natureza meramente contraordenacional. O artigo 34.º da Constituição é claro a este respeito quando estabelece a inviolabilidade das comunicações. É disso que se trata, desde logo em dois preceitos, se não me falha a memória, deste diploma. O artigo 34.º consagra que essa possibilidade só exista no caso de combate à prática criminal. Ora, não é nada disso que está em causa e, portanto, não sendo assim, é manifesto que se está a possibilitar a criação de uma figura típica de um Estado policial para defender a concorrência. Nós não aceitamos isso! Nós não aceitamos e a Constituição não o aceita! Claramente, é um caso de excesso de meios que são atribuídos para um combate de natureza estritamente contraordenacional. Portanto, aqui há uma flagrante inconstitucionalidade” (página 34, I Série - número 86).