UNIVERSIDADE D
COIMBRA

NEWTON RAMON CORDEIRO DE LUCENA

A RESERVA DE JUIZ E A INGERÊNCIA PROCESSUAL PENAL NO CORREIO ELETRÔNICO E NAS COMUNICAÇÕES SEMELHANTES

Dissertação de Mestrado no âmbito do Mestrado jurídico-forense, orientado pelo Professor Doutor Nuno Brandão e apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

UNIVERSIDADE D
COIMBRA

A RESERVA DE JUIZ E A INGERÊNCIA PROCESSUAL PENAL NO CORREIO ELETRÔNICO E NAS COMUNICAÇÕES SEMELHANTES

NEWTON RAMON CORDEIRO DE LUCENA

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), no mestrado jurídico-forense.

Orientador: Professor Doutor Nuno Brandão

1 2 9 0

UNIVERSIDADE D
COIMBRA

DEDICATÓRIA

Às forças que me movem e são a base da minha vida, incutindo a ideia de que a "luta pelo direito é a poesia do caráter". Aos meus pais Newton e Aurita, às minhas filhas Giovana e Manuela e a toda minha família e amigos.

UNIVERSIDADE D
COIMBRA

AGRADECIMENTOS

A sala de estudo da associação apresentou-me uma frase que ficará gravada eternamente "a mente que se abre a uma nova ideia jamais voltará ao seu tamanho original" (Albert Einsten).

Primeiramente, manifesto o sentimento de eterna gratidão e muita admiração ao Excelentíssimo Senhor Professor Doutor Nuno Brandão, por acreditar em mim e acompanhar com profunda cientificidade o trabalho de investigação, com imensa dedicação, contribuindo com bases sólidas desde a discussão da escolha do tema até o aprofundamento da tese.

O percurso não seria possível sem o apoio da Defensoria Pública do Estado do Amazonas, instituição que forneceu todo o incentivo aos estudos. Do mesmo modo, o apoio emocional de Lívia Micaela e Maria Rita foram determinantes em momentos de fortalecimento.

Durante o percurso académico, devo os meus sinceros agradecimentos aos amigos Mariana, Juliana e Marcelo, por ampliarem o horizonte do conhecimento e pelo acolhimento e histórias vividas em Coimbra, assim como a todos os professores e colegas com que compartilhei a minha vida académica.

RESUMO

A ingerência em correio eletrônico e nas comunicações de caráter semelhante recebeu um novo tratamento jurídico, conferido pela lei n.º 109/2009 (Lei de Cibercrime).

Compreender os limites das investigações criminais diante dos direitos fundamentais, como a inviolabilidade da correspondência, é determinante para a pesquisa.

Nesse cenário, o juiz das liberdades assume papel essencial, como órgão de controle das ingerências em direitos fundamentais, o que inclui a inviolabilidade da correspondência comum e da eletrônica.

A presente investigação analisará o instituto da reserva do juiz, durante a ingerência no correio eletrônico em sede de investigação criminal, seja para verificar a necessidade ou não do despacho judicial , antes de uma recolha de mensagem do correio eletrônico, ou mesmo, para o seu primeiro acesso ou não por parte do juiz das liberdades.

Palavras-chaves: reserva de juiz; ingerência no correio eletrônico; meios de obtenção de provas; lei de cibercrime nº 109/2009.

ABSTRACT

The interference in electronic mail and similar communications received a new legal treatment, through Law No. 109/2009 (Cybercrime Law).

Understanding the limits of criminal investigations in the face of fundamental rights, such as the inviolability of correspondence, is crucial for research.

In this scenario, the judge of freedoms assumes a fundamental role, as a fundamental constitutional organ, for the control of interferences in fundamental rights, such as the inviolability of common and electronic correspondence.

The present investigation will analyze the judge's reservation, during the interference in the electronic mail at the headquarters of the criminal investigation, whether to verify the need or not of the judicial order, before collecting an e-mail message, or even, for its first access or not by the court.

Keywords: judge's reserve; interference in electronic mail; means of obtaining evidence; cybercrime law nº 109/2009.

SIGLAS E ABREVIATURAS

AA.VV.	- Vários autores
Ac. STJ	- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça
Ac. TC	- Acórdão do Tribunal Constitucional
Ac. TRC	– Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra
Ac. TRL	– Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa
Ac. TRP	– Acórdão do Tribunal da Relação do Porto
AJ	– Autoridade Judiciária
Art.	- Artigo
CC	– Código Civil
CEDHLF	– Convenção Europeia para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais
CEJ	– Centro de Estudos Judiciários
CP	– Código Penal
CPP	– Código de Processo Penal
CRP	– Constituição da República Portuguesa
DUDH	– Declaração Universal dos Direitos do Homem
DR	– Diário da República
Ed.	- Edição
Idem	- O mesmo
JIC	– Juiz de Instrução Criminal
MP	– Ministério Público
N.º	- Número
Op. cit.	- A obra citada
OPC	– Órgão de Polícia Criminal

P.	- Página
PIDCP	– Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos
PGR	– Procuradoria-Geral da República
Ss.	- Seguintes
STJ	– Supremo Tribunal de Justiça
TC	– Tribunal Constitucional

Índice

Introdução 9

1- A inviolabilidade do correio eletrónico e comunicações de natureza semelhante como direito fundamental 12

1.1 Conceito de correio eletrónico e outras comunicações de natureza semelhante .. 12
1.2 A inviolabilidade do correio eletrónico e das comunicações de natureza semelhante como direito fundamental no ordenamento jurídico português 17
1.3 Previsão normativa da ingerência em correio electrónico e comunicações de natureza semelhante 21

2- Regime jurídico da apreensão da correspondência electrónica e de outros similares 23
2.1 A contextualização histórica-normativa do regime de apreensão de correspondência eletrónica 23
2.2 A correspondencia eletrônica como meio de obtenção de prova previstos na lei do cibercrime 29
2.3 Âmbito de aplicação das normas processuais penais na lei de cibercrime
2.4 Previsão legal do regime jurídico da apreensão de correio eletrónico 32

3- Análise do regime jurídico do artigo 179.º do Código de Processo Penal – apreensão de correspondência comum 36

4- A reserva de juiz e o regime jurídico de apreensão de correio eletrónico e semelhantes 42
4.1 As ingerências em direitos fundamentais e a reserva de juiz 42

4.2 A necessidade do despacho judicial prévio: reserva absoluta de juiz em apreensão de correspondência eletrónica e semelhantes 48
4.3 Monopólio da primeira palavra quanto ao primeiro acesso das informações do correio eletrónico 61
4.3.1. Regime jurídico do art. 179º, n.º 3 do CPP 61
4.3.2 Medidas cautelares em sede de ingerência em correspondência eletrónica 67
4.4 repartição de competência em apreensão de correspondência eletrónica – critério fechado/aberto 73

Conclusão 79

Referências bibliográficas 82

INTRODUÇÃO

A cibercriminalidade representa uma nova realidade na sociedade globalizada, com repercussões tanto no direito penal, quanto no processo penal. Quanto a este último ramo do direito, o objeto da investigação se direciona para os meios de obtenção de provas, em específico, os incidentes sobre o correio eletrônico.

Num primeiro momento, o ordenamento jurídico português não dispunha de quaisquer normas específicas sobre a recolha de provas em suportes eletrônicos, ou mesmo qualquer menção ao termo 'correio eletrônico'.

Na ocasião, socorria-se das normas gerais do Código de Processo Penal. Deste modo, emergiu a necessidade de atualização normativa.

A reforma do Código de Processo Penal de 2007, através do artigo 189º, n.º 1, regulamentou a ingerência em direitos fundamentais, no âmbito da correspondência eletrônica, ao dispor que o regime de escutas telefônicas é correspondentemente aplicável às conversações ou comunicações transmitidas por correio eletrônico.

No ano seguinte, após a reforma, houve um movimento legislativo de especialização, com a criação de outros diplomas, como por exemplo, a lei nº. 32/2008, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrônicas.

Finalmente, com a lei n.º 109/2009 foi criada a lei do ciberbercrime (LCC), albergando o instituto da ingerência em correio eletrônico em sede processual

penal, ao dispor no art. 17º que a apreensão de correio eletrônico e registros de comunicações de natureza semelhante, reger-se-á pelo *"regime da apreensão de correspondência previsto no Código de Processo Penal*".

O referido dispositivo promoveu intensas controvérsias doutrinarias e jurisprudenciais quanto ao regime de recolha de correio eletrônico e semelhantes, com destaque para a temática da reserva de juiz e repartição de competências, bem como, quanto ao monopólio da primeira leitura do teor do correio eletrônico, girando o debate em torno da análise da incidência da norma prevista no artigo 179º bem como do art. 252, ambos do CPP.

Delimita-se a pesquisa quanto ao regime de apreensão da correspondência eletrônica, previsto no artigo 17º da lei n.º 109/2009, principalmente, a repartição de competências entre OPC, MP e juiz das garantias, analisando-se as ingerências realizadas durante as fases de investigação, dispensando, neste momento, a análise da valoração da prova e eventual invalidade.

O primeiro problema será aferir a obrigatoriedade ou não do despacho judicial prévio, prolatado pelo juiz das liberdades, durante a apreensão de uma correspondência eletrônica, ou seja, se a OPC ou MP podem realizar uma diligência investigatória de recolha de prova em correio eletrônico, sem um despacho judicial prévio.

Já o segundo problema, consiste em verificar a necessidade de observância ou não da garantia prevista no art. 179º, n.º3 do CPP, em específico, se o juiz, além da autorização mediante o despacho judicial prévio, obrigatoriamente, deva concretizar ou não o primeiro acesso ao teor das informações do correio eletrônico, seja em contexto de medida cautelar de polícia ou não.

O terceiro problema será a análise do critério 'lido/não lido' do correio eletrônico, para fins de delimitação do regime jurídico e, consequentemente, da repartição de competência.

Por fim, cabe enfatizar que as resoluções dos problemas perpassam necessariamente pela conjugação do artigo 17º da LCC com o Código de Processo Penal, em especial os arts. 179º e 252º, bem como com a conformação deles ao texto da Constituição de Portugal.

1- A INVIOLABILIDADE DO CORREIO ELETRÔNICO E COMUNICAÇÕES DE NATUREZA SEMELHANTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

1.1 CONCEITO DE CORREIO ELETRÔNICO E OUTRAS COMUNICAÇÕES DE NATUREZA SEMELHANTE

O homem modifica o meio através do advento da tecnologia e da *internet.* É uma via de mão-dupla, pois elas também afetam e alteram a forma como a sociedade se comporta, o que traz reflexos para o direito.

A forma como a sociedade se comunica é a representação disso, pois se antes a comunicação era realizada através da correspondência, na era da sociedade da informação, essa forma já se transformou num mecanismo desatualizado com o advento do correio eletrônico e com os meios de comunicações de caráter semelhantes, principalmente com o *boom* da *internet* que os revolucionou com vários programas e aplicativos.

Tal dinâmica modificou a forma como a sociedade se comunica. “O volume de correspondência tradicional (cartas, encomendas, telegramas) diminuiu drasticamente nos últimos anos. À medida que o telemóvel ou de internet se foi desenvolvendo, aquela foi perdendo a grande importância de outrora, tendo hoje

um valor quase marginal. Em vez do papel, comunicamos essencialmente por via digital"[1].

Afinal, o que se compreende por correio eletrônico numa concepção jurídica?

No plano internacional, o parlamento europeu definiu o correio eletrônico como *"qualquer mensagem textual, vocal, sonora ou gráfica enviada através da rede pública de comunicações que pode ser armazenada na rede ou no equipamento terminal do destinatário até o destinatário as recolher" (art. 2º, alínea h) da Diretiva n.º 2002/58/CE)".*

Semelhantemente, a lei nº 41/2004, de 18 de agosto, transpôs para a ordem jurídica portuguesa, conceituando o correio eletrônico exatamente da mesma forma acima (art. 2º, n.º1).

A reforma do CPP operada pela lei n.º 48/2007, apenas mencionou o instituto do correio eletrônico em âmbito processual penal (art. 189º, n.º1), sem ao menos o delimitar conceitualmente.

Seguindo o raciocínio de Benjamim Rodrigues é possível afirmar, para efeitos de processo penal, que correio eletrônico é "qualquer mensagem textual, vocal, sonora ou gráfica, combinada ou não, enviada através de um terminal de um ponto de uma rede pública de comunicações electrónicas para outro terminal conexionado a tal rede, podendo ser, temporária ou definitivamente, armazenada na rede ou equipamento terminal do destinatário até que o mesmo proceda à sua recolha, mediante 'carregamento' e correspectivo 'descarregamento' em

[1] CORREIA, João Conde - *Artigo 179.º - Apreensão de Correspondência*. In: Comentário Judiciário do Código de Processo Penal, Coimbra: Almedina, 2019, p. 649.

equipamento informático que torna a mensagem humanamente perceptível (ou lisível) pelos vários sentidos*"* [2].

Normalmente, a comunicação acontece pela *internet* pelos servidores ISP, que utilizam os protocolos SMTP, POP3 ou IMAP. "Quando transmitidas pela internet, as mensagens de correio eletrônico integram conteúdo (e.g. texto e ficheiros anexos) e dados de tráfego, contidos nos cabeçalhos técnicos (e.g. percurso percorrido pela mensagem desde a saída da caixa do remetente (outbox) até entrar na caixa do destinatário (inbox), com registro de cada ponto de passagem e sua data/hora/segundo/fuso horário"[3].

O legislador no artigo 17º definiu que além do instituto do correio eletrônico, abarca também as "*comunicações de natureza semelhante"*. Pese que o legislador não tenha definido quais categorias de outras comunicações[4], entendemos que os programas de mensagens instantâneas (*Whatssap, Instagram, Messenger, Skype, Zoom, Viber, Snapchat e Telegram*), por conter as mesmas caraterísticas, podem submeter-se ao regime jurídico dos correios eletrônicos[5], por manifesta identidade de características, pois "*são programas que, como o próprio*

[2] RODRIGUES, Benjamim Silva - *Das Escutas telefônicas à obtenção de provas [em ambiente digital*]. Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 597.
[3] CARDOSO, Rui -*Apreensão de correio eletrônico e registos de comunicações de natureza semelhante – artigo 17.º da Lei n.º 109/2009.* In: Revista do Ministério Público, 153, 2018, p. 181.
[4] RAMOS, Armando R. Dias - *Do periculum in mora da atuação da autoridade judiciária ao fumus boni iuris da intervenção policial: contributo para o estudo das medidas cautelares e de polícia na cibercriminalidade económica.* In: IV Congresso de Processo Penal: I congresso luso-brasileiro de criminalidade económico-financeira: memórias / coord. Manuel Monteiro Guedes Valente.- Coimbra: Almedina, 2016, p. 08.
[5] NUNES, Duarte Rodrigues - *Os meios de obtenção de prova previsto na Lei do Cibercrime*. Coimbra: Gestlegal, 2018, p. 140. MESQUITA, Paulo Dá - *Prolégomenos sobre prova eletrônica e interpecpção de telecomunicações no Direito Processual Penal Português – o Código e a Lei do Cibercrime*. In: Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário, Coimbra, 2010, p.119.

nome indica, permitem aos utilizadores o envio e recebimento imediato de mensagens"[6].

Isso porque a CRP/76 não promove qualquer distinção dos diversos tipos de comunicação, proclamando expressamente a possibilidade de "*outros meios de comunicação*" (art. 34º, n.º 1, CRP), portanto, adota-se um critério geral, aberto e adaptável à evolução das mais variadas tecnologias.

Desde a reforma do CPP, prevista no art. 189º, n.º1, o legislador já contemplara que o termo correio eletrónico refere-se à multiplicidade de meios de comunicações disponíveis[7].

Cabe registrar que nem toda comunicação eletrônica configura correio eletrônico ou afins. Com efeito, entendemos que o critério da troca de mensagens em tempo real pode indicar a não submissão ao regime jurídico de correio eletrónico, mas sim, ao regime de interceptação de comunicações[8].

Em outras palavras, a utilização de um programa como o *Whatssap* não implica necessariamente que se submeterá, exclusivamente, ao regime jurídico do correio eletrônico. Por exemplo, caso haja a realização de uma ligação em tempo

---

[6] CARDOSO, Rui -*Apreensão de correio eletrônico e registos de comunicações de natureza semelhante – artigo 17.º da Lei n.º 109/2009*. In: Revista do Ministério Público, 153, 2018, p. 183.

[7] RODRIGUES, Benjamim Silva - *Da Prova Penal- Tomo II – Bruscamente ... A(s) Face(s) ocultas do Métodos ocultos de Investigação Criminal.* Rei dos Livros, 2010.

[8] MESQUITA, Paulo Dá - *Prolégomenos sobre prova eletrônica e interpecpção de telecomunicações no Direito Processual Penal Português – o Código e a Lei do Cibercrime*. In: Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário, Coimbra, 2010, p.122 e ss. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Comentário do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.* 4.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 510. NUNES, Duarte Rodrigues - *Os meios de obtenção de prova previsto na Lei do Cibercrime.* Coimbra: Gestlegal, 2018, p. 140. NEVES, Rita Castanheira - *As ingerências nas comunicações electrónicas em processo penal. Natureza e respectivo regime jurídico do correio electrónico enquanto meio de obtenção de prova.* Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 274. VENÂNCIO, Pedro Dias - Lei do Cibercrime, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 100 e 116.

real, por exemplo, haverá a incidência do regime previsto no art. 18º da lei n.º 109/2009, ao passo que as mensagens armazenadas, ao regime de correio eletrônico.

1.2 A INVIOLABILIDADE DO CORREIO ELETRÔNICO E DAS COMUNICAÇÕES DE NATUREZA SEMELHANTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

A suprema corte norte-americana e o Superior Tribunal de Justiça do Brasil consagraram que a ingerência na correspondência eletrónica em telemóvel afeta diretamente a inviolabilidade do domicílio[9].

Discordamos desse enquadramento no ordenamento jurídico português, portanto, torna-se indispensável a compreensão da natureza da proteção do correio eletrônico como direito fundamental.

Como corolário da dignidade da pessoa humana, "*muitos direitos foram autonomizando ao longo dos tempos*"[10]. A comunicação interpessoal, num primeiro momento recebia o tratamento jurídico recorrentemente ligado ao direito à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

Com efeito, a especialização da tutela da privacidade e da comunicação pessoal trouxe contributos para a autonomia do direito fundamental da inviolabilidade da correspondência.

---

[9] SOUZA, Rodrigues Telles - *A exigência de autorização judicial para acesso ao conteúdo de telefone móvel apreendido: uma ampliação da garantia à inviolabilidade domiciliar incompatível com o sistema jurídico brasileiro.* In: Altos Estudos sobre a prova no processo penal, Salvador: Editora Jus Podivm, 2019, p. 414-415.

[10] CORREIA, João Conde - *Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações (art. 32.º, nº8, 2.ª parte, da C.R.P)*? In: Revista do Ministério Público, julho-setembro, 1999, p. 47.

Assim, tal direito recebeu tratamento jurídico no plano internacional[11] e como reflexo no plano constitucional, consagrando que "o *sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis"* (art. 34.º, n.º 1, CRP).

Em decorrência disso, estabeleceu como "proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação" (art. 34º, n.º 4, CRP). Trata-se, aqui, de reconhecer na inviolabilidade da correspondência a manifesta índole liberal (direitos fundamentais de primeira geração) que visam à "protecção das pessoas face a possíveis investidas estaduais", ou melhor, direitos subjetivos de defesa"[12].

Resta compreender o que está abrangido pelo sigilo de correspondência. O bem jurídico protegido compreende toda a espécie de correspondência de pessoa para pessoa. "Do ponto de vista objetivo, a apreensão de correspondência pode incidir sobre cartas (escritos fechados num envelope destinados a serem entregues a um receptor), encomendas (coisas corpóreas fechadas num invólucro, igualmente, destinadas a serem transmitidas a um destinatário), valores (valores postais que permitem transferir para o destinatário quantias em dinheiro), telegramas (mensagens urgentes, transmitidas através da internet ou de outro meio eletrônico até ao local onde são impressas, colocadas num envelope e, depois entregue ao destinatário)" [13].

---

[11] Art. 12º da DUDH, pelo artº 8º, nº 1 da CEDH e ainda pelo art. 17 do PIDCP.

[12] BRANDÃO, Nuno - *Bem Jurídico e direitos fundamentais: entre a obrigação estadual de protecção e a proibição do excesso.* In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade, Coimbra: Instituto Jurídico, 2017, p. 243-244.

[13] CORREIA, João Conde - *Artigo 179.º - Apreensão de Correspondência*. In: Comentário Judiciário do Código de Processo Penal, Coimbra: Almedina, 2019, p. 644. Em que pese isso, a Procuradoria Geral da República manifesta o entendimento, de que o sigilo da correspondência não alberga os pacotes e encomendas postais, contendo mercadoria, que devem ser apresentados

É possível extrair que tanto a CRP (art. 34º, n.º1), quanto legislador ordinário (art. 179º do CPP) adotou um critério mais abrangente (adaptável a mudanças fáticas e tecnológicas) para conceituar correspondência, seja utilizando a técnica enumerativa ou mesma a cláusula geral aplicável a todos os casos, quando externa no dispositivo "ou qualquer outra correspondência".

Desse modo, "*o conceito de correspondência é amplo, abrangendo as comunicações postais e as comunicações eletrônicas*" [14].

Nessa esteira, segundo Canotilho, o chamado correio eletrônico enquadra-se nessa concepção ampliativa, pois "*o envio de mensagens eletrónicas preenche os pressupostos da correspondência privada*"[15].

Há quem sustente que a apreensão de correio eletrônico e dos registros de comunicação de natureza semelhante "restringe os direitos à intimidade/privacidade, à palavra virtual e à autodeterminação informacional, *mas não o direito à inviolabilidade das comunicações* (pois o processo comunicacional já terminou e, como tal, já não se verifica a específica situação de perigo e de carência constitucional da inviolabilidade das comunicações)"[16].

Em relação apenas à inviolabilidade das comunicações, discordamos do referido autor. O processo comunicacional não se encerra quando se remete e se recebe o correio eletrônico, pois "quando se apreende correspondência, para além do ataque que faz ao direito à reserva da vida privada, tutelados pelos arts. 26º e

---

a fiscalização alfandegária. Parecer 15/1995. JESUS, Francisco Marcolino de - *Os meios de obtenção da prova em Processo Penal*. 2ª edição, Coimbra: Almedina, 2019, p. 264.

[14] JESUS, Francisco Marcolino de - *Os meios de obtenção da prova em Processo Penal*. 2ª edição, Coimbra: Almedina, 2019, p. 263.

[15] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume I, Coimbra Editora, 2007, p. 544.

[16] NUNES, Duarte Rodrigues - *Os meios de obtenção de prova previsto na Lei do Cibercrime.* Coimbra: Gestlegal, 2018, p. 147.

62º da CRP, *ataca-se ainda o direito à inviolabilidade de correspondência, tutelado pelo art. 34º da CRP*". Por isso, a norma conferiu essa apreensão de especiais cautelas, estabelecendo um regime mais rigoroso do que o regime das apreensões.[17]

[17] JESUS, Francisco Marcolino de - *Os meios de obtenção da prova em Processo Penal*. 2ª edição, Coimbra: Almedina, 2019, p. 264.

1.3 PREVISÃO CONSTITUCIONAL DA INGERÊNCIA EM CORREIO ELECTRÓNICO E COMUNICAÇÕES DE NATUREZA SEMELHANTE

O processo penal moderno, sob estrutura acusatória, apresenta três finalidades[10]:

a) A realização da justiça e a descoberta da verdade material;

b) A proteção perante o Estado dos direitos fundamentais;

c) O restabelecimento da paz jurídica.

Há uma dialética entre o interesse do Estado na investigação criminal e os direitos fundamentais. A aplicação exclusiva deste, oporia obstáculos instransponíveis ao descobrimento da verdade, à realização da justiça e sacrificaria outros direitos basilares.

Nessa senda, o processo penal "constituiu um dos lugares por excelência em que tem de encontra-se a solução do conflito entre as exigências comunitárias e a liberdade de realização da personalidade individual"[18].

Os contributos de Jorge Reis Novais para a introdução da figura dogmática da intervenção restritiva de direitos fundamentais foram determinantes para a incorporação e solidificação no ordenamento jurídico português. De acordo com este autor, tal concepção de intervenção evidencia a limitação de direitos por atos das autoridades públicas, incidindo num primeiro momento para normas gerais e abstratas incluídas em leis ordinárias[19]. Ocorre, por exemplo, tanto uma decisão

[18] DIAS, Jorge Figueiredo - *Direito Processual Penal*. Reimpressão, Coimbra Editora, 2004, p.59.
[19] NOVAIS, Jorge reis - *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 205-207.

judicial de prisão preventiva como uma decisão administrativa, bem como numa medida que limite qualquer direito fundamental.

J. J. Gomes Canotilho argumenta que o conceito de intervenção restritiva representa "operacionalidade prática para abranger os actos, atividades ou comportamentos (públicos ou privados), que produzem uma redução ou encurtamento do âmbito de proteção de um direito"[20].

No âmbito da ingerência criminal em correspondência comum ou mesmo eletrónica, verifica-se justamente essa ingerência. A Constituição de Portugal, expressamente, ressalvou a possibilidade, na parte final do dispositivo, de nos casos previstos na lei em matéria de processo penal, permitir a ingerência no referido direito fundamental (artigo 34º, n.º 4, parte final).

Assim, constata-se que a própria Constituição autorizou, expressamente, a ingerência no correio eletrónico em hipóteses excepcionais, devendo respeitar "critérios aptos a justificar a ordenação da medida no caso concreto", previstos no artigo 179º do CPP, bem como concretizar uma ponderação do princípio da proporcionalidade, motivando a prevalência do interesse público na descoberta da verdade[21].

[20] CANOTILHO, J. J. Gomes - *Dogmática de Direitos Fundamentais e Direito P*rivado. In: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, vol. V, Direito Público e Vária, Coimbra: Almedina, 2003, p.69.
[21] MIRANDA, Jorge - *Constituição Portuguesa Anotada.* Tomo I, 2ª edição, 2010, p. 774-775.

2- REGIME JURÍDICO DA APREENSÃO DA CORRESPONDÊNCIA ELETRÓNICA

2.1 A CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA-NORMATIVA DO REGIME DE APREENSÃO DE CORRESPONDÊNCIA ELETRÔNICA

Existem três diplomas legais, atualmente, que regulamentam a prova eletrónica, e eles são: o CPP, a lei n.º 32/2008 e a lei n.º 109/2009 (Lei do Cibercrime).

"Essa trilogia, para além de acentuar o atual paradigma da descodificação e de negar desejável centralidade normativa do Código de Processo Penal, contribui para a assimetria, para a incoerência das soluções legais e, sobretudo, para o seu indesejável e nefasto insucesso prático"[22].

Diante disso, cumpre compreender o transcorrer histórico-legislativo acerca o regime de apreensão de correspondência eletrónica.

Num primeiro momento, a recolha de prova em suporte eletrónico baseava-se nas regras gerais do Código de Processo Penal[23], não havendo previsão expressa para as hipóteses de correio eletrónico.

[22] CORREIA, João Conde - *Prova digital: as leis que temos e a lei que deveríamos ter*. In: Revista do Ministério Público, 139, 2014, p. 30.
[23] FIDALGO, Sónia - *A apreensão de correio eletrônico e a utilização noutro processo das mensagens apreendidas. In*: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 29, n º 01, janeiro a abril, 2019, p. 29.

A legislação processual penal de 1929 apresentava de modo abrangente, a possibilidade de realizar buscas e apreensões de cartas, encomendas, valores telegramas e qualquer outra correspondência dirigida ao arguido, devendo o juiz declarar, excepcionalmente, a sua necessidade em despacho fundamentado (art. 210º do CPP)[24]. Nesse momento, as comunicações ainda não recebiam tratamento nem mesmo diferenciação de regime jurídico, entre escritas e faladas. [25]

Com o novo CPP de 1987, em que pese não incluir expressamente o termo «correspondência eletrônica ou correio eletrónico», consagrava-se, por norma de extensão, no regime de interceptação de telecomunicações, ao dispor que estendia ao referido regime as *"conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio diferente do telefone"* (art. 190º, CPP)[26]. Nesse momento, já se diferenciava a comunicação falada e escrita, submetendo a regimes jurídicos distintos.

A partir de 1991, emergiu no cenário jurídico português, a primeira lei sobre a cibercriminalidade, contendo apenas dispositivos de direito penal (natureza substantiva), por intermédio da lei n.º 109/2001.

Com a reforma de 1998, promovida pela lei n.º 59/98, de 25 de agosto, o legislador alargou "*às conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio diferente do telefone, designadamente correio eletrônico ou outras formas de transmissão de dados por via telemática, bem como a intercepção das comunicações entre presentes*".

---

[24] GONÇALVES, Manuel Lopes Maia - *Código de Processo Penal anotado e comentado.* Coimbra: Almedina, 2010, p. 376.
[25] NEVES, Rita Castanheira - *As ingerências nas comunicações electrónicas em processo penal. Natureza e respectivo regime jurídico do correio electrónico enquanto meio de obtenção de prova*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 137.
[26] VERDELHO, Pedro - *A obtenção de prova no ambiente digital*. In: Revista do Ministério Público, 2004, p.99.

A revolução da *internet* promoveu o debate internacional relativo às formas de combater a nova criminalidade, decorrente da era digital.

Nesse enfoque, a transnacionalidade do crime assumiu maiores dimensões e promoveu a novas preocupações do parlamento europeu, que atento a essa nova realidade, em 2001, dá-se a aprovação, em Budapeste, da Convenção sobre o Cibercrime (CCiber), a 23 de novembro, no qual contempla normas de direito materiais e processuais sobre cibercrimes.

Em 2005, a Decisão Quadro n.º 2005/222/JAI do Conselho da Europa contribuiu apenas com normas de direito penal. Em que pese a iniciativa, exigia-se um corpo de normas específicas regulatórias das medidas de natureza processual, para fazer jus à nova realidade cibernética que se enfrenta.

Assim, emergiu a necessidade de atualização normativa. Neste seguimento, com a reforma do Código de Processo Penal de 2007, através do artigo 189º, n.º 1 (excluindo do art. 190º do CPP), regulamentou-se a ingerência no âmbito da correspondência eletrónica, ao dispor que o regime de escutas telefônicas é correspondentemente aplicável às conversações ou comunicações transmitidas por correio eletrônico[27].

Contudo, sofre críticas por parte da doutrina, por ter perdido uma grande oportunidade de atender às obrigações internacionais do Estado português, bem como estabelecer premissas conceitualmente exigentes sobre a teleologia e semântica dos institutos probatórios em face da evolução tecnológica.

Em 2009, houve a incorporação da Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa (STE 185) no ordenamento jurídico português, aprovada pela

[27] CORREIA, João Conde - *Prova digital: as leis que temos e a lei que deveríamos ter*. In: Revista do Ministério Público, 139, 2014, p.36

Assembleia da República através da Resolução n.º 88/2009, de 15 de setembro, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 91/2009.

O Estado português criou a lei n.º 109/2009, transpondo quase na integralidade as normas da CCiber, estabelecendo os meios de obtenção de prova em suporte eletrónico, revogando-se a lei n.º 109/2001 e concentrando na mesma lei todas as normas concernentes à criminalidade cibernética, como as normas de direito substantivo, processual e de cooperação judiciária internacional, prevendo no capítulo III (Disposições processuais) um conjunto de novos meios de obtenção de prova[28].

Na referida Convenção sobre Cibercrime inexistiam normas sobre a apreensão de correio eletrónico e registros de comunicação de natureza semelhante[29]. Coube intencionalmente ao legislador português, dentro da sua liberdade de conformação, promover a inclusão do regime da correspondência eletrónica na Proposta de Lei n.º 289/X/4.ª (artigo 19º da redação inicial).

A exposição dos motivos dessa proposta revela, justamente, o cenário de adaptação e não a aplicação integral da CCiber[30]. Dessa forma, uma das grandes

---

[28] FIDALGO, Sónia - *A apreensão de correio eletrônico e a utilização noutro processo das mensagens apreendidas*. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 29, n º 01, janeiro a abril, 2019, p. 59.

[29] NUNES, Duarte Rodrigues - *Os meios de obtenção de prova previsto na Lei do Cibercrime*. Coimbra: Gestlegal, 2018, p. 139.

[30] *" A inspiração para o artigo 17.º da LCC não está, pois, nem na CCiber, nem na Decisão-Quadro nº 2005/222/JAI. A origem desse artigo está apenas na Proposta de Lei nº. 289/X/4.ª, tendo ele a mesma exacta redacção que o artigo 19.º desta. A mera leitura da Exposição de Motivos dessa Proposta de Lei evidencia que o Governo, reconhecendo a 'desadequação da ordem jurídica nacional às novas realidades a implementar', não pretendeu fazer uma mera extensão do regime das buscas e apreensões previsto no CPP à prova digital, antes assumindo a vontade de proceder a uma adaptação desse regime, superando-o quando necessário: 'a forma como a busca e apreensão estão descritas no CPP exigiam alguma adequação a estas novas realidades'. O legislador propôs-se adaptar estes regimes, não aplicá-los integral e acriticamente.* " RUI CARDOSO, Rui - Apreensão de correio eletrônico e registos de

inovações da lei do cibercrime foi a previsão de norma própria para a apreensão do correio eletrónico, constante no *artigo 17º da LCC*.

Ademais, quanto ao art. 189º, nº.1 do CPP, no tocante ao correio eletrónico, houve a revogação tácita parcialmente[31], sendo a partir de então, regulamentado pelo art. 17º da lei n.º 109/2009.

Nesse ponto, Paulo dá Mesquita crítica a técnica de abandono à codificação, expondo que o capítulo III da lei n.º 109/2009 (sobre as disposições processuais), nada mais é que um "*envergonhado ou escondido corpo legislativo de caráter geral*" que deveria estar expresso no CPP[32].

Ademais, em relação às dificuldades de identificação e divergência quanto ao regime jurídico do correio eletrónico, Sónia Fidalgo enaltece que "se o legislador tivesse optado pelo enquadramento sistemático destas disposições no próprio Código de Processo Penal, talvez se tivessem evitado dificuldades de harmonização com normas do próprio Código (artigos 179º e 189º) e de outros diplomas extravagantes"[33]

---

comunicações de natureza semelhante – artigo 17.º da Lei n.º 109/2009. In: Revista do Ministério Público, 153, 2018, p. 169-170.

[31] CORREIA, João Conde - *Prova digital: as leis que temos e a lei que deveríamos te*r. In: Revista do Ministério Público, 139, 2014, p.36

[32] "*Impunha-se a integração das regras no Código de Processo Penal, pois, para usar as mesmas expressões da exposição dos motivos, essa seria "a opção mais coerente com a tradição portuguesa", em face da "geral inconveniência" de ver dispersas em leis extravagantes regras gerais carecidas de enquadramento no Código de Processo Penal enquanto "diploma estruturante", e a "conveniência prática", para os operadores judiciários, de aí ter sistematizados todos os normativos" que não são apenas aplicacáveis " a um sector específico da criminalidade" no Código de Processo Penal*." MESQUITA, Paulo Dá - *Prolégomenos sobre prova eletrônica e interpecpção de telecomunicações no Direito Processual Penal Português – o Código e a Lei do Cibercrime*. In: Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário, Coimbra, 2010, p.10.

[33] FIDALGO, Sónia - *A apreensão de correio eletrônico e a utilização noutro processo das mensagens apreendidas*. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 29, n º 01, janeiro a abril, 2019, p. 61

UNIVERSIDADE D
COIMBRA

2.2 A CORRESPONDENCIA ELETRÔNICA COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA PREVISTOS NA LEI DO CIBERCRIME

Inicialmente, a doutrina tradicional portuguesa classificava os meios de obtenção de provas como categorias dos meios de coação. Tal concepção gradativamente foi superada.

Na época de vigência do antigo do CPP em Portugal, "diferentemente da doutrina nacional, na Alemanha o conceito de ingerência em direito fundamental (*Grundrechtseingriff*) alcançou já notória autonomia nos manuais de processo penal e obras científicas da especialidade, substituindo em larga medida, o conceito de medidas coercivas"[34].

A prova extrai-se da dinâmica dentro de um estado democrático de direito de que a pessoa se presume inocente, logo, não se pode imputar a culpa a alguém, se a mesma não foi submetida ao devido processo legal sob a dinâmica acusatória, em que foram apresentadas provas dos fatos que tipifiquem um crime.

Essa presunção de inocência pode ser ilidida também pelas provas recolhidas no decurso do inquérito criminal, no que se denomina de meios de obtenção de provas. "*É através dos meios de obtenção de provas que são obtidos os meios de prova a partir dos quais se forma a convicção das autoridades*

[34] "*Coube a Amelung grande parte da responsabilidade na substituição de um conceito pelo outro, designadamente no tratamento da questão que ora nos ocupa, i.e., na delimitação dos poderes de apreciação do juiz chamado a intervir no inquérito criminal."* MATA-MOUROS, Maria de Fátima - *Juiz das Liberdades Descontrução de um Mito do Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 30-33.

judiciárias" diferenciando, assim, tanto os meios de prova quanto os meios de obtenção de provas[35].

Em regra, os meios de obtenção de provas estão previstos no CPP, contudo, os novos horizontes técnicos-científicos vêm provocando a abertura para novos métodos de investigação em leis especiais[36], a exemplo da lei n.º 109/2009.

Manuel Costa Andrade enquadra na nova tendência de métodos ocultos de investigação, tratando-se de "um conjunto diversificado e heterogêneo de meios de obtenção de conhecimentos, em que os agentes da investigação se intrometem nos processos de comunicação privada das pessoas investigadas, que não têm conhecimento do facto. E, por causa disso, continuam a agir, a interagir e a comunicar de forma espontânea e "inocente", dizendo e fazendo coisas de conteúdo e sentido diretamente auto-incriminatório. Uma auto-incriminação de que, naturalmente, não têm consciência"[37].

---

[35] "*Os meios de obtenção de prova distinguem-se dos meios de prova numa dupla perspectiva: lógica e técnico-operativa. Na perspectiva lógica os meios de prova caracterizam-se pela sua aptidão para serem a si mesmo fonte de convencimento, ao contrário do que sucede com os meios de obtenção da prova que apenas possibilitam a obtenção daqueles meios. Na perspectiva técnico-operativa os meios de obtenção de prova caracterizam-se pelo modo e também pelo momento de sua aquisição no processo, em regra nas fases preliminares, sobretudo no inquérito. Normalmente são modos de investigação para obtenção de meios de prova e por isso que o modo de sua obtenção seja particularmente relevante".* ANTUNES, Maria João - *…op. cit.,* p. 114-115.

[36] DIAS, Jorge Figueiredo - *O processo penal português: problemas e perspectivas*. In: AA.VV. - Que futuro para o direito processual penal? – Simpósio em homenagem a Jorge de Figureiredo Dias por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p.808-809.

[37] ANDRADE, Manuel da Costa - *Métodos ocultos de investigação: (Playdoyer para uma teoria geral*). In: Monte, Mário Ferreira...[et al.] coord. - Que futuro para o direito processual penal? : Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 532.

Normalmente é uma conceituação que alberga os vários processos de transmissão de mensagens ou dados por meios técnicos, especialmente os eletrónicos, com ênfase para a comunicação pela *internet*[38].

Nesse medida, merece destaque a ideia de que é a partir da lei n.º 109/2009 implementou-se um sistema processual de recolha de prova eletrónica, especificamente: a preservação expedita de dados (art. 12º), a revelação expedita de dados de tráfego (art. 13º), a injunção para a preservação ou concessão de acesso a dados (art. 14º), a pesquisa de dados informáticos (art. 15º), a apreensão de dados informáticos (art. 16º), a apreensão de correio eletrónico e de registros de comunicações de natureza semelhantes (art. 17º), a interceção de comunicações (art. 18º), as ações encobertas (art. 19º) e a cooperação internacional (arts. 20º a 26º).

Assim, é inquestionável, que a natureza jurídica da apreensão de correio eletrónico é de meio de obtenção de prova. Tal afirmação encontra consonância com a doutrina de João Conde Correia, quando afirma que o caráter especial do regime de apreensão de correspondência "o aproxima de um verdadeiro meio de obtenção de prova" e não afasta as regras gerais de apreensão que sejam compatíveis com ele[39].

[38] *Idem.,* p. 533.
[39] CORREIA, João Conde - *Artigo 179.º - Apreensão de Correspondência*. In: Comentário Judiciário do Código de Processo Penal, Coimbra: Almedina, 2019, p. 640.

2.3 ÂMBITO DE APLICAÇÃO DOS MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVAS NA LEI DE CIBERCRIME

O artigo 11º da lei n.º 109/2009 estabeleceu critérios para a aplicação das disposições processuais em criminalidade cibernética, nomeadamente três:

a) os processos relativos a crimes previstos na própria lei;

b) os crimes praticados por meio de um sistema informático;

c) os crimes em relação aos quais seja necessário proceder à recolha de prova em suporte eletrónico.

Paulo Dá Mesquita tece críticas quanto ao suposto estabelecimentos de normas gerais de recolha em suporte eletrónico numa norma distinta do Código de Processo Penal, denominando como reforma processual envergonhada, pois afirma que as normas deveriam constar no Código de Processo Penal, o que pode trazer dificuldades de compatibilização[40].

Um exemplo é quando lei n.º 109/2009 consagra um regime geral de meios de obtenção de provas em criminalidade cibernética, cabendo averiguar o âmbito de extensão ou de aplicação, ou seja, se é aplicável independentemente da moldura penal.

[40] MESQUITA, Paulo Dá - *Prolégomenos sobre prova eletrônica e interpecpção de telecomunicações no Direito Processual Penal Português – o Código e a Lei do Cibercrime*. In: Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário, Coimbra, 2010, p. 98 e ss..

Sónia Fidalgo questiona se a intenção do legislador era realmente a de que apreensão de correio eletrónico possa ser utilizada em qualquer processo, independentemente da gravidade do crime investigado[41].

Por uma primeira perspectiva, há remissão da lei n.º 109/2009 para o regime do CPP, prevendo no artigo 179.º, n.º 1, alínea b) do CPP, que o juiz autorize ou ordene a diligência, quando estiver em causa um crime punível com pena de prisão superior no máximo de 3 anos.

Por esse argumento, os meios de obtenção de prova configuram significativa ingerência nos direitos fundamentais, como a privacidade e a autodeterminação informacional, devendo haver interpretação restritiva quando há ofensa a esses direitos, vedando-se uma interpretação ampliativa *in malam partem,* incompatível com o princípio da legalidade.

Concordamos com Rita Castanheira Neves quando defende que o legislador permitiu a aplicação dos meios de obtenção de prova a crimes previstos na lei n.º 109/2009, cuja moldura penal é inferior a três anos, incidindo inclusive a outros crimes previstos em outros diplomas legislativos.

Tal porque, em relação aos crimes envolvidos, o artigo 11º, alínea a) da lei de cibercrime, é expressa a previsão quanto à possibilidade de utilização dos meios de obtenção de provas, independentemente da moldura penal, o que compreende todos os crimes. Trata-se de lei especial, de forma expressa, que revoga norma geral incompatível.

[41] FIDALGO, Sónia - *A apreensão de correio eletrônico e a utilização noutro processo das mensagens apreendidas*. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 29, n º 01, janeiro a abril, 2019, p. 65-66.

2.4 PREVISÃO LEGAL DO REGIME JURÍDICO DA APREENSÃO DE CORREIO ELETRÓNICO

A partir da nova lei n.º 109/2009 (LCC), o legislador português promoveu a especialização da ingerência no direito fundamental das comunicações de correio eletrónico e de natureza semelhantes e, por decorrência, revogou parcialmente, de forma tácita, o artigo 189º do Código de Processo Penal[42].

Trata-se de uma significativa mudança de direção sobre o regime jurídico aplicável. Nessa esteira, o artigo 17º da LCC dispôs que quando *"forem encontrados, armazenados nesse sistema informático ou noutro a que seja permitido o acesso legítimo a partir do primeiro, mensagens de correio eletrônico ou registros de comunicação de natureza semelhante, o juiz pode autorizar ou ordenar por despacho, a apreensão daqueles que se afigurem ser de grande interesse para a descoberta da verdade"*.

Na segunda parte do dispositivo, informa que em relação à recolha de prova no âmbito do correio eletrónico e semelhantes, "*aplica-se correspondentemente o regime de apreensão de correspondência do Código de Processo Penal*".

---

[42] O artigo 17º revogou tacitamente a parte em que se refere ao art. 189º, nº1 do CPP. Por outro lado, "*o artigo 17.º da Lei n.º 109/2009, de 15.9, não revogou o disposto no artigo 189.º sobre a intercepção de correio eletrónico ou outras formas de transmissão de dados por via telemática. Portanto, a apreensão de correio eletrónico "armazenado" ou "guardado" e de outros "registos" de comunicações e transmissão por via telemática rege-se, sem quaisquer restrições, pelo disposto no artigo 17.º da Lei n.º 109/2009, conjugado com o disposto nos artigos 179.º e 252.º do CPP (acórdão do TRL, de 11.1.2011, processo 5412/08.9TDLSB-A.L1-5)"*. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Comentário do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.* 4.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 510.

Assim, confirma-se a mudança de parâmetro de juridicidade em relação ao regime de correspondência eletrónica, ou seja, a partir da LCC houve remissão expressa para o regime de correspondência consagrado no artigo 179º do CPP, o que convoca também as medidas cautelares de polícia previstas no art. 252º, n.º 2 e 3, CPP[43].

Tal perspectiva é confirmada pela jurisprudência do Tribunal da Relação de Lisboa ao consagrar que "*a Lei do Cibercrime (Lei n.º 109/09, de 15 de Setembro), ao remeter no seu art. 17º, quanto à apreensão de mensagens de correio electrónico ou registos de comunicações de natureza semelhante, para o regime geral previsto no Código de Processo Penal, determina a aplicação deste regime na sua totalidade, sem redução do seu âmbito*"[44].

[43] MESQUITA, Paulo Dá - *Prolégomenos sobre prova eletrônica e interpecpção de telecomunicações no Direito Processual Penal Português – o Código e a Lei do Cibercrime.* In: Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário, Coimbra, 2010, p.118. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Comentário do Código de Processo Penal ..., *op. cit*., p.510.
[44] Acórdão da Relação de Lisboa, de 11/01/2011. No mesmo sentido o Ac. RL de 29/03/2012.

3- ANÁLISE DO REGIME JURÍDICO DO ARTIGO 179º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – APREENSÃO DE CORRESPONDÊNCIA COMUM

Verificada a mudança de regime jurídico operada pela lei n.º 109/2009, torna-se fundamental compreender o regime jurídico da apreensão da correspondência previsto no art. 179º CPP, para aferir, assim, a compatibilidade com o regime da apreensão de correio eletrónico (art. 17º LCC) e, consequentemente, a compreensão do instituto da reserva de juiz no próximo capítulo.

Desde já, concordamos com Rita Castanheira Neves[45], quando afirma que existe necessidade de observância no regime de apreensão de correspondência eletrónica na remissão operada no regime do artigo 179º do CPP, especialmente em seis aspectos:

a) No despacho judicial prévio (art. 179º, n.º 1);

b) Quando está em causa uma pessoa que enquadre na concepção de suspeito, que tenha enviado ou recebido correio eletrónico, mesmo por meio de pessoa diversa (art. 179º, n.º 1, alínea a);

c) A diligência se revelar de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova (art. 179º, n.º1, alínea c);

[45] NEVES, Rita Castanheira - *As ingerências nas comunicações electrónicas em processo penal. Natureza e respectivo regime jurídico do correio electrónico enquanto meio de obtenção de prova*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 274-275.

d) A proibição de prova, no caso de não respeitar os requisitos estabelecidos;

e) A proibição da apreensão de correio eletrónico, entre arguido e o defensor (art. 179º, n.º 2);

f) O juiz que tiver autorizado ou ordenado a diligência é a primeira pessoa a tomar conhecimento do conteúdo do correio eletrónico e demais registros de comunicações apreendido, mandando juntar ao processo se o considerar relevante.

Semelhantemente, concordamos também com a referida autora, no sentido de que a apreensão de correspondência eletrónica não se submete ao regime previsto no artigo 179º do CPP em dois pontos:

a) A exigência de que esteja em causa crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a três anos (art. 179º, nº1, alínea b);

b) A necessidade da correspondência estar fechada para incidência do regime jurídico do art. 179º do CPP[46].

Analisemos alguns pontos mencionados na dimensão do regime jurídico previsto exclusivamente sob a ótica do CPP.

A inviolabilidade jurídico-constitucional da correspondência visa a proteção de bens jurídicos fundamentais, comuns e basilares, para o desenvolvimento da personalidade humana[47], e por isso, trata-se da "primeira forma especial de apreensão incluída no CPP"[48].

---

[46] NEVES, Rita Castanheira - As ingerências nas comunicações electrónicas em processo penal. ... *op. cit.,* p. 276.
[47] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume I, Coimbra Editora, 2007, p. 539.
[48] CORREIA, João Conde - *Artigo 179.º - Apreensão de Correspondência*. In: Comentário Judiciário do Código de Processo Penal, Coimbra: Almedina, 2019, p. 639.

"No fundo, o legislador limitou-se apenas a criar algumas especificidades (v.g. prévia intervenção do juiz), que tornam a apreensão de correspondência mais rigorosa e, logo, menos frequente", tratando-se de norma muito mais restritiva[49].

Tal porque a Constituição da República Portuguesa estabelece como garantia fundamental o controle das ingerências em direitos fundamentais por um juiz das liberdades.

Apenas os atos que não afetem diretamente tais direitos fundamentais são suscetíveis de serem praticados por outras autoridades judiciárias (Ministério Público), ante a inexistência de reserva absoluta de jurisdição (art. 32º, n.º 4, CRP).

O CPP prevê expressamente que "sob pena de nulidade, o juiz pode autorizar ou ordenar, por despacho" a apreensão de cartas ou qualquer outra correspondência (art. 179º, nº 1). Segundo a doutrina e jurisprudência, de forma pacífica, interpreta-se que a apreensão de correspondência comum prevista no CPP "só pode ser ordenada por um juiz, por força do artigo 32º, n.º 4 da Constituição"[50].

Logo, por uma interpretação conforme à Constituição, apenas o juiz das liberdades possui o condão de prolatar a decisão que permita a intervenção em direitos fundamentais do sigilo das correspondências e das telecomunicações, tratando-se de "matéria de reserva de juiz autorizar ou ordenar a apreensão de correspondência"[51].

João Conde Correia defende que "ao contrário das apreensões em geral que podem ser decretadas pelo juiz, pelo MP (art. 178.º/3) ou, até, em certos casos mais limitados, pelos próprios OPC (art. 178.º/4), exige-se aqui a intervenção

[49] CORREIA, João Conde - … *op. cit.,* p. 640.
[50] ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - … *op. cit.,* p. 509; CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital - … *op. cit*., p.544; Acórdão do Tribunal Constitucional nº 7/87 e nº 4/2006.
[51] ANTUNES, Maria João - *Direito processual penal*. 2ª ed, Coimbra: Almedina, 2018, p. 122.

judicial prévia. O legislador nacional considerou que os direitos fundamentais atingidos (propriedade, sigilo da correspondência, vida privada) eram demasiados importantes e que o grau de restrição dos mesmos era demasiado elevado para poder confiar na decisão doutra entidade, ainda que sujeita a eventual validação judicial oficiosa ou provocada, posterior (sem prejuízo é claro, do art. 252.º e das razões que o explicam)"[52].

Quanto ao segundo pressuposto de apreensão de correspondência, existe a necessidade de fundamentar que a correspondência foi expedida pelo suspeito ou lhe é dirigida, mesmo que sob nome diverso ou através de pessoa diversa (art. 179º, n.º1, al. a).

Nesse ponto, "interessa quem é, materialmente, o emissor ou o receptor da correspondência e não quem, formalmente, a remete ou a recebe. Por isso mesmo, pode ser apreendida a correspondência de todas as pessoas mediadoras de notícias, isto é, todas aquelas pessoas que passam notícias de e para o suspeito, excetuando, como é obvio, a correspondência do seu defensor"[53].

Como terceiro pressuposto, a exigência de que a diligência se revele de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova (art. 179º, n.º 1, al. C) CPP). Assim, "não basta uma simples suspeição, conjecturas vagas e incertas, para autorizar a apreensão da correspondência. A notícia do crime deverá ter consistência, por forma a poder legitimar a restrição daqueles direitos (art. 34º, n.º4, CRP). Eles são demasiados preciosos para poderem ser restringidos sem um qualquer fundamento jurídico"[54].

[52] CORREIA, João Conde - ... *op. cit.,* p.647.
[53] *Idem.,* p. 644.
[54] *Idem.,* p. 646.

Ademais, com o objetivo de efetivar o núcleo da inviolabilidade da correspondência, o legislador português garantiu que a primeira pessoa a tomar conhecimento do conteúdo da correspondência apreendida será o juiz que houver autorizado ou ordenado a diligência (art. 179º, n.º3, CPP, primeira parte).

Por conseguinte, caso o juiz considere relevante para a prova, ordenará a anexação ao processo, caso contrário, restitui para quem de direito, não podendo ela ser utilizado como meio de prova, bem como se obriga ao dever de segredo relativamente àquilo de que tiver tomado conhecimento e não tiver interesse para a causa (art. 179º, n.º 3, CPP, segunda parte).

Por fim, entende-se como elemento intrínseco do sigilo de correspondência são os elementos comunicativos que estejam fechados, designadamente que "*todo tipo de troca de informação que os sujeitos da relação comunicacional assumem e querem como fechada*"[55].

Uma comunicação aberta, o exemplo do panfleto publicitário dirigido à generalidade de pessoas, ainda que remetida pelo serviço dos correios não se encontra tutelada pelo sigilo de correspondência[56].

Dessa forma, as "restrições à apreensão de correspondência vigoram desde o momento em que a correspondência é fechada (assim atestando a vontade de a manter confidencial) até o momento em que a mesma é aberta pelo destinatário"[57].

---

[55] COSTA, José Francisco De Faria - *Direito Penal da Comunicação. Alguns escritos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 35.
[56] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital - .., *op. cit.* p. 544; ANDRADE, Manuel da Costa - *Bruscamente no verão passado, a reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p.160.
[57] CORREIA, João Conde - …, *op. cit.,* p.642-645.

Portanto, caso o documento esteja recebido e aberto, sujeita-se ao regime previsto no artigo 178º do CPP, igualando-se a um mero documento, eis que desprotegido do sigilo da correspondência[58].

Não é qualquer moldura penal que possui o condão de permitir a apreensão de correspondência comum, em razão do comando normativo resguardar, estando apenas "*em* causa crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos" (art. 179º, n.º1, al. b). Isso porque a Constituição não protege essas formas radicais de utilização dos direitos fundamentais, acabando por restringir a um catálogo legal circunscrito[59].

[58] ANDRADE, Manuel da Costa - *Bruscamente no verão passado, ... op. cit.,* p. 159; VERDELHO, Pedro - *A obtenção da prova em ambiente digital*. In: RMP, 25, 99, 2004, p. 124.
[59] CORREIA, João Conde - *Artigo 179.º - Apreensão de Correspondência*. In: Comentário Judiciário do Código de Processo Penal, Coimbra: Almedina, 2019, p. 645-646.

4- A RESERVA DE JUIZ E O REGIME JURÍDICO DE APREENSÃO DE CORREIO ELETRÓNICO E SEMELHANTES

4.1 AS INGERÊNCIAS EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E A RESERVA DE JUIZ

O ponto nevrálgico das reformas do processo penal em Portugal e na Europa, no século XX, centrou-se em averiguar o papel do juiz da instrução. Observa-se a ruptura gradativa de um modelo inquisitorial, migrando-se para um acusatório, pautado no respeito pelos direitos fundamentais.

A estrutura da fase de inquérito do direito português sofreu influência da primeira lei de reforma do processo alemão de 1974, que sedimentou a ideia introduzida no direito alemão, em 1921, de que compete "a atribuição da direção de todo o processo preparatório ao Ministério Público, conferindo ao juiz de instrução (*Untersuchungrichter*) o papel restrito de averiguações (*Ermittlungsrichter*), isto é, de um magistrado que procede a actos de instrução em situações de emergência, mas cuja tarefa essencial é a de controlar os actos do Ministério Público que contendam diretamente com direitos e liberdades do arguido" [60].

[60] ALBUQUERQUE, Paulo pinto de – *A Reforma da Justiça Criminal em Portugal e na Europa.* Coimbra: Almedina, 2003, p. 994 - 996.

Eis aqui a consagração do instituto do juiz das liberdades, correlacionando-se com o instituto da reserva de juiz. Se no modelo inquisitorial o juiz era o epicentro do inquérito criminal, a partir dessa nova estrutura, há uma divisão de competências entre o órgão que investiga, do que acusa, e julga.

Isso traz uma reconfiguração da repartição de competências, ao conferir aos tribunais, durante a fase de inquérito, apenas a ingerências de matérias predominantemente relacionados a direitos fundamentais.

Tal previsão do instituto da reserva de juiz é uma decorrência de um regime constitucional. O direito processo penal é o direito constitucional aplicado e como consequência disto, o regime constitucional consagrou direitos fundamentais com reflexos diretos no processo penal, para tanto, foi primordial que implementasse garantias de proteção.

Nessa esteira, a reserva de juiz é a garantia de vários direitos fundamentais. Vejamos, ao mesmo tempo em que se prevê o direito de liberdade, consagra-se a garantia do controle pelo Estado (juiz das liberdades) da restrição desse direito por meio da prisão. Semelhantemente o mesmo ocorre com o direito de propriedade, que normalmente exige a manifestação judicial para ingresso não consentido no domicílio. Nessas situações citadas, expressamente, a Constituição consagrou a necessidade de se respeitar o prévio controle judicial.

De modo mais abrangente, recebeu representativa atenção do constituinte português ao contemplar que "*toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos actos instrutórios que se não prendam directamente com os direitos fundamentais*" (art. 32º, n.º4).

Noutras palavras, o referido dispositivo representa a tutela de defesa dos direitos do cidadão no processo criminal e, nessa exata medida, determina o monopólio pelo juiz da instrução, como órgão constitucional garante dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Projeta-se o princípio da jurisdicionalidade nas etapas de inquérito e instrução, sempre que nos termos do artigo 32º, n.º 4 da CRP "*possam estar diretamente em causa direitos, liberdades e garantias fundamentais das pessoas*"[61].

Com efeito, pode-se afirmar que o direito fundamental da inviolabilidade da correspondência eletrónica possui como garantia a necessidade de prévio pronunciamento judicial, para que sofra eventual restrição.

Assim, em termos conceituais, as reservas de juiz no inquérito criminal "traduzem-se em normas legais de competência que conferem a um juiz o poder exclusivo e obrigatório para decretar medidas de ingerências nos direitos individuais"[62].

A efetivação do instituto da reserva de juiz pressupõe o momento de pronunciamento do juiz das liberdades. "Por regra exercem-se em momento prévio ao acto, ou durante a execução deste, e não depois"[63].

---

[61] DIAS, Jorge de Figueiredo; BRANDÃO, Nuno - *Sujeitos Processuais Penais: O Tribunal ...op. cit.,* p. 07. DIAS, Figueiredo - *Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal*. In: Jornadas de Direito Processual Penal: o Novo Código de Processo Penal, 1988. RODRIGUES, Anabela Miranda - *A jurisprudência constitucional portuguesa e a reserva do juiz nas fases anteriores ao julgamento ou a matriz basicamente acusatória do processo penal*. In: Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa, XXV, 2009, p.47 ss.

[62] MATA-MOUROS, Maria de Fátima - *Juiz das Liberdades Desconstrução de um Mito do Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 53.

[63] *Idem.*

A tese alemã da tutela preventiva em direito fundamental dá sentido e explica o regime de intervenção judicial prévio. De acordo com essa teoria, a atuação do juiz é uma compensação da ausência de tutela jurídica sem contraditório ou de esta vir demasiadamente tarde, quando ocorre grave lesão dos direitos fundamentais, trazendo perigo de danos irreversíveis[64].

Do mesmo modo, e principalmente, a tese alemã da gravidade da ingerência em direito fundamental tutela que "quanto mais grave se revelar a ingerência, maior é a proteção de que carece o visado. Para os defensores da teoria da gravidade da medida, esta deveria ser, se não a única, pelo menos a principal linha de orientação seguida pelo legislador na definição das reservas de competência judicial" [65].

Nesta linha de pensamento, as medidas limitativas da liberdade, pela indiscutível carga negativa que implicam, constituem um campo de especial incidência para a imposição de situações de reserva de competência.

Numa aplicação mais precisa desta orientação, "poderiam ser deixadas à competência do Ministério Público todas as medidas de ingerência que não afectassem direitos fundamentais, reservando-se para a autorização do juiz apenas as medidas que atingissem diretamente aqueles direitos" [66].

Face ao exposto, a tese da gravidade da medida "não se revela suficiente para, por si só, explicar a razão da intervenção do juiz no inquérito criminal. Na ordem jurídica alemã, e em especial no processo penal daquele país, é possível encontrar situações de grave ingerência nos direitos fundamentais cuja realização

[64] ANDRADE, Manuel da Costa - *Métodos ocultos de investigação: ... op. cit.*,p. 548.
[65] MATA-MOUROS, Maria de Fátima - *Juiz das Liberdades Desconstrução de um Mito do Processo Penal.* Coimbra: Almedina, 2011, p. 91.
[66] MATA-MOUROS, Maria de Fátima - *Juiz das Liberdades Desconstrução de um Mito do Processo Penal.* Coimbra: Almedina, 2011, p. 91.

não se encontra acautelada pela prévia autorização a conceder por um juiz. Será o caso designadamente da permissão para tirar fotografias, recolher impressões digitais contra a vontade do visado para efeitos de procedimento criminal ou de serviços de identificação" [67].

Ao contrário do Tribunal Constitucional alemão, no ordenamento jurídico português, pode-se extrair que o Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 155/2007, adota *implicitamente* a tese da gravidade da ingerência em direitos fundamentais. Na ocasião o TC analisava a possibilidade da recolha de saliva do arguido pelo órgão policial em exame de alcoolemia, contra a vontade do mesmo em submeter ao exame.

Sob a perspectiva da reserva de lei, pronunciou-se pela não ofensa material à Constituição e pela possibilidade de extração, mesmo diante da ausência de lei expressa.

Por outro lado, quanto ao respeito da garantia do órgão de controle das liberdades fundamentais manifestou "contendendo o acto em causa, de forma relevante, com direitos, liberdades e garantias fundamentais, a sua admissibilidade no decurso da fase de inquérito depende, pelas mesmas razões que justificam essa dependência no caso dos actos que constam da lista constante do artigo 269º do Código de Processo Penal*, isto é, por consubstanciar intervenção significativa nos direitos fundamentais do arguido, da prévia autorização do juiz de instrução*"[68].

Por uma decorrência da garantia constitucional da reserva de juiz em direitos fundamentais, o tribunal manifestou-se pela obrigatoriedade de se respeitar

[67] MATA-MOUROS, Maria de Fátima - *Juiz das Liberdades Desconstrução de um Mito do Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 91-92.
[68] Diário da República n.º 70/2007, Série II de 2007-04-10, disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/2068880/details/maximized.>.

o prévio pronunciamento judicial, para a ingerência do direito fundamental da integridade física, compreendendo que sua violação consubstancia *intervenção significativa nos direitos fundamentais*.

Dessa forma, a gravidade da ingerência no direito fundamental foi determinante para aferir e efetivar o critério da reserva de juiz, pressuposto que possui aplicabilidade também quando envolver ingerência em correspondência eletrónica.

4.2 A NECESSIDADE DE DO DESPACHO JUDICIAL PRÉVIO: RESERVA ABSOLUTA DE JUIZ EM APREENSÃO DE CORRESPONDÊNCIA ELETRÓNICA E SEMELHANTES

A lei do cibercrime de 2009 (LCC) consagrou o regime jurídico da apreensão do correio eletrónico, consagrando que "*quando, no decurso de uma pesquisa informática ou outro acesso legítimo a um sistema informático, forem encontrados, armazenados nesse sistema informático ou noutro a que seja permitido o acesso legítimo a partir do primeiro, mensagens de correio electrónico ou registos de comunicações de natureza semelhante, o juiz pode autorizar ou ordenar, por despacho, a apreensão daqueles que se afigurem ser de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova, aplicando-se correspondentemente o regime da apreensão de correspondência previsto no Código de Processo Penal*" (art. 17º, lei n.º 109/2009).

Segundo Sónia Fidalgo, a partir desta remissão do art. 17º da lei n.º 109/2009 para o regime de apreensão de correspondência do CPP, o legislador provocou interpretações doutrinais e jurisprudenciais diversas, em relação à exigência de despacho judicial prévio que autorize ou ordene a apreensão de mensagens de correio eletrónico, principalmente, quando ocorra na fase de inquérito[69].

O artigo 179º, nº. 1 do Código de Processo Penal consagra expressamente que *"sob pena de nulidade, o juiz pode autorizar ou ordenar, por despacho, a apreensão, mesmo nas estações de correios e de telecomunicações, de cartas, encomendas, valores, telegramas ou qualquer outra correspondência"*.

[69] FIDALGO, Sónia -*A apreensão de correio eletrônico e a utilização noutro processo das mensagens apreendidas*. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 29, n º 01, janeiro a abril, 2019, p. 64.

O ponto em análise é quanto à definição da repartição de competências em apreensão de correio eletrónico, em específico a discussão sobre a incidência do instituto da reserva de juiz como critério delimitador de competência.

Paulo Sá Mesquita e Rita Castanheira Neves apontam que em relação à correspondência eletrónica houve uma opção do legislador quanto à observância do regime de apreensão de correspondência previsto no CPP[70]. Assim, para qualquer apreensão de correio eletrônico, a tutela de qualquer bem jurídico constitucional de garantia fundamental relacionado a eles, exige-se o controle jurisdicional prévio pelo juiz das liberdades.

Entretanto, tal entendimento não é unânime, o que comprova a controvérsia sobre a matéria. O Tribunal da Relação de Guimarães prolatou o entendimento de que o Ministério Público, pode obter acesso ao teor do conteúdo das conversas e apreender um SMS, antes da decisão do juiz da instrução[71].

Nessa linha de argumentação, Pedro Verdelho declara que a norma do artigo 17º conjugada com o artigo 179º, n.º1 não contempla a necessidade de prévio controle pelo juiz da instrução, supostamente em razão da redação da norma não ser expressa quanto à exigência da prévia autorização judicial.

Segundo o autor: "*a primeira das adaptações prende-se com a exigência prévia- ou não –de despacho judicial ordenando a apreensão de mensagens de correio eletrônico. A lei não é expressa. Não obstante é clara, assumindo que pode*

[70] MESQUITA, Paulo Dá - *Prolégomenos sobre prova ..., op. cit.,* p. 117 e ss. NEVES, Rita Castanheira - *As ingerências nas comunicações ..., op. cit.,* p. 274-275.
[71] Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 29-03-2011 (Processo n.º 735/10.0GAPTL-A.G1)

proceder-se a uma apreensão cautelar de mensagens de correio eletrônico mesmo que não tenha havido nenhuma anterior ordem judicial nesse sentido" [72].

Com efeito, por essa compreensão não se exigiria a análise imediata e anterior do juiz das liberdades, pois permitiria a apreensão cautelar ou provisória e imediata atuação do Ministério Público ou órgãos de investigação criminal, fundamentado pelo teor do art. 17º da Lei do Cibercrime, quando se prevê a possibilidade de o juiz autorizar a apreensão de mensagens, se forem encontradas no decurso de uma pesquisa informática ou outro acesso legítimo a um sistema informático.

Assim, o autor conclui: "*o despacho judicial deverá ser ulterior à chegada das mensagens ao conhecimento de quem está a conduzir a investigação*"[73].

O argumento da apreensão provisória não se sustenta, seja porque o comando normativo do art. 17º da LCC não apresentou nenhuma previsão expressa legal de apreensão provisória, seja porque o próprio dispositivo prevê expressamente a necessidade de apreciação pelo juiz, bem como remete para o regime de apreensão de correspondência previsto no Código de Processo Penal, o que abrange tanto artigo 179º, n.º 1, quanto ao art. 282º que claramente também retratam a necessidade de despacho judicial prévio.

---

[72] VERDELHO, Pedro - *Lei do Cibercrime*. In: Scientia Ivridica – Revista de Direito comparado português e brasileiro, tomo LVIII, n.º 320 – Out/dez, 2009, p. 743.

[73] Segundo o autor, "*...por idênticas razões terá que entender-se que a única exigência legal para a sua apresentação provisória é a da existência de uma forma legítima de acesso ao meio informático em que estavam armazenadas. Esta apreensão é provisória porque caso o juiz entenda dever autorizar a apreensão, a mensagem em causa será efetivamente apreendida e junta ao processo. Caso assim não entenda, então a apreensão não se mantém, devendo o suporte das mensagens em causa ser devolvido ou, se a apreensão tiver sido feita por cópia, destruído". Idem*., p. 743

Discordando desse argumento, Sónia Fidalgo manifesta que por questões de legalidade estrita, o legislador português estabeleceu a exigência de despacho judicial prévio, afirmando que "*não parece que a lei em algum momento não tenha sido expressa quanto ao propósito de submeter à apreciação prévia da reserva de juiz*"[74].

Concordamos com o respeitável posicionamento doutrinadora que "para além da remissão para o regime da apreensão de correspondência previsto no Código de Processo Penal (artigo 179º, n.º 1), o próprio artigo 17º da Lei do Cibercrime estabelece que quando forem encontradas mensagens de correio eletrónico ou registos de comunicações de natureza semelhante, o juiz pode autorizar ou ordenar por despacho, a apreensão daqueles que se afigurem ser de grande interesse"[75].

Tal posicionamento da doutrinadora, compatibiliza-se também com a doutrina de Manuel da Costa Andrade, que defende que o sacrifício de direitos fundamentais, decorrentes dos meios ocultos de investigação criminal, estão sujeitos a uma "*intransponível exigência de reserva de lei*"[76].

Ora, cabe enfatizar que as garantias processuais penais decorrem diretamente das normas de direitos fundamentais estabelecidas na Constituição de Portugal.

Trata-se da conformação jurídico-constitucional do direito processual penal, o que resulta as exigências correntes, conforme Figueiredo Dias, de *"uma*

[74] FIDALGO, Sónia - *A apreensão de correio eletrônico e a utilização noutro processo das mensagens apreendidas ..., op. cit.,* p. 67.
[75] FIDALGO, Sónia - *A apreensão de correio eletrônico e ..., op. cit.,* p. 67.
[76] ANDRADE, Manuel da Costa - *Métodos ocultos de ..., op. cit.,* p. 540.

estrita e minuciosa regulamentação legal de qualquer intromissão, no decurso do processo, na esfera dos direitos do cidadão constitucionalmente garantidos[77].

Em relação ao regime de ingerência em correio eletrónico, não se vislumbra esse caráter minucioso e estrito para a interferência em direitos fundamentais.

Ademais, de acordo com o Tribunal Constitucional Federal alemão, como decorrência da reserva de lei há a necessidade de "*prever expressa e explicitamente a medida de compreensão de direitos fundamentais, fixar a sua compreensão, extensão e vinculação finalistíco-teleológica bem como definir os seus limit*es"[78].

As normas processuais penais são complementares às normas de direitos constitucionais e visam apenas efetivar as referidas garantias. Qualquer interpretação deve-se pautar em aferir a conformação ao texto constitucional.

Não é aceitável tecnicamente qualquer interpretação aleatória ao comando do texto normativo do artigo 17º da LCC, que permita sacrificar os direitos fundamentais, pois o legislador deve-se pautar em ter uma intenção clara, manifesta e direta, rejeitando-se, assim, interpretações *in malam partem* que diminuam, sem embasamento legal clarividente, o específico comando constitucional da garantia de respeito da inviolabilidade de garantias fundamentais relacionados a correspondência eletrônica.

Assim, a regra é a prevalência da interpretação que concretize eficácia aos direitos fundamentais previstos na Constituição de Portugal (art.34). Apenas em

[77] DIAS, Jorge de Figueiredo Dias - *Direito Processual Penal*. 1ª edição, reimpressão, Coimbra Editora, 2004, p. 74.
[78] ANDRADE, Manual da Costa - *Métodos ocultos ..., op. cit.,* p. 540.

contextos com objetiva e específica regulamentação limitadora é que se deve, de forma excepcional, permitir a limitação de direitos fundamentais.

Nas precisas palavras de Manuel da Costa Andrade, "*o campo de abertura da lei constitucional a uma mais ou menos alargada compreensão dos direitos fundamentais só pode ser actualizado mediante intervenção do legislador ordinário*"[79]

Além desse argumento, há que se destacar a manifesta relação de causa efeito entre a legalidade e o princípio do juiz natural. O princípio da legalidade em matéria penal vincula a necessidade de se observar não apenas a legalidade incriminatória e sancionatória, mas também "*a legalidade da repressão penal e, portanto, do processo para a aplicação da pena*"[80].

Decorre disso que somente a lei possui o condão de criar um juiz e fixar-lhe a competência. Por consequência "a competência material e funcional dos tribunais em matéria penal é regulada pelas disposições deste Código e, subsidiariamente, pelas leis de organização judiciária" (art. 10º, CPP).

Institui-se o juiz natural (expressão francesa e italiana) ou juiz legal (acepção alemã), que significa "o *direito fundamental dos cidadãos a que uma causa seja julgada por um tribunal previsto como competente mediante aplicação de critério objetivos legalmente determinados, e não ad hoc criado ou tido como competente*"[81].

---

[79] "Os silêncios da lei nem sequer podem ser ultrapassados por apelo directo à constituição e ao seu horizonte de autorização, um procedimento que entre nós tem sido adoptado por alguns tribunais para suprir, por exemplo, a ausência de lei a autorizar o recurso a testes de ADN. ANDRADE, Manuel da Costa - *Métodos ocultos de ..., op. cit.,* p. 541.

[80] DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Processual Penal*. 1ª edição, reimpressão, Coimbra Editora, 2004, p. 321-322.

[81] DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Processual Penal, ..., op. cit.,* p. 322. DIAS, Jorge de Figueiredo; BRANDÃO, Nuno - *Sujeitos Processuais Penais: O Tribunal, ...op. cit*., p. 32.

Em que pese a redação possa dar margem a interpretações restritivas, no sentido de somente os juízes das fases de julgamento e recurso, Brandão e Figueiredo Dias[82] esclarecem que todos os juízes penais estão abrangidos pela referida garantia, inclusive os das fases de inquérito e instrução, tal porque "as razões que justificam a sua existência, maxime a necessidade de garantir a independência e isenção do juiz e a confiança da comunidade na realização da justiça penal, valem por inteiro" para os juízes das fases iniciais.

O problema jurídico da apreensão da correspondência eletrónica pode-se confirmar pela escolha manifesta do legislador em optar pela garantia do juiz das liberdades, como guardião dos bens jurídicos fundamentais da inviolabilidade da correspondência eletrónica, autodeterminação informacional, entre outros direitos fundamentais, que se forem desrespeitados ofendem também o princípio da legalidade, na vertente processual.

Rui Cardoso questiona o critério da lei, argumentando que "se fosse intenção do legislador aplicar integralmente o 'regime de apreensão da correspondência do CPP', bastar-lhe-ia ter dito que à apreensão de mensagens de correio eletrônico ou registros de comunicações de natureza semelhante é aplicável o regime de apreensão de correspondência previsto no CPP"[83].

Argumenta que apenas alguns critérios das normas foram incorporados no art. 17 da LCC e, não houve a incorporação de todos os comandos normativos do art. 179, por expressa vontade do legislador em não os incluir.

Tal argumento não se sustenta, em que pese haver críticas em relação à ausência de tecnicidade do legislador, é inegável que houve uma ruptura de regime

[82] *Idem.,* p.35.
[83] CARDOSO, Rui - *Apreensão de correio ..., op. cit.,* p. 195.

jurídico anterior de intercepção telefônica com a remissão expressa para o regime da apreensão de correspondência.

Não consta tal remissão expressa do prévio despacho judicial, em nenhum outro dispositivo de meio de obtenção de prova, previsto na lei n.º 109/2009, mas apenas no art. 17º da LCC.

O objetivo do legislador direcionou-se em evitar qualquer controvérsia sobre o regime jurídico. Percebe-se que a preocupação do legislador foi tão grande em garantir o controle pelo juiz da instrução, que consignou expressamente no art. 17º da LCC, promovendo uma redação normativa redundante, praticamente repetindo a norma do art. 179º do CPP, bem como remeteu também, expressamente, para o regime de apreensão de correspondência previsto no CPP, ou seja, ocasionou uma sobreposição de normas, uma dupla previsão normativa de necessidade de despacho judicial prévio, para que dissipasse todas as dúvidas.

Consta como fundamental também, a intenção expressa do legislador português em submeter a um regime desintegrado do regime de buscas e apreensão[84].Nesse sentido o Tribunal da Relação de Lisboa ratifica o referido posicionamento[85].

---

[84] A mera leitura da exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 289/X/4.ª "*evidencia que o Governo, reconhecendo a "desadequação da ordem jurídica nacional às novas realidades a implementar", não pretendeu fazer uma mera extensão do regime das buscas e apreensões previsto no CPP à prova digital, antes assumindo a vontade de proceder a uma adaptação desse regime, superando-o quando necessário: "a forma como a busca e a apreensão estão descritas no CPP exigiam alguma adaptação a estas novas realidades*". CARDOSO, Rui - *Apreensão de correio eletrônico ..., op. cit*., p. 170.

[85] Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11-01-2011 (Processo n.º 5412/08.9TDLSB-A.L1-5); Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29-12-2017 (Processo n.º 184/12.5TELSB-A.L1) e Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 06-02-2018 (Processo nº. 1950/17.0T9LSB-A.L1-5.

Por fim, cabe sacramentar o argumento da necessidade do despacho judicial prévio, por meio do critério da reserva absoluta de jurisdição em direitos fundamentais. A Suprema Corte alemã sedimentou posição de que a jurisdição penal é o lugar por excelência da reserva absoluta de jurisdição.

No ordenamento português, o constituinte português estabeleceu o rigor de observância de sentença judicial condenatória, para permitir a restrição da liberdade de uma pessoa (art. 27º, n.º2). Semelhantemente, medidas de ingerência em direitos fundamentais suscitam a manifestação do poder judiciário (art. 32º, n.º4).

Revisitar as doutrinas dos constitucionalistas J. J. Gomes Canotilho e Paulo Castro Rangel, emerge como caminho sustentável para dirimir a celeuma quanto aos dois pontos centrais da discussão da reserva de juiz envolvendo correios eletrônicos e comunicações de natureza semelhante, instaurando elementos contundentes para aferir os limites e alcances da reserva de jurisdição.

J.. J. Gomes Canotilho identifica dois critérios para determinar o alcance do monopólio da jurisdição do Estado, nomeadamente o critério do monopólio da primeira palavra e do monopólio da última palavra.

O monopólio da primeira palavra ocorre *"quando, em certos litígios, compete ao juiz não só a última palavra, mas também a primeira palavra referente à definição do direito aplicável a certas relações jurídicas"*[86].

Em linhas gerais, vislumbra-se um filtro de determinadas matérias que somente podem ser apreciadas pelo juiz, em face da significativa carga valorativa dos direitos fundamentais, o que abrange a competência para decidir, em sede de

[86] CANOTILHO, J. J. Gomes - *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, p. 669.

monopólio, ou seja, com a exclusão de qualquer outro pronunciamento de qualquer órgão ou poderes.

Sobre a temática Paulo Castro Rangel[87] aprofunda com autoridade classificando como reserva absoluta de jurisdição, distinguindo entre «especificada» e «não especificada».

A reserva absoluta assume a mesma dimensão, tratando-se daqueles problemas jurídicos concretos, em que os tribunais detêm não apenas a última, mas também a primeira palavra, ou seja, detêm a competência para dar a palavra sobre uma questão de fato e de direito, com exclusão de manifestações por parte de outros órgãos.

A reserva absoluta pode-se referir àquelas situações especificamente previstas em preceitos constitucionais, como por exemplo a determinação de prisão ou mesmo a ingerência na inviolabilidade de domicílio (art. 34º, n.º1, CRP), no que se denomina de reserva absoluta específica de jurisdição. Por seu turno, preceitos de ordem de reserva legal (CPP por exemplo), igualmente podem justificar a exclusividade do juiz para apreciar[88].

Não somente matérias com expresso comando normativo, o critério da reserva absoluta não especificada apresenta matérias em áreas não delimitadas nas normas de âmbito legal ou constitucional, que manifestam critério material relevante, estabelecido pela jurisprudência. Tratam-se daquelas matérias em que

[87] RANGEL, Paulo Castro - *Reserva de Jurisdição: sentido dogmático e sentido jurisdicional*. Lisboa: Universidade Católica, 1997, p. 35.
[88] RANGEL, Paulo Castro - *Reserva de Jurisdição: sentido dogmático e sentido jurisdicional*. Lisboa: Universidade Católica, 1997,, p. 59/60.

"*não existe qualquer razão ou fundamento material para a opção por um procedimento não judicial de decisão de litígios*"[89].

Normalmente, ocorre quando o que está em discussão são os direitos de particular importância jurídico-constitucional, como as questões de natureza penal, considerando que nestas "é sempre inadmissível qualquer procedimento administrativo prévio*"*[90].

Nessa linha de raciocínio, a tese defendida é no sentido de adoção do critério do monopólio da primeira palavra para os Tribunais, em ingerências de correspondência, ou melhor, a reserva absoluta específica de jurisdição.

Com efeito, apenas os juízes das liberdades possuem a competência para autorizar ou ordenar a ingerência no direito fundamental da inviolabilidade da correspondência, seja ela de índole corpórea ou eletrónica, aplicando-se a reserva absoluta de juiz nas apreensões de correio eletrónico.

Por sua vez, nos termos do art. 269º e art. 126º, n.º3, ambos do CPP, sob pena de nulidade, atribui-se a competência exclusiva ao juiz da instrução para ordenar ou autorizar apreensões de correspondência, "mas também como princípio geral do Processo Penal segundo o qual o juiz deve intervir sempre que esteja em causa violação grave de direitos fundamentais, sendo que os direitos tutelados, supra referidos, são fundamentais, e a apreensão da correspondência viola de forma grave esses mesmos direitos".[91]

O regime de repartição de competências, quanto à necessidade de despacho judicial prévio, apresenta-se manifesto no teor normativo da

[89] CANOTILHO, J. J. Gomes - *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, p. 669
[90] *Idem.*
[91] JESUS, Francisco Marcolino de - *Os meios de obtenção da prova …, op. cit.,* p. 264.

Constituição da República de Portugal, o que trouxe reflexo em termos de garantia para elaboração do dispositivo contido no artigo 179º, n.º 1 do Código de Processo Penal, o qual o art. 17º da lei n.º 109/2009 faz remissão direta.

A LCC, em compasso ao texto constitucional, apresentou elementos para confirmação da necessidade do pronunciamento prévio do juiz, pois a partir do momento em que rompe com artigo 189º, n.º1 do CPP, e acata expressamente o texto do art. 17º, no tocante à necessidade da manifestação judicial, demonstra claramente a intenção de conferir garantias previstas decorrentes da Constituição de Portugal ao regime processual penal, o que manifesta consonância com a norma constitucional prevista no art. 32, nº.4º.

Em outras palavras, o art. 17º da LCC quando remete para o regime de apreensão de correspondência previsto no CPP, categoricamente demonstra o nítido objetivo de respeito ao despacho judicial prévio e de concretizar a constituição.

A resposta categórica é no direcionamento da imposição da ordem jurídica da prévia enquanto manifestação do juiz das liberdades para a ingerência na correspondência eletrônica. Tal porque confere significativa carga valorativa aos direitos fundamentais, assim, compete ao juiz não só a última palavra, mas também a primeira palavra referente à definição do direito aplicável a certas relações jurídicas, visto que é "*inquestionável que das normas de direitos fundamentais estabelecidas na Constituição pode e deve extrair-se a previsão de garantias processuais essenciais a respeitar ao longo de todo o processo penal*"[92].

Não respeitar, isso é fortalecer o argumento de violação dos direitos fundamentais e concretizar gradualmente o menosprezar da condição humana,

[92] MATA-MOUROS, Maria de Fátima - *Juiz das Liberdades ..., op. cit.,* p. 36.

subvertendo a ordem de sujeito para objeto de direito, cuja procura da verdade está acima dos valores de dignidade mínima da pessoa. Desse modo, deve-se afastar de plano tais argumentos, direcionando-se principalmente em promover a superioridade ética do Estado na busca da verdade processual.

Com efeito, a ponderação deve ser realizada por um juiz de direito. "É através desta ponderação e da justa decisão do conflito que se exclui a possibilidade de abuso de poder – da parte do próprio Estado ou dos órgãos a eles subordinados – e se põe a força da sociedade ao serviço e sob o controle do direito; o que traduz só, afinal, aquela limitação do poder do Estado pela possibilidade de livre realização da personalidade ética do homem que constitui o mais autêntico critério de um verdadeiro Estado-de-direito"[93].

De acordo com todo arcabouço doutrinário, jurisprudencial e constitucional, pode-se concluir pela necessidade de prévio despacho judicial emanado por um juiz, para efetivar qualquer ingerência no sigilo de correspondência eletrónica.

[93] DIAS, Jorge Figueiredo - *Direito Processual Penal…, op. cit.,* p. 59.

4.3 MONOPÓLIO DA PRIMEIRA PALAVRA QUANTO AO PRIMEIRO ACESSO DAS INFORMAÇÕES DO CORREIO ELETRÓNICO

4.3.1. REGIME JURÍDICO DO ART. 179º, N.º 3 DO CPP

Após o ato processual do prévio despacho judicial, autorizando a ingerência em correspondência eletrônica, há que se averiguar, também, se há a incidência do instituto da reserva de juiz absoluta ou relativa, no tocante ao *primeiro acesso do conteúdo do correio eletrónico*.

A tônica da discussão surge em decorrência da inexistência de texto expresso na norma da lei do cibercrime (art. 17º), prevendo a obrigatoriedade de o juiz da instrução ser a primeira pessoa a ter acesso ao conteúdo do correio eletrónico, nos moldes como ocorre com o art. 179º, n.º3 do CPP.

Desde já, cumpre concordar com Rita Castanheira Neves e Santos Cabral que defendem a remissão categórica para o regime de apreensão de correspondência, pois isso concretiza o entendimento já sedimentado do referido dispositivo do CPP, de que o juiz que houver autorizado ou ordenado a ingerência deva ser a primeira pessoa a tomar conhecimento do conteúdo da correspondência eletrónica[94].

Noutro sentido, começam a surgir interpretações equivocadas, como a de Rui Cardoso, que nega o caráter de reserva absoluta de jurisdição ao primeiro acesso da correspondência, pautado na ausência de quatro pontos[95]:

a) A letra de lei;

b) A coerência do sistema de tutela de direitos;

---

[94] NEVES, Rita Castanheira - *As ingerências nas ..., op, cit.,* p. 274-275.
[95] CARDOSO, Rui - *Apreensão de correio eletrônico ..., op. cit., p*. 195-213.

c) A diferença entre correio eletrónico e o correio corpóreo;

d) a ofensa ao sistema acusatório pelo juiz da instrução.

Em relação à ausência de lei, o referido Procurador da República aponta que a partir do momento em que a redação no art. 17º consigna que o juiz pode autorizar ou ordenar, "pressupõe, pois, que a iniciativa é de outrem, do Ministério Público, e que é desse órgão acusador a seleção das comunicações cuja apreensão se autorizará ou não", pois o verbo autorizar significa "conceder licença para algo, conferir autoridade a, permitir, validar, apoiar"[96].

Discordamos. Os verbos empregados possuem total compatibilidade com o regime jurídico e com o regime da reserva de juiz. Em regra, o juiz *ordena* a apreensão da correspondência dentro de um contexto requerido, pelos órgãos de investigação. Tal verbo ordenar é por si suficiente para justificar o primeiro acesso da correspondência pelo juiz das liberdades.

Em que pese isso, excepcionalmente, haverá *autorização*, nas hipóteses das medidas cautelares de polícia (art. 252, nº 2 e 3, CPP), para o primeiro acesso por autoridades diversas do juiz das liberdades. Nessa situação, o perigo da demora justifica a validação posterior do juiz da instrução, conforme veremos no próximo capítulo, não havendo em que se falar em ausência de lei.

Dessa forma, o legislador adequou perfeitamente os verbos nucleares, o que incluiu o «autorizar», haja vista que o regime de apreensão previsto no CPP, deve ser lido a partir do art. 179º e principalmente conjugado com o art. 282º, que permite a autorização para o primeiro acesso para os órgãos de polícia. Dessa forma, não procede o argumento da interpretação dos verbos mencionados pelo autor, antes tal entendimento se compatibiliza com o regime de apreensão de correspondência.

[96] *Idem.,* p. 196.

Como segundo argumento, sustenta o referido Procurador que existe incoerência no sistema de tutela de direitos fundamentais, pois há casos mais graves em que os OPC´s e o Ministério Público podem e devem tomar primeiro conhecimento do conteúdo, como de interceptação (arts. 16º, n.º3 e art. 18.º, LCC), ao passo que em casos de ingerência ao correio eletrónico, consideravelmente menos invasiva, é o juiz quem deve fazer[97].

Os argumentos apresentados consistem nos critérios da proporcionalidade ou «quem pode o mais, pode o menos». Segundo o autor, a incoerência de tutela de direitos reside "quando há intercepção das comunicações eletrónicas, também os OPC´s e o Ministério Público deles tomam conhecimento antes do juiz de instrução, podendo fazê-lo até em tempo real (no decurso das comunicações)- artigo 188.º, n.º 1 a 4 do CPP, ex vi do artigo 18º, n.º 4 da LCC. Os dados podem ser os mesmos: os das comunicações eletrônicas e semelhantes, que, mais tarde, já armazenados, podem ser apreendidos, nos termos do artigo 17º, está aqui em causa o próprio sigilo das telecomunicações. Não se compreende que, durante a comunicação electrónica, os OPC´s e o Ministério Público possam dela tomar conhecimento primeiro, mas não podem fazer já depois de terminada"[98].

Como o próprio autor admite, "*essa foi indiscutivelmente a intenção do legislador"* conferir proteções distintas para as comunicações em tempo real em relação a escritas à distância[99].

Realmente, há distinções entre os regimes de comunicações. Discordamos do argumento da ausência de coerência do sistema de tutela de direitos, isso porque com a lei n.º 109/2009 adveio a opção do legislador em romper com o regime de comunicação real da intercepção telefônica, prevista no art. 189º, n.º1 do CPP.

---

[97] CARDOSO, Rui - *Apreensão de correio eletrônico ..., op. cit*., p. 198.
[98] *Idem.,* p. 198-199.
[99] *Idem.,* p. 199-200.

Existe a distinção entre a palavra falada (comunicação em tempo real) da escrita (comunicação em tempo prolongado), assentada no pressuposto da «volatibilidade da palavra falada»[100].

O CPP, em 2007, não promovia a distinção desses critérios, o que era visto como tecnicamente inadequado. Já mesmo antes da lei n.º 109/2009, Faria Costa sustentava que as comunicações efetuadas por qualquer meio técnico diferente do telefone, somente compreendiam "*os novos meios de telecomunicação da palavra falada*"[101].

A reforma do art. 17º, da lei n.º 109/2009 verificou as incongruências existentes promovendo a ruptura de regime jurídico, entre a palavra falada e a palavra escrita, quanto ao correio eletrónico. Repare-se que intencionalmente efetivou tal mudança, tendo em vista o intervalo curtíssimo de tempo de menos de dois anos.

Justifica-se a diferença entre a palavra falada da escrita, porque as palavras escritas perpetuam no tempo e merecem um grau de proteção constitucional diferente e por isso exigem uma tutela mais considerável, "*uma vez que há uma maior ponderação do emissor quando envia uma mensagem de correio eletrônico, no sentido em que dedica maior cuidado às palavras devido à perpetuação desse registo no tempo, do que quando comunica oralmente"*[102].

Dessa forma, apresenta pertinência o tratamento recebido do primeiro controle, do teor material das correspondências pelo juiz das liberdades, o que efetiva a garantia constitucional previsto no art. 34º da CRP.

---

[100] NEVES, Rita Castanheira - *As Ingerências nas Comunicações ..., op. cit.,* p. 172-173.
[101] COSTA, José Francisco de Faria - *Direito Penal da Comunicação…op. cit.,* p. 175.
[102] NEVES, Rita Castanheira - *As Ingerências nas ..., op. cit*., p. 172-173. PRATAS, Rita Maria Coelho Salvador - *O Correio Eletrónico como meio de prova em Processo Penal*. Dissertação de Mestrado Forense, Universidade Católica Portuguesa, 2018, p. 20.

Portanto, não há incoerência na tutela dos direitos, mas antes a sua afirmação de acordo com a necessidade e proporcionalidade.

Por último, existe o argumento de que o primeiro acesso e filtro pelo juiz, relativamente aos documentos do correio eletrónico, colide frontalmente com o sistema acusatório, previsto no art. 32.º, n.º 5, da CRP.

Segundo o Procurador, o juiz da instrução deve ser "apenas juiz de liberdades e garantias: juiz de controlo, não de iniciativa". Desse modo, a norma do art. 179º, n.º 3 é inaplicável, por supostamente atribuir uma competência ao juiz de instrução "para verdadeiramente investigar os factos noticiados e impor ao Ministério Público a utilização de concretos meios de prova"[103].

Segundo o autor, tal posicionamento é "um regresso ao sistema que vigorou para as escutas telefónicas na versão original do CPP- que não permitia aos OPC´s e ao Ministério Público tomarem conhecimento do seu conteúdo antes do juiz da instrução -, que, após críticas, veio a ser modificado, primeiro na reforma de 1998 e depois na de 2007"[104].

Discordamos da referida argumentação exposta, pois é inquestionável que das normas de direito fundamentais estabelecidas na Constituição, pode e deve se extrair a previsão de garantias processuais essenciais a respeitar ao longo de todo processo penal.

Como decorrência de valores fundamentais, pensamos que o CPP determina a reservas da prática de alguns atos materiais exclusivamente ao juiz da instrução, como por exemplo, a obrigatoriedade da busca em escritório de advogado ser presidida pelo juiz (art. 177º, n.º 3 do CPP).

[103] CARDOSO, Rui - *Apreensão de correio eletrônico e ..., op. cit*., p. 210-211.
[104] *Idem.,* p. 211.

Semelhantemente, há previsão de realizações de atos materiais, por exemplo, abertura da correspondência pelo juiz da instrução, como o primeiro órgão constitucionalmente a causar a ingerência na vida privada e correspondência do cidadão.

Isso porque artigo 179º, n.º 3 do Código de Processo Penal determina que "o juiz que tiver autorizado a diligência é a primeira pessoa a tomar conhecimento do conteúdo da correspondência apreendida. Ademais, se a considerar relevante para a prova, fá-la juntar ao processo; caso contrário, restitui-a a quem de direito, não podendo ela ser utilizada como meio de prova, e fica ligado por dever de segredo relativamente àquilo de que tiver tomado conhecimento e não tiver interesse para a prova (art. 179º, nº 3, parte final)."

A reserva de juiz assume três dimensões. Com efeito, Maria Mata-Mouros defende categoricamente que a abertura de correspondência apreendida e o primeiro acesso às referidas informações corresponde à *dimensão de conteúdo do objeto da decisão*[105].

Nessa perspectiva, tal garantia na verdade se revela como necessária, para o Estado evite a devassa da vida privada e da correspondência eletrónica do suposto arguido, por outros órgãos do Estado ou por particulares. Com efeito, cabe afirmar que a conduta ativa do juiz efetiva, antes de tudo, os comandos constitucionais de garantias fundamentais.

Quanto à constitucionalidade (sistema acusatório), não se verifica qualquer vedação, antes cabia o juiz analisar fisicamente as mais variadas correspondências, num processo mais árduo de controle dentro de um espaço amostral disponível, atualmente, pode ser verificado de forma mais célere, com

[105] MATA-MOUROS, Maria de Fátima - *Juiz das Liberdades …, op. cit.,* p. 89.

alguns programas e critérios de pesquisa mais sofisticados, perfeitamente admissível no ordenamento jurídico.

Desse modo, torna-se necessário de forma ordinária o primeiro contato e controle da reserva da intimidade pelo juiz das liberdades. Trata-se de uma dupla garantia, a de despacho anterior bem como a adoção de ato material para averiguar a correspondência eletrónica, evitando a devassa indevida na privacidade e correspondência por outros órgãos de investigação estatais.

4.3.2 MEDIDAS CAUTELARES EM SEDE DE INGERÊNCIA EM CORRESPONDÊNCIA ELETRÓNICA

A inovação legislativa da lei n.º 109/2009, no que se refere aos vários meios de obtenção de provas eletrónicos, não dedicou qualquer capítulo ou artigo às medidas cautelares e de polícia, de modo que "não existem normas suficientes para fazer face a este avanço tecnológico aquando da criação da Lei do Cibercrime"[106].

Quanto a incidência do referido regime jurídico do CPP ao correio eletrônico em sede das medidas cautelar de polícia, João Conde e Paulo Dá Mesquita[107] defendem a remissão da Lei n.º 109/2009 (art.17º) para o regime geral previsto no Código de Processo Penal, quanto à apreensão de mensagens de correio electrónico ou registos de comunicações de natureza semelhante, na prática

[106] Ramos, Armando R. Dias - *Do periculum in mora da atuação da autoridade judiciária ao fumus boni iuris da intervenção policial: contributo para o estudo das medidas cautelares e de polícia na cibercriminalidade económica*. In: IV Congresso de Processo Penal: I congresso luso-brasileiro de criminalidade económico-financeira: memórias, coord. Manuel Monteiro Guedes Valente, Coimbra: Almedina, 2016, p. 15.

[107] MESQUITA, Paulo Dá - *Prolégomenos sobre prova ..., op. cit.,* p.118; ANDRADE, Manuel da Costa - *Bruscamente no verão passado, a reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido difer*ente. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 159.

determina a aplicação deste regime na sua totalidade, sem redução do seu âmbito, o que incluiu *as medidas cautelares*.

Esse é o entendimento do Tribunal da Relação de Lisboa (Ac. TRL de 11-01-2011), afirmando que "em caso de urgência, isto é, de perda de informações úteis à investigação de um crime em caso de demora, o juiz pode autorizar a abertura imediata de correspondência (assim como de correio eletrónico) pelo órgão de polícia criminal e o órgão de polícia criminal pode mesmo ordenar a suspensão da remessa de qualquer correspondência nas estações de correios e de telecomunicações, nos termos dos nºs 2 e 3, do art. 252º, do Código de Processo Penal, devendo a ordem policial ser convalidada no prazo de 48 horas, sob pena de devolução ao destinatário caso não seja convalidada, ou caso seja rejeitada a convalidação".

Há de se concordar com a doutrina e jurisprudência, que em casos de urgência ou perigo da demora devidamente fundamentados, os OPC possuem atribuição para ter o primeiro acesso ao correio eletrónico, aplicando-se o regime previsto no art. 282º, n.º 2 e 3. Tal contexto não exclui, a necessidade de prévia autorização judicial.

O Código de Processo Penal consagra o instituto das medidas cautelares em apreensão de correspondência ao dispor que:

Artigo 252.º Apreensão de correspondência

"1 - Nos casos em que deva proceder-se à apreensão de correspondência, os órgãos de polícia criminal transmitem-na intacta ao juiz que tiver autorizado ou ordenado a diligência.

2 - Tratando-se de encomendas ou valores fechados susceptíveis de serem apreendidos, sempre que tiverem fundadas razões para crer que eles podem conter informações úteis à investigação de um crime ou conduzir à sua descoberta, e que

podem perder-se em caso de demora, os órgãos de polícia criminal informam do facto, pelo meio mais rápido, o juiz, o qual pode autorizar a sua abertura imediata.

3 - Verificadas as razões referidas no número anterior, os órgãos de polícia criminal podem ordenar a suspensão da remessa de qualquer correspondência nas estações de correios e de telecomunicações. Se, no prazo de quarenta e oito horas, a ordem não for convalidada por despacho fundamentado do juiz, a correspondência é remetida ao destinatário."

O pressuposto do prévio despacho judicial, nos termos do art. 179º, n.º 1º do CPP, deve ser prontamente respeitado, por exigência do art. 252º, n. º 1.

No presente dispositivo normativo, o legislador português acolheu um critério com mais garantias em relação ao regime de revistas e buscas (art. 251º, CPP), pois mesmo diante da urgência da medida, exige-se a prévia autorização judicial para a ingerência da correspondência física ou eletrônica (art. 34º, n.º 1 e 4 CRP)[108].

Com efeito, há quem sustente que em razão da necessidade autorização do juiz, para que o órgão de polícia criminal possa apreender correspondência, tal circunstância desnatura o ato como uma medida cautelar ou de polícia, "pois não se tratam de atos pré-processuais e de competência originária, tratando-se assim de um ato ordenado ou autorizado por autoridade judiciária"[109].

Discordamos desse posicionamento.É indiscutível a incompatibilidade do execução do cumprimento de algumas medidas no âmbito do correio

[108] SOARES, Paulo Alexandre Fernandes - *Meios de obtenção de Prova no Âmbito das Medidas Cautelares e de Polícia.* 2ª Ed., Coimbra: Almedina, 2017, p.161.

[109] TRANCOSO, Raúl Estevão Ramos - *Medidas cautelares e de polícia: Enquadramento jurídico, prática e gestão processual, Meios de obtenção de prova e medidas cautelares e de Polícia*. In: Revista do CEJ, trabalhos do 2.º ciclo do 32.º curso, abril de 2019, p. 115; VALENTE, Manuel Guedes -*Teoria Geral do Direito Policial.* 7.ª edição, Coimbra: Almedina, 2017, p. 260-261; SOARES, Paulo Alexandre Fernandes - *Meios de obtenção de Prova no Âmbito das Medidas Cautelares e de Polícia*, 2ª Ed., Coimbra: Almedina, 2017, p. 162-163.

eletrónico, como proceder à suspensão da remessa de qualquer correspondência nas estações de correios eletrónicos (art. 252.º, n.º 3), ou mesmo transmitir intacta a correspondência (art. 252º, n.º 1), que exige do invólucro do material corpóreo.

A discussão na modalidade cautelar de polícia circulará em torno do primeiro acesso ao conteúdo da correspondência (acessar a correspondência eletrónica e realizar a primeira devassa) e a urgência pode ser motivo para a dispensa do primeiro acesso conferida aos tribunais.

Com efeito, os requisitos de uma medida cautelar de urgência e o perigo da demora ainda se encontram presentes, pois se observa que, em razão da urgência se prefere a eficácia da ação conseguida, relativizando-se a exigência da garantia material a ser cumprida pela autoridade judicial (abertura e primeira leitura da correspondência).

Esta opção representa, entretanto, por parte do legislador, a consciência clara de que a realização de uma investigação criminal necessita, para ser eficaz, de ter ao seu dispor certos meios que são afinal, na prática, os meios normais de atuação naquelas fases em que a prova se estrutura[110].

Com efeito, destaca-se que o perigo da demora, desde que devidamente fundamentado e pautado em critérios previstos no art. 18 da CRP, pode permitir a concretização do primeiro acesso das informações da correspondência pelo OPC.

A medida cautelar de apreensão de correspondência física ou eletrónica é a adoção de providências pelos órgãos de polícia criminal, com necessidade de prévia manifestação da autoridade judiciária competente autorizando, no sentido de determinar a dispensa do primeiro acesso da correspondência, e

[110] SOARES, Paulo Alexandre Fernandes - *Meios de obtenção de ..., op. cit.,*p. 208.

acautelando a obtenção de meios de prova que, de outra forma, poderiam perder-se ou provocar danos irreparáveis na obtenção das finalidades do processo. Quer devido à natureza perecível de certos meios de prova, quer ainda o caráter urgente dos atos a praticar.

Cumpre entender, teoricamente, o fundamento da dispensa do monopólio da reserva de juiz para o primeiro acesso ao conteúdo da correspondência eletrónica, em situações que contenham os requisitos das cautelares.

O critério do monopólio da última palavra legitima a atuação inicial de outros órgãos e poderes, reservando ao poder judiciário a última palavra sobre o problema jurídico concreto, o que ocorre normalmente nos litígios comuns da vida privada ou mesmo em casos de violação de direito de particulares por parte do Estado[111].

No que tange à reserva relativa é o critério que compete ao juiz tão-somente a última palavra, admitindo-se a intervenção decisória anterior de uma autoridade não jurisdicional.

Segundo Paulo Rangel, "a reserva diz-se relativa precisamente quando ao juiz, constitucionalmente, já só compete a última palavra. Aí admite-se que haja uma primeira intervenção decisória de uma autoridade não jurisdicional (paradigmática, mas não necessariamente, a administração), ainda que essa intervenção esteja depois exposta a um controlo judicial"[112].

---

[111] " O 'monopólio da última palavra' ou 'monopólio dos tribunais' significa, em termos gerais, o direito de qualquer indivíduo a uma garantia de justiça, igual, efetiva e assegurada através de 'processo justo' para defesa das suas posições jurídico-subjetivas. Esta garantia de justiça tanto pode ser reclamada em casos de lesão ou violação de direitos e interesses dos particulares por medidas e decisões de outros poderes e autoridades públicas (monopólio da última palavra contra atos do Estado) como em casos de litígios entre particulares e, por isso, carecidos de uma decisão definitiva e imparcial".

[112] RANGEL, Paulo Castro - *Reserva de Jurisdição: sentido dogmático e sentido jurisdicional*. Lisboa: Universidade Católica, 1997, p. 65.

Tal reserva relativa de jurisdição, por sua vez, ainda na visão do autor, também comporta variação em sua extensão, de forma que tanto pode constituir uma reserva relativa integral, em que a jurisdição é plena e se pode refazer, de forma plena e em toda a sua extensão a decisão inicialmente fora das vias judiciais, ou em uma reserva relativa parcial, em que o tribunal não tem tal plenitude, podendo apenas fazer um controle de simples legalidade ou anulação[113].

Na hipótese ventilada do art. 252º, n.º 2 do CPP, trata-se de reserva relativa parcial de jurisdição, tal porque o juiz das liberdades não possui a plenitude da jurisdição nessas situações de urgência da primeira leitura da correspondência. Contudo, deve fazer o controle da legalidade ou anulação nos termos da parte final do art. 252º, n.º 3 do CPP: "*Se, no prazo de quarenta e oito horas, a ordem não for convalidada por despacho fundamentado do juiz, a correspondência é remetida ao destinatário*".

[113] *Idem.*

4.4 REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA EM APREENSÃO DE CORRESPONDÊNCIA ELETRÓNICA – CRITÉRIO FECHADO/ABERTO

A correspondência tradicional alcança proteção a partir do momento da expedição até a abertura de fato pelo destinatário.

A característica de constar fechada é elemento que "*define a fronteira da tutela penal do sigilo da correspondência e dos escritos em geral*"[114].

Tal critério pode apresentar consequências no âmbito processual penal, porque após a abertura a correspondência tradicional, consagrou-se que haverá a submissão ao regime geral de apreensão previsto no artigo 178º do CPP, com a permissão de outros legitimados na repartição de competência, como por exemplo o Ministério Público ou OPC, dispensando a necessidade de observância da tutela prévia da reserva de juiz.

Nesse ponto, Paulo Dá Mesquita sustenta a incidência total do regime jurídico previsto de apreensão de correspondência, constante no Código de Processo Penal em relação ao correio eletrônico, previsto no art. 17º da LCC. Nessa linha de pensamento, as mensagens por correio eletrónico, *já acedidas pelo destinatário*, é um fator de exclusão do regime do artigo 179º do CPP, o que implica a desnecessidade do despacho judicial prévio[115].

[114] ANDRADE, Manuel da Costa - *Comentário Conimbrecense do Código Penal*. Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p.758.
[115] MESQUITA, Paulo Dá - *Prolégomenos sobre prova eletrônica ..., op. cit*., p.118 e ss.

Concordamos que a submissão do correio eletrónico ao regime previsto no art. 179º do CPP. Contudo, discordamos que o critério "lido ou não lido" seja apto a afastar o juiz das liberdades.

O correio eletrónico apresenta outras peculiaridades em relação ao regime previsto no CPP, de modo que a interpretação do que seja fechado não coincidem totalmente.

O critério do «lido/não lido» faz sentido para a correspondência física, em que o elemento corpóreo é fundamental para preservar a confidencialidade, pois há uma relação de causa e efeito entre o involucro que justifique a confidencialidade do substancial da mensagem.

Já em relação ao correio eletrónico, tal critério não é determinante para proteção do conteúdo da mensagem, até porque nem invólucro existe[116].

Nesse sentido, Manuel Costa Andrade, quanto ao correio eletrónico, dada as circunstâncias fáticas serem distintas da correspondência tradicional, entende que ainda que lido, continua a ser resguardado pela garantia fundamental do sigilo de correspondência, só podendo ser apreendido por ordem de uma decisão judicial[117].

Concordamos esse argumento. Há que se refletir também a possibilidade de utilizar o método de realização do direito (metodologia jurisprudencialista), preconizado por Castanheira Neves[118]para se extrair perfeitamente a ideia da

[116] RAMOS, Vânia Costa - *Âmbito e extensão do segredo das telecomunicações (acórdão do segundo senado do Tribunal Constitucional Federal Alemão, de 2 de Março de 2006*. In: RPM n.º 112, p.154-155.
[117] ANDRADE, Manuel da Costa - *Bruscamente no verão .., op. cit.,* p.164.
[118] A questão de direito em concreto por mediação da norma consagra o relevo normativo-metodológico em três órbitas: a) a relevância material do caso concreto; b) a intencionalidade problemático-teleológica da norma (ratio legis); c) os fundamentos da validade sistemático-normativa (ratio iuris) e do resultado da decisão. Quanto à primeira órbita – relevância material

norma do invólucro (critério fechado) da correspondência tradicional (art. 179º, CPP), adequando para o correio eletrónico[119].

Em consonância com a doutrina de João Conde Correia, o legislador no artigo 17º da LCC, por um critério de legalidade, não apresentou a diferenciação entre lido e não lido e poderia ter feito, "*reportando a todo o correio eletrônico, seja qual for o seu estado digital*"[120].

Por outro lado, há quem advogue que a norma do art. 17º da LCC manifesta-se no sentido de excluir do regime de apreensão de correspondência as

---

do caso concreto- coube excluir inicialmente três circunstâncias, em relação ao âmbito de incidência da norma para efeitos de confirmação da solução. A primeira: pode ocorrer que o caso jurídico tenha assimilação total por uma norma do sistema (concretização); a segunda: existe norma no sistema sobre o caso, mas há somente a assimilação parcial, necessitando de efetuar ajustes por adaptação (extensiva ou restritiva) ou correção (sincrônica ou diacrônica); a terceira: não há norma para o caso e, portanto, deve haver a constituição autonomamente ou mesmo a superação da norma. NEVES, António Castanheira - *Metodologia jurídica: problemas fundamentais ..., op. cit*., p. 176.

[119] O método de realização do direito, por mediação da norma, com o critério da correção diacrônica aponta que a realidade no tempo do problema é diferente ao que foi pressuposto no tempo da norma.

Assim, verifica-se a ruptura da sincronização da intenção da norma em razão de uma nova realidade histórico-social, desde a sua edição Dessa maneira, a realização do direito perpassa pela interpretação da norma de acordo com a nova realidade histórica-social do ciberespaço.

Em que consiste o invólucro (critério fechado da correspondência) nessa nova realidade histórica-social de um correio eletrônico?

O invólucro na correspondência tradicional é o material que reveste o conteúdo da correspondência. Já no correio eletrónico, o «invólucro» não possui o teor corpóreo, é o próprio sistema tecnológico que armazena a correspondência eletrónica. Por exemplo, no programa de e-mail, denominado Outlook, fornecido pela empresa Microsoft, o «invólucro» é esse próprio sistema operacional, a caixa de mensagens que funciona como asilo e lugar da pedra angular, que abriga o conteúdo material do direito fundamental da inviolabilidade da correspondência eletrónica.

De forma metafórica, a partir do momento em que um OPC acessa esse o programa Outlook, sem ordem judicial, rompe o «invólucro», gerando a proibição de prova decorrente da inviolabilidade do sigilo de correspondência.

[120] CORREIA, João Conde - *Artigo 179.º - Apreensão de ..., op. cit.,* p.650.

mensagens já lidas, havendo a correção de uma redação particularmente equivocada que constava no anteprojeto.

Neste sentido, Paulo Dá Mesquita apresenta o seguinte argumento: "a norma aprovada remetendo para um complexo normativo, compreende a superação de linhas demasiado difusas do texto anterior (sem paralelo, nomeadamente, no direito comparado) permitindo uma efectiva correspondência teleológica que exclui dessa tutela reforçada dados informáticos simplesmente correspondentes a arquivos digitais"[121].

Discordamos, a Lei nº109/2009 manifesta nítida difusão dos comandos da Convenção sobre cibercrime do Conselho da Europa, que representa apenas a distinção entre dados informáticos em trânsito e dados informáticos armazenados, conforme se constata do Parágrafo n.º 190 do Relatório Explicativo da CCiber[122].

Quanto ao correio eletrónico, houve a opção notória do legislador português em romper com o regime de dados em trânsito, previsto no art. 189º, n.º1 do CPP[123], incorporando uma mudança legislativa em menos de dois anos para

[121] MESQUITA, Paulo Dá - *Prolégomenos sobre prova ..., op. cit.,* p.118 e ss.

[122] "O artigo 19º é consagrado aos dados informatizados armazenados. A este respeito, é colocada a questão que incide sobre o facto de se uma mensagem de correio eletrônico não aberta, em espera na caixa de correio de um fornecedor de serviços de internet, até que o respectivo destinatário efectue o descarregamento para o seu sistema informático, deverá ser considerada como constituindo dados armazenados ou dados em curso de transferência. Ao abrigo da legislação adoptada por algumas partes, a referida mensagem de correio eletrônico faz parte integrante de uma comunicação, pelo que seu conteúdo apenas poderá ser conhecido mediante a aplicação do poder de intercepção, enquanto que, segundo outros sistemas jurídicos, a dita mensagem se considera pertencer ao domínio dos dados armazenados aos quais se refere o Artigo 19º. Assim, as Partes deverão proceder a uma revisão das suas leis relativas a esta matéria, por forma a determinar qual é a visão mais adequada no âmbito dos seus sistemas jurídicos internos" (Parágrafo nº 190 do Relatório da CCiber do Conselho da Europa).

[123] Com o artigo 17º "*altera-se nesta norma a matriz adoptada na redação de 2007 do n.º 1 do art. 189.º do Código de Processo Penal desligando-se pelo menos parte, do regime do correio electrónico da aplicação por extensão legal, das regras sobre intercepção de telecomunicações e remetendo-se para as regras sobre apreensão de correspondência que constam do art. 179.º, daquele código*". MESQUITA, Paulo Dá - *Prolégomenos sobre prova ..., op. cit.,* p.117.

se conformar ao texto da CCiber do Conselho da Europa, bem como de alocá-lo ao instituto de dados armazenados no âmbito artigo 17º da LCC e não no artigo 18º (intercepção em tempo real)[124].

Portanto, a LCC representou a adequação a um regime dualista, incorporando o artigo 17º (correio eletrónico) à categoria dos dados armazenados. Assim, intencionalmente não houve vontade do legislador em fazer qualquer distinção entre mensagens abertas e não abertas, para fins de determinação do regime jurídico aplicável, mesmo podendo diante do parágrafo nº 190 do Relatório Explicativo da CCiber[125].

Além desses argumentos, é plausível também o argumento de Rogério Bravo, quando afirma que a "*ideia de que a mensagem já foi (ou não) lida conforme apresente (ou não) aquela sinalética, é tudo menos fiável como indicador de leitura (e ainda menos de inviolabilidade após a emissão) uma vez que a maior parte dos programas deixa ao alcance do utilizador a possibilidade de remarcar sem limite de vezes as mensagens já lidas, como estando ainda «por ler»*"[126]

Dessa forma, conclui-se que o critério lido ou não lido do correio eletrónico não foi acolhido pelo legislador, bem como a teleologia do art. 179º referente a considerar fechado deve considerar a interpretação da norma de acordo com a nova realidade histórica-social do ciberespaço, pois tal característica do invólucro para fechamento somente se coaduna com uma interpretação da norma consistente de que o sistema tecnológico de correspondência eletrónico é fechado,

---

[124] CARDOSO, Rui - *Apreensão de correio eletrônico e ..., op. cit.,* p. 185.
[125] RAMALHO, David Silva - *Métodos ocultos de investigação ..., op. cit*., p. 278-279.
[126] BRAVO, Rogério - *Da não equiparação do correio-electrónico ao conceito tradicional de correspondência por carta. In:* Revista Polícia e Justiça, Janeiro – Junho 2008 – III Série, N.º 7, Coimbra Editora, 2008, p.8.

de modo contínuo e pelas condições somente pode ser acedido por consentimento da parte ou por despacho judicial prévio. A jurisprudência do TRG se posiciona nesse sentido[127].

[127] Ac. do TRG de 29.03.2011, P. 735/10.0 GAPTL-A.GI.

CONCLUSÃO

Segundo o italiano Umberto Eco, a pesquisa científica deve fornecer *"os elementos para a confirmação ou para a rejeição das hipóteses que apresenta"*[159].

Na primeira parte da investigação, constatou-se que o regime do correio eletrónico abrange outros meios modernos de comunicação mensagens, como por exemplo, *Whatssap, Instagram, Messenger, Skype, Zoom, Viber, Snapchat e Teleg*ram.

Verificou-se que semelhantemente às comunicações físicas, a Constituição de Portugal consagrou às comunicações eletrónicas a garantia de inviolabilidade, nos termos do artigo 34º, n.º4.

Ademais, constatou-se que a ingerência no correio eletrónico configura um meio de obtenção de prova, no âmbito do processo penal.

Num segundo momento da pesquisa, na análise da contextualização histórico-normativa, foi possível analisar a mudança de regime jurídico da apreensão de correio eletrónico e comunicações de natureza semelhante. Percebeu-se que a lei n.º 109/2009 (LCC) promoveu a especialização do regime de ingerência em correio eletrónico, por intermédio do art. 17º LCC que remete para o regime jurídico previsto no art. 179º do Código Penal.

Basicamente, o problema consistiu em saber a compatibilidade a conjugação do artigo 17º da Lei n.º 109/2009 com o Código de Processo Penal, em especial os arts. 179º e 252º, bem como com a conformação deles com o texto da Constituição Portuguesa e comprovar três hipóteses da tese.

A grande celeuma da investigação consistia na divergência da doutrina e jurisprudência, no sentido da aplicabilidade ou não do regime do artigo 179º do CPP às ingerências em correspondência eletrônica.

Em termos pragmáticos, a incidência do regime de correspondência comum implicaria na reserva de juiz, ao passo que a não incidência permitiria a ingerência dos órgãos de polícia e Ministério Público sobre o correio eletrónico, sem despacho judicial prévio do juiz das liberdades.

Verificamos a necessidade de observância no regime de apreensão de correspondência eletrónica, da remissão operada ao regime do artigo 179º do CPP, especialmente em seis aspectos: a) despacho judicial prévio (art. 179º, n.º1); b) estar em causa pessoa que enquadre na concepção de suspeito, que tenha enviado ou recebido correio eletrónico, mesmo por meio de pessoa diversa (art. 179º, n.º1, alínea a); c) a diligência se revelar de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova (art. 179º, n.º1, alínea c); d) proibição de prova, no caso de não respeito aos requisitos estabelecidos; e) proibição da apreensão de correio eletrônico entre arguido e o defensor (art. 179º, n.º 2); f) o juiz que tiver autorizado ou ordenado a diligência é a primeira pessoa a tomar conhecimento do conteúdo do correio eletrônico e demais registros de comunicações apreendido, mandando juntar ao processo se o considerar relevante.

Por outro lado, a apreensão de correspondência eletrónica não se submete ao regime previsto no artigo 179º do CPP em dois pontos: a) a exigência de que esteja em causa crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a três anos (art. 179º, n.º1, alínea b); b) a necessidade da correspondência estar fechada para incidência do regime jurídico do art. 179º do CPP.

A partir da compreensão do instituto da reserva de juiz constata-se que, expressamente, a CRP consagrou que cabe ao juiz efetuar o controle de qualquer ingerência em direito fundamental (art. 32º, 4 CRP).

Nessa esteira, como primeira hipótese, conclui-se que como decorrência do regime do art. 179º do CPP, existe a exigência de despacho judicial prévio para a apreensão do correio eletrónico, por decorrência do princípio da reserva de juiz (reserva absoluta), ou seja, somente mediante o despacho judicial prévio os OPC ou MP podem realizar a apreensão de correspondência eletrónica.

Como segunda hipótese, conclui-se que além do despacho judicial prévio, também configura como uma garantia indispensável o primeiro acesso do teor das informações pelo juiz das liberdades.

Em regra, trata-se do primeiro órgão constitucionalmente autorizado a ter acesso a correspondência eletrónica, exercendo o primeiro controle sobre direitos fundamentais restringidos, em específico sobre o teor do conteúdo da correspondência eletrónica.

Excepcionalmente, os OPC e o Ministério Público podem obter o primeiro acesso, tratando-se de uma reserva relativa de jurisdição, nas hipóteses previstas do art. 252, nº 2 e 3, em decorrência da urgência.

Por fim, a lei n.º 109/2009 não adotou o critério lido ou não lido para não se equiparar ao critério da correspondência comum. A opção da lei do cibercrime foi pelo critério armazenado, tratando-se de um *plus* em relação ao regime da correspondência comum. Desse modo, tal ponto repercute na reserva de atribuição ao juiz das liberdades, pois cabe apenas ao juiz de direito apreciar quaisquer restrições de privacidade do correio eletrónico, mesmo que o correio eletrónico tenha sido lido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *A Reforma da Justiça Criminal em Portugal e na Europa.* Coimbra: Almedina, 2003.

_____ - *Comentário do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

AMADOR, Nelson - *Cibercrime em Portugal: trajetórias e perspectivas de futuro.* Lisboa: Chiado, 2018.

ANDRADE, Manuel da Costa - *Comentário Conimbrecense do Código Penal*. Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

_____ - *Bruscamente no verão passado, a reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente.* Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

_____- *Métodos ocultos de investigação : (Playdoyer para uma teoria geral).* In: Monte, Mário Ferreira...[et al.] coord. - Que futuro para o direito processual penal? : Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ANTUNES, Maria João - *Direito processual penal*. 2ª ed, Coimbra: Almedina, 2018.

BRANDÃO, Nuno - *Bem Jurídico e direitos fundamentais: entre a obrigação estadual de protecção e a proibição do excesso.* In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade, Coimbra: Instituto Jurídico, 2017.

BRANDÃO, Nuno; DIAS, Jorge de Figueiredo - *Sujeitos Processuais Penais: O Tribunal.* 2015.Disponível em: <https://apps.uc.pt/mypage/faculty/nbrandao/pt/003.>.

BRAVO, Rogério - *Da não equiparação do correio-electrónico ao conceito tradicional de correspondência por carta*. In: Revista Polícia e Justiça, III Série, N.º 7, Janeiro – Junho, Coimbra Editora ,2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes - *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2018.

_____ - *Dogmática de Direitos Fundamentais e Direito Privado.* In: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, vol. V, Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada.* Volume I, Coimbra Editora, 2007.

CARDOSO, Rui - *Apreensão de correio eletrônico e registos de comunicações de natureza semelhante – artigo 17.º da Lei n.º 109/2009.* In: Revista do Ministério Público, n.º 153, 2018.

CORREIA, João Conde - *Prova digital: as leis que temos e a lei que deveríamos ter.* In: Revista do Ministério Público, n.º 139, 2014.

_____ - *Artigo 179.º - Apreensão de Correspondência*. In: Comentário Judiciário do Código de Processo Penal, Coimbra: Almedina, 2019.

_____- *Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações (art. 32.º, nº8, 2.ª parte, da C.R.P)?* In: Revista do Ministério Público, julho-setembro, 1999.

COSTA, José Francisco de Faria - *Direito Penal da Comunicação. Alguns escritos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

DIAS, Jorge Figueiredo - *Direito Processual Penal*. 1ª edição, reimpressão, Coimbra Editora, 2004.

_____ - *O processo penal português: problemas e perspectivas.* In: AA.VV. - Que futuro para o direito processual penal? – Simpósio em homenagem a Jorge de Figureiredo Dias por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

FIDALGO, Sónia - *A apreensão de correio eletrônico e a utilização noutro processo das mensagens apreendidas.* In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 29, n º 01, janeiro a abril, 2019.

GONÇALVES, Manuel Lopes *Maia - Código de Processo Penal anotado e comentado*. Coimbra: Almedina, 2010.

JESUS, Francisco Marcolino de - *Os meios de obtenção da prova em Processo Penal*. 2ª edição, Coimbra: Almedina, 2019.

MATA-MOUROS, Maria de Fátima - *Juiz das Liberdades Desconstrução de um Mito do Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 2011.

MESQUITA, Paulo Dá - *Prolégomenos sobre prova eletrônica e interpecpção de telecomunicações no Direito Processual Penal Português – o Código e a Lei do Cibercrime.* In: Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário, Coimbra, 2010.

MIRANDA, Jorge - Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I, 2ª edição, 2010.

NEVES, António Castanheira - *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

NEVES, Rita Castanheira - *As ingerências nas comunicações electrónicas em processo penal. Natureza e respectivo regime jurídico do correio electrónico enquanto meio de obtenção de prova.* Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis - *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NUNES, Duarte Rodrigues - *Os meios de obtenção de prova previsto na Lei do Cibercrime.* Coimbra: Gestlegal, 2018.

PRATAS, Rita Maria Coelho Salvador - *O Correio Eletrónico como meio de prova em Processo Penal*. Dissertação de Mestrado Forense, Universidade Católica Portuguesa, 2018.

RAMALHO, David Silva - *Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital*. Coimbra: Almedina, 2017.

RAMOS, Armando R. Dias - *Do periculum in mora da atuação da autoridade judiciária ao fumus boni iuris da intervenção policial: contributo para o estudo das medidas cautelares e de polícia na cibercriminalidade económica*. In: IV Congresso de

Processo Penal: I congresso luso-brasileiro de criminalidade económico-financeira: memórias, coord. Manuel Monteiro Guedes Valente, Coimbra: Almedina, 2016.

RAMOS, Vânia Costa - *Âmbito e extensão do segredo das telecomunicações (acórdão do segundo senado do Tribunal Constitucional Federal Alemão, de 2 de Março de 2006*. In: RPM, n.º 112.

RANGEL, Paulo Castro - *Reserva de Jurisdição: sentido dogmático e sentido jurisdicional*. Lisboa: Universidade Católica, 1997.

RODRIGUES, Anabela Miranda - *A jurisprudência constitucional portuguesa e a reserva do juiz nas fases anteriores ao julgamento ou a matriz basicamente acusatória do processo penal*. In: Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa, XXV, 2009.

RODRIGUES, Benjamim Silva - *Das Escutas telefônicas à obtenção de provas [em ambiente digital]*. Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

_____ - *Da Prova Penal- Tomo II – Bruscamente ... A(s) Face(s) ocultas do Métodos ocultos de Investigação Criminal*. Rei dos Livros, 2010.

SOARES, Paulo Alexandre Fernandes - M*eios de obtenção de Prova no Âmbito das Medidas Cautelares e de Polícia*. 2ª Ed., Coimbra: Almedina, 2017.

SOUZA, Rodrigo Telles de - *A exigência de autorização judicial para acesso ao conteúdo de telefone móvel apreendido: uma ampliação da garantia à inviolabilidade domiciliar incompatível com o sistema jurídico brasileiro*. In: Altos Estudos sobre a prova no processo penal, Salvador: Editora Jus podivm, 2020.

TRANCOSO, Raúl Estevão Ramos - *Medidas cautelares e de polícia: Enquadramento jurídico, prática e gestão processual, Meios de obtenção de prova e*

medidas cautelares e de Polícia. In: Revista do CEJ, trabalhos do 2.º ciclo do 32.º curso, abril, 2019.

VALENTE, Manuel Guedes - *Teoria Geral do Direito Policial*. 7.ª edição, Coimbra: Almedina, 2017.

VENÂNCIO, Pedro Dias - Lei do Cibercrime, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

VERDELHO, Pedro - *A obtenção de prova no ambiente digital*. In: Revista do Ministério Público, 2004.

_____- *Lei do Cibercrime*. In: Scientia Ivridica – Revista de Direito comparado português e brasileiro, tomo LVIII, nº 320 – Out/dez, 2009.

LEGISLAÇÃO

Declaração Universal dos Direitos Humanos

Código Civil

Código Penal

Código de Processo Penal

Constituição da República Portuguesa

Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos

Decisão-Quadro nº 2005/222/JAI do Conselho, de 24 de Fevereiro de 2005, relativa a ataques contra os sistemas de informação

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo: 5412/08.9TDLSB-A.L1-5 (Relator: Ricardo Cardoso), de 11-01-2011. Disponivel em: <http://www.dgsi.pt.>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo: 744/09-1S5LSB-A.L1-9 (Relator: João Carrola), de 29-03-2012. Disponivel em: <http://www.dgsi.pt.>.

Acórdão do Tribunal Constitucional nº 7/87, Diário da República n.º 33/1987, 1º Suplemento, Série I de 1987-02-09. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa-avancada/-/asearch/257410/details/normal?emissor=Tribunal+Constitucional&perPage=100&types=JURISPRUDENCIA&search=Pesquisar>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 184/12.5TELSB-A.L1 (Relator: Conceição Gonçalves), de 29-12-2017. Disponivel em: <http://www.dgsi.pt.>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo nº. 1950/17.0T9LSB-A.L1-5 (Relator: João Carrola) de 06-02-2018. Disponivel em: <http://www.dgsi.pt.>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Processo n.º 735/10.0GAPTL-A.G1 (Relator: Maria José Nogueira), de 29-03-2011. Disponivel em: <http://www.dgsi.pt.>.

Acórdão do Tribunal Constitucional nº 4/2006, Processo n.º 665/05, 2.ª Secção. Disponivel em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060004.html>.