

Tribunal da Relação de Lisboa

Processo nº 7770/17.5T9LSB-A.L1-3

Relator: CRISTINA ALMEIDA E SOUSA

Sessão: 19 Fevereiro 2025

Número: RL

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: RECURSO PENAL

Decisão: NÃO PROVIDO

APREENSÃO DE COMUNICAÇÕES ELECTRÓNICAS

COMPETÊNCIA DO JUIZ DE INSTRUÇÃO

COMUNICAÇÕES ELECTRÓNICAS NÃO SELECIONADAS

PROVA PROIBIDA

MINISTÉRIO PÚBLICO

Sumário

Da leitura integrada dos arts. 12º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, 8º da Convenção Europeia dos Direitos Homem, 7º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, 18º nºs 2 e 3, 26º nº 1, 34º nºs 1 e 4, 35º nºs 1, 3 e 4, da Constituição da República Portuguesa, 126º, 179º do CPP e 17º da Lei do Cibercrime, resulta inequívoco que:

O regime de apreensão de comunicações electrónicas (fora dos casos em que a pessoa visada consente de forma informada, consciente e livre no acesso às mesmas e correspectiva aquisição como meio de prova para o processo penal) assenta no princípio da reserva de juiz, ou seja, só pode ter lugar, mediante despacho judicial prévio proferido pelo Juiz de instrução que a autorize;

O conhecimento do conteúdo das comunicações electrónicas apreendidas em primeira mão é um acto da competência exclusiva do Juiz de instrução;

É o Juiz de instrução criminal quem, com exclusão de qualquer outro sujeito processual, procede directa e pessoalmente à selecção das mensagens e outros conteúdos com relevância probatória e quem terá de escolher, em função dessa apreciação, quais as comunicações electrónicas que ficarão no processo como provas relevantes, porquanto outra não pode ser a interpretação a fazer do excerto «se a considerar relevante para a prova, fá-la

juntar ao processo» constante do nº 3 do art.º 179º do CPP;

Quanto às demais comunicações electrónicas às quais não for reconhecida qualquer importância para a potencial demonstração dos factos sob investigação, as mesmas deverão ser restituídas à pessoa a quem foram apreendidas;

Em qualquer caso, o Juiz de instrução fica obrigado a manter sigilo sobre todo o conteúdo das comunicações electrónicas de que tenha tomado conhecimento e que não tenham interesse para a prova;

Para todos os efeitos, as comunicações electrónicas não seleccionadas como provas pertinentes ao objecto do processo, são provas proibidas, como resulta claramente da expressão inserta no nº 3 do art.º 179º do CPP «não podendo ela ser utilizada como meio de prova», em conjugação com o disposto nos arts. 126º do CPP e 32º nº 8 da CRP.

Não existe qualquer razão válida do ponto de vista dos critérios normativos de interpretação consagrados no art.º 9º do Código Civil aplicáveis também no domínio do Direito Penal, para reduzir o âmbito da aplicabilidade do regime de apreensão da correspondência do art.º 179º do CPP aos seus nºs 1 e 2 e excluir o nº 3.

Do teor literal da expressão «aplicando-se correspondentemente o regime da apreensão de correspondência previsto no Código de Processo Penal» contida no art.º 17º da Lei do Cibercrime, o significado que pode retirar-se é o de que este preceito legal determina a aplicação em bloco do regime do art.º 179º do CPP, ou seja, dos seus nºs 1, 2 e 3, na sua totalidade e sem qualquer restrição, porquanto alude genericamente o regime de apreensão de correspondência previsto no Código de Processo Penal, sem excluir expressamente qualquer das normas constantes dos números 1, 2 ou 3 do citado art.º 179º.

Por conseguinte, a interpretação retirada desta expressão de que não é aplicável a norma do nº 3 do art.º 179º do CPP e que a apreensão das comunicações electrónicas e a sua aquisição como meio de prova para o processo só requer a intervenção jurisdicional do JIC em dois momentos – despacho prévio de autorização primeiro e leitura ou abertura das comunicações em primeiro lugar depois – não tem respaldo na letra da lei e é contrária ao princípio geral de direito, segundo o qual, onde o legislador não distingue, não deve o intérprete distinguir.

Fora de dúvida que a expressão «aplicando-se correspondentemente o regime da apreensão de correspondência previsto no Código de Processo Penal» implica a aplicabilidade do regime jurídico contido no art.º 179º do CPP com as necessárias adaptações, em tudo quanto não contrariar o regime especial introduzido pela Lei do Cibercrime.

O alcance da expressão «correspondentemente aplicável», só pode, pois, ter

por objecto as diferenças nos pressupostos de admissibilidade que estejam expressamente previstas numa e noutra norma e, essas especificidades no que tange ao regime previsto no art.º 17º desta lei, resumem-se, essencialmente, ao pressuposto relativo ao crime em causa.

Do mesmo modo, a apreensão das comunicações electrónicas também não é um puro acto material de investigação que esteja legalmente incluído na esfera de competências do Mº.Pº.

Deverá, bem pelo contrário, reconhecer-se a sua natureza materialmente jurisdicional, dada a sua ligação substancial, inequívoca e directa a direitos fundamentais, concretamente, à confidencialidade das comunicações, à reserva da intimidade da vida privada e à autodeterminação informacional porquanto uma tal apreensão representa sempre, inevitavelmente, uma intromissão nesses direitos.

O que determina a reserva de juiz e o controlo jurisdicional da obtenção das comunicações electrónicas, mediante despacho judicial prévio a autorizar a apreensão e a imposição legal de que a sua leitura seja feita em primeiro lugar e apenas pelo Juiz de Instrução criminal que o próprio recorrente concede que são dois momentos do iter procedimental legalmente imposto, são exactamente as mesmas que justificam o terceiro momento que o Mº. Pº. parece pretender que não se aplica, mas que está expressamente previsto no art.º 179º nº 3 do CPP para o qual o art.º 17º da Lei do Cibercrime também remete.

É que a colisão com direitos fundamentais pessoalíssimos que determina a reserva de Juiz por efeito da remissão do art.º 17º da Lei do Cibercrime para o art.º 179º do CPP não se verifica apenas no momento da apreensão das comunicações electrónicas.

Ela perdura e até se intensifica e degenera de simples colisão para uma verdadeira e própria compressão quando, após ela, se dá a conhecer ao Juiz de Instrução criminal em primeiro lugar o conteúdo dessas comunicações apreendidas.

Do mesmo modo, os direitos à inviolabilidade e confidencialidade das comunicações e o respeito devido pela intimidade da vida privada, pela reserva da vida familiar e pela autodeterminação comunicativa não cessam, nem têm menor tutela depois de analisadas as comunicações e triadas aquelas que se revestem de interesse para os fins do inquérito e, em geral, para a demonstração dos factos potencialmente integradores do crime em investigação.

A estrutura acusatória do processo penal português não se manifesta propriamente na actividade de recolha de prova da prática do crime, que é o que está em causa, com a apreensão de comunicações electrónicas e com todo

o iter procedimental atinente à obtenção de dessas comunicações e às condições de validade formal e substancial em que as mesmas podem ser valoradas como provas para alicerçar a acusação.

Não é por o Juiz de instrução ter competência exclusiva em matéria de triagem das comunicações electrónicas apreendidas, para escolher as que ficam no processo e as que deverão ser restituídas à pessoa a quem foram dirigidas ou que as produziu e dirigiu a outrem, que vai ser ele o dirigente do inquérito, ou que irá interferir de forma abusiva e inconstitucional nos poderes/deveres de investigação do M^o. P^o., porque face ao elenco de actos jurisdicionais do inquérito e suas diferentes espécies constantes dos arts. 268^o e 269^o do CPP e de outras disposições processuais penais dispersas, a apreensão das comunicações electrónicas nem sequer é o único acto processual de obtenção de prova cuja existência, validade e eficácia está condicionada pela autorização prévia do Juiz de Instrução e dependente da sua sindicância e intervenção directa em todo o procedimento atinente à concretização da sua aquisição processual como meio de prova.

Os parâmetros de aferição da conformidade à constituição em matéria de atribuição de competências ao Juiz de Instrução criminal não são, nem a estrutura acusatória do processo, de resto, na qual ele próprio também intervém quando, requerida a instrução, profere decisão instrutória de pronúncia, sendo então, ele quem determina e define o objecto do processo e os poderes de cognição do Tribunal do julgamento nos termos das disposições conjugadas dos arts. 286^o n^o 1, 307^o e 308^o do CPP e nem a autonomia do M^o.P^o., mas a reserva de juiz, nos termos previstos no art.^o 32^o n^o 4 da CRP, o princípio da proporcionalidade consagrado no art.^o 18^o n^o 2 da CRP em matéria de limitação ou derrogação de direitos fundamentais conflituantes com o poder público de administração da justiça penal e o princípio constitucional da tutela jurisdicional efectiva e do processo justo e equitativo a que se referem os arts. 20^o n^{os} 1 e 5 e 32^o da CRP.

O argumento de que o Juiz de instrução não dispõe de ferramentas que lhe permitam analisar tão grandes quantidades de dados não é jurídico. É empírico e de verificação incerta. E tanto se aplica ao Juiz, como ao M^o. P^o., pois que as dificuldades e a morosidade da análise serão as mesmas para um e para outro Magistrado.

Nem sempre se verificará, mas em todo o caso, a tentação de proceder a «phishing expeditions» apreendendo todos os e-mails recebidos numa determinada caixa postal virtual, a totalidade do conteúdo de um disco rígido, ou a memória integral de um telefone ou de um cartão sim, por maior comodidade, facilitismo ou celeridade na recolha da prova que represente, acumulando um universo indistinto e quase ilimitado de informação deverá ser

resolvida é com uma predeterminação de critérios de pesquisa precisos, seguros e eficazes para refinar e circunscrever a procura e assegurar-lhe a eficácia pretendida, de maneira a garantir que os conteúdos têm alguma ligação, mesmo que remota, aos factos sob investigação, seja por palavras chave ou outros recursos.

O que não pode, nem deve, é constituir motivo para interpretar a lei, contra a sua letra e contra o seu espírito, apenas para acomodar procedimentos de ordem prática e para os quais existem alternativas, de longe, bem mais razoáveis, que só dependem da vontade de quem os executa, para serem concretizadas.

(sumário da responsabilidade da relatora)

Texto Integral

Acordam as Juízas, em conferência, na 3ª Secção do Tribunal da Relação de Lisboa:

I - RELATÓRIO

Por despacho proferido em 9 de Abril de 2024, no inquérito nº 7770/17.5T9LSB, no Tribunal Central de Instrução Criminal de Lisboa, Juiz 3, o Mmo. Juiz de Instrução Criminal indeferiu a pretensão do Mº. Pº. de aceder aos ficheiros que integram o saco de prova série A n.º 174311, composto por mensagens de correio electrónico, com o objectivo de seleccionar e imprimir o que considerasse relevante para a prova, depois de o Mmo. Juiz de Instrução Criminal, determinar a eliminação das mensagens não conexas com o objecto dos autos ou que estejam sob reserva da vida privada.

O Mº. Pº. interpôs recurso desta decisão, tendo, para o efeito, formulado as seguintes conclusões:

1. Nos presentes autos investigam-se factos susceptíveis de, em abstracto, consubstanciar a prática de crimes de prevaricação, corrupção activa e passiva, participação económica em negócio e abuso de poder, respectivamente p. e p. nos artigos 3º, n.º 1, alínea i), 11º, 17º, 18º, 23º e 26º da Lei 34/87, de 16 de Julho (Crimes da Responsabilidade de Titulares de Cargos Políticos);
2. Foram realizadas buscas domiciliárias e não domiciliárias, na sequência das quais foram copiados, de forma cega e sem visualização, conteúdos de equipamentos informáticos e telemóveis, correspondentes a ficheiros de correio electrónico e registos de comunicações semelhantes, em estrito cumprimento do doutamente ordenado pela Mma. Juiz de Instrução Criminal por despacho junto a fls. 610;
3. Por despacho datado de 03.04.2024 (fls. 747) o Ministério Público

determinou a remessa dos autos ao Tribunal de Instrução Criminal para apreciação do seguinte requerimento:

«(...) Com efeito, no passado dia 01.09.2022 (fls. 618 e seguintes) foram levadas a cabo diligências de busca no âmbito deste processo, no decurso das quais foram copiados documentos em suporte digital, que se encontravam nas instalações dos locais buscados.

Foram gravados, e juntos aos autos, ficheiros existentes em caixas de correio electrónico, que foram extraídos, de forma automática e sem visualização do seu conteúdo, para suportes digitais acondicionados em sacos de prova:

Saco de prova série A 115775 constante da contracapa do Apenso Buscas;

Saco de prova série A 115970 constante da contracapa do Apenso Buscas;

Saco de prova série A 087727 constante da contracapa do Apenso Buscas;

Importava garantir que a primeira visualização do seu conteúdo e eliminação de ficheiros de conteúdo pessoal, ou sem ligação aos autos, seja feita pelo Exmo. Sr. Juiz de Instrução.

Por despacho de fls. 685 a Mma. Juiz de Instrução Criminal determinou que fosse efectuada uma pesquisa por palavras-chave e que o resultado da mesma passasse a constar de outro suporte, mais uma vez sem visualização.

Em cumprimento do doutamente ordenado, agora apresentar a V. os autos e o suporte contendo o resultado da pesquisa com palavras-chave (saco de prova série A n.º 1743111).

Assim, o Ministério Público promove que, nos termos e para os efeitos do disposto nos arts. 178º, 179º, n.º 3 e 268º, n.º 1, alínea d) do Código de Processo Penal e 34º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa, conjugados com o disposto no artigo 17º da Lei 109/09 de 15.09, a Mma. Juiz de Instrução primeiro lugar e determine a eliminação das mensagens não conexas com o objecto dos autos ou respeitantes à reserva da vida privada. Atento o volume das mensagens gravadas, promovemos que, após eliminação das mensagens não conexas com o objecto dos autos ou da reserva da vida privada, nos seja conferida a possibilidade de acesso aos ficheiros, a fim de seleccionarmos e imprimirmos os que considerarmos relevantes para a prova. Após selecção dos ficheiros mais relevantes, será requerida a V. Exa. a respectiva junção aos autos, nos termos do disposto no art.º 179º, n.º 3, do CPP».

4. Por sua vez, no dia 09.04.2024. após conclusão dos autos o Mmo. Juiz de Instrução Criminal proferiu o seguinte despacho:

«I. Para a abertura da correspondência electrónica apreendida, designo o dia 23.04.2024, pelas 11h00 - arts. 179.º, n.º 3, e 268.º, n.º 1, al. d), ambos do Código de Processo Penal, ex vi art.º 17.º da Lei n.º 109/2009, de 15.09.

Atento o volume da correspondência em causa, designo para me coadjuvar na

referida diligência o inspector da Polícia Judiciária AA, da Unidade ..., bem como especialista informático do referido órgão de polícia criminal, a indicar por aquele.

Dê conhecimento deste despacho ao inspector da Polícia Judiciária AA.

A intervenção que o Ministério Público pretende assumir no procedimento tendente à junção aos autos de correspondência electrónica (cf. fls. 747v) não encontra suporte nem na letra nem no espírito do regime legal acima citado. Na verdade, resulta do disposto no n.º 3 do art.º 179º do Código de Processo Penal (aplicável por força do estatuído no art.º 17.º da Lei n. 109/2009) que entre a tomada de conhecimento, pelo juiz, do conteúdo da correspondência apreendida e a ponderação judicial sobre a relevância desta para a prova não pode haver intromissão de outros sujeitos processuais, nomeadamente do Ministério Público, no acesso ao conteúdo de tal correspondência. De outro modo, não se compreenderia que em caso de irrelevância da correspondência para a prova só o juiz ficasse ligado por dever de segredo relativamente ao respectivo conteúdo (cf. a parte final do citado n.º 3 do art.º 179.º). Pelo que, consequentemente, indefere-se tal pretensão»;

5. A especificidade decorrente da prova digital, mormente do correio electrónico e dos registos de comunicações semelhantes, associada ao volume de ficheiros que, habitualmente, apresenta, pode, como sucede no caso que nos ocupa, inviabilizar o exame integral de toda a correspondência electrónica existente numa caixa de correio ou em várias. O que resulta até da forma como a cópia forense é feita: uma cópia cega e, em regra, integral, sem visualização de conteúdos;

6. Por essas razões, o regime imposto pelo art.º 17º da Lei do Cibercrime e respectiva remissão, preconiza uma especificidade procedimental que se prende com a intervenção judicial em dois momentos distintos: Um primeiro que é o do conhecimento em primeira mão; Um segundo que corresponde ao da efectiva apreensão das mensagens com relevância probatória à luz do objecto do processo;

7. A intervenção judicial assenta na protecção de direitos, liberdades e garantias tuteladas, quais sejam as da reserva da intimidade e as do segredo da relação entre arguido e defensor;

8. Daí que, no primeiro momento, compete ao juiz de instrução verificar que o correio que lhe é apresentado se apresenta validamente copiado, que a correspondência está efectivamente aí contida, bem como se deve, desse acervo, expurgar comunicações merecedoras da tutela legal acima mencionada, de molde a que não sejam visionados conteúdos que em nada respeitam ao objecto da investigação e que contendem com direitos, liberdades e garantias protegidos, como sucede com questões de saúde e

relações íntimas;

9. O juiz de instrução, na fase de inquérito, tem a veste de juiz das liberdades, sendo a sua intervenção circunscrita à prática de actos processuais que contendam “de modo especial com a esfera da liberdade ou da intimidade das pessoas” (art.º 268º e 269º do CPP);

10. Assim, está vedado ao juiz de instrução qualquer intervenção judicial conformadora do destino do processo, à revelia do poder decisório do Ministério Público, porquanto redundaria numa matriz inquisitória violadora da estrutura acusatória do processo criminal, plasmada no art.º 32º n.º 5 da Constituição da República Portuguesa;

11. O juiz de instrução não pode ter qualquer «influência» ou «manipulação» sobre a definição do objecto do inquérito, devendo ser alheio à definição da estratégia de investigação do MP, devendo actuar apenas na admissibilidade legal das intervenções requeridas, uma vez que não deverá actuar «ex officio»;

12. Assim, as normas constantes dos artigos 179º, do Código de Processo Penal e 17º da lei do Cibercrime deverão ser interpretadas em conformidade com a Constituição da República Portuguesa, mormente o disposto no art.º 32º, n.º 5;

13. A selecção de conteúdos a fim de aferir a sua relevância probatória é um acto material de inquérito, por isso, reservado ao titular da acção penal, ao dominus do inquérito, ao Ministério Público;

14. A postura do Mmo. Juiz de Instrução, traduzida na decisão proferida, pretendendo assumir a direcção do inquérito, seleccionando e apreendendo o que entende ter relevância probatória, conduzindo e conformando a investigação, constitui uma grave e séria limitação às funções do Ministério Público e uma insuportável violação à constitucionalmente consagrada estrutura acusatória do processo penal e à autonomia do Ministério Público;

15. Na medida em que se reduz judicialmente, desse modo e sem fundamento, o âmbito da investigação a respectiva decisão fica ferida de nulidade, em concreto a enunciada no art.º 119º, alíneas b) e e) do Código de Processo Penal;

16. Na medida em que atenta contra as funções, o estatuto e a autonomia do Ministério Público, a interpretação subjacente à decisão sub judicio fá-lo incorrer em efectivo vício de inconstitucionalidade, atenta a violação dos art.º 32º n.º 5, e 219º n.º 2, da Constituição da República Portuguesa;

17. O Mmo Juiz a quo, na decisão proferida, fez interpretação errada, ilegal e constitucionalmente desconforme. das normas contidas nos art.º 17º. 53º. n.º 2 b). 179º. 262º n.º 1, 263º n.º 1 e 269º n.º 1 d) e f) todos do Código de Processo Penal e do art.º 17º da Lei do Cibercrime:

Termos em que deverá o despacho em crise ser revogado e substituído por

outro que, após visionamento em primeiro lugar dos conteúdos de correio electrónico e registos de comunicações contidos nos suportes apresentados, determine que sejam todos eles, expurgados de conteúdos proibidos, caso existam, entregues à investigação, dirigida pelo Ministério Público, para pesquisa e selecção daqueles que se afigurem relevantes para a descoberta da verdade e para a prova.

O recurso foi admitido, não houve resposta e remetido o processo a este Tribunal, na vista a que se refere o art.º 416º do CPP, o Exmo. Sr. Procurador Geral da República Adjunto emitiu o seguinte parecer (transcrição parcial):
Analisados os fundamentos do recurso, bem como os fundamentos do Despacho recorrido, acompanhamos o recurso apresentado pela Digna Magistrada do Ministério Público junto da 1.ª instância, aderindo-se na totalidade à argumentação oferecida, que se subscreve e aqui se dá por transcrita, nomeadamente no que concerne às inconstitucionalidades suscitadas.

Com efeito, consideramos que a Digna Magistrada do Ministério Público junto da 1.ª Instância, identificou corretamente o objeto do recurso, argumentou com clareza e correção jurídica e indicou jurisprudência e doutrina pertinentes sobre a matéria controvertida, nomeadamente o mencionado Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11/5/2023, o que merece o nosso acolhimento, dispensando-nos, assim, porque de todo desnecessário e redundante, de aduzir outros considerandos no que ao objeto do recurso em análise diz respeito.

Pelo exposto, somos do parecer de que o Recurso interposto pelo Ministério Público junto da 1ª Instância deve ser julgado procedente e, conseqüentemente, o Despacho recorrido, na parte mencionada, deve ser revogado e substituído por outro que, após visionamento em primeiro lugar dos conteúdos de correio electrónico e registos de comunicações contidos nos suportes apresentados, determine que sejam todos eles, expurgados de conteúdos proibidos, caso existam, entregues à investigação, dirigida pelo Ministério Público, para pesquisa e selecção daqueles que se afigurem relevantes para a descoberta da verdade e para a prova.

Não houve lugar ao cumprimento do disposto no art.º 417º nº 2 por ainda não haver arguido constituído.

Colhidos os vistos e realizada a conferência, nos termos e para os efeitos previstos nos arts. 418º e 419º nº 3 al. c) do CPP, cumpre, então, decidir.

II - FUNDAMENTAÇÃO

2.1. DELIMITAÇÃO DO OBJECTO DO RECURSO E IDENTIFICAÇÃO DAS QUESTÕES A DECIDIR:

De acordo com o preceituado nos arts. 402º; 403º e 412º nº 1 do CPP, o poder

de cognição do tribunal de recurso é delimitado pelas conclusões do recorrente, já que é nelas que sintetiza as razões da sua discordância com a decisão recorrida, expostas na motivação.

Além destas, o tribunal está obrigado a decidir todas as questões de conhecimento oficioso, como é o caso das nulidades insanáveis que afectem o recorrente, nos termos dos arts. 379º nº 2 e 410º nº 3 do CPP e dos vícios previstos no art.º 410º nº 2 do CPP, que obstam à apreciação do mérito do recurso, mesmo que este se encontre limitado à matéria de direito (Acórdão do Plenário das Secções do STJ nº 7/95 de 19.10.1995, in Diário da República, I.ª Série-A, de 28.12.1995 e o AUJ nº 10/2005, de 20.10.2005, DR, Série I-A, de 07.12.2005).

Um e outras definem, pois, o objecto do recurso e os limites dos poderes de apreciação e decisão do Tribunal Superior (Germano Marques da Silva, Direito Processual Penal Português, vol. 3, Universidade Católica Editora, 2015, pág. 335; Simas Santos e Leal-Henriques, Recursos Penais, 8.ª ed., Rei dos Livros, 2011, pág.113; Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do CPP, à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 4ª edição actualizada, Universidade Católica Editora, 2011, págs. 1059-1061).

Das disposições conjugadas dos arts. 368º e 369º por remissão do art.º 424º nº 2, todos do Código do Processo Penal, o Tribunal da Relação deve conhecer das questões que constituem objecto do recurso pela seguinte ordem:

Em primeiro lugar, das que obstem ao conhecimento do mérito da decisão;

Em segundo lugar, das questões referentes ao mérito da decisão, desde logo, as que se referem à matéria de facto, começando pela impugnação alargada, se deduzida, nos termos do art.º 412º do CPP, a que se seguem os vícios enumerados no art.º 410º nº 2 do mesmo diploma;

Finalmente, as questões relativas à matéria de Direito.

Segundo esta ordem lógica e as conclusões do recurso, as questões a decidir são as seguintes:

Se a decisão recorrida é nula, nos termos do disposto no art.º 119º, alíneas b) e) do Código de Processo Penal, em virtude de a selecção de conteúdos a fim de aferir a sua relevância probatória ser um acto material de inquérito, por isso, reservado ao titular da acção penal, ao dominus do inquérito, ao Ministério Público e postura do Mmo. Juiz de Instrução, traduzida na decisão proferida, pretendendo assumir a direcção do inquérito, seleccionando e apreendendo o que entende ter relevância probatória, conduzindo e conformando a investigação, reduzir injustificadamente o âmbito da investigação;

Se o Mmo Juiz a quo, na decisão proferida, fez interpretação errada, ilegal e

constitucionalmente desconforme, das normas contidas nos arts. 17º; 53º nº 2 b), 179º. 262º nº 1, 263º nº 1 e 269º nº 1 d) e f) todos do Código de Processo Penal e do art.º 17º da Lei do Cibercrime, por ser contrária à estrutura acusatória do processo consagrada no art.º 32º nº 5 da CRP e à autonomia do MP consagrada no art.º 219º da CRP.

2.2. FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO

A matéria de facto relevante para a decisão do presente recurso é a seguinte: Por despacho de 03.04.2024, o MP determinou o seguinte (transcrição integral):

Remeta os autos ao Tribunal de Instrução Criminal para apreciação da promoção infra:

Apresente à Meritíssima Juiz de Instrução Criminal a informação de fls. 717 e suportes digitais, apresentados pela Polícia Judiciária, nos termos e para os efeitos do disposto no art.º 179º, nº 3 do Código de Processo Penal.

Com efeito, no passado dia 01.09.2022 (fls. 618 e seguintes) foram levadas a cabo diligências de busca no âmbito deste processo, no decurso das quais foram copiados documentos em suporte digital, que se encontravam nas instalações dos locais buscados.

Foram gravados, e juntos aos autos, ficheiros existentes em caixas de correio electrónico, que foram extraídos, de forma automática e sem visualização do seu conteúdo, para suportes digitais acondicionados em sacos de prova:

Saco de prova série A115775 constante da contracapa do Apenso Buscas;

Saco de prova série A 115970 constante da contracapa do Apenso Buscas;

Saco de prova série A 087727 constante da contracapa do Apenso Buscas;

Importava garantir que a primeira visualização do seu conteúdo e eliminação de ficheiros de conteúdo pessoal, ou sem ligação aos autos, seja feita pelo Exmo. Sr. Juiz de Instrução.

Por despacho de fls. 685 a Mma. Juiz de Instrução Criminal determinou que fosse efectuada uma pesquisa por palavras-chave e que o resultado da mesma passasse a constar de outro suporte, mais uma vez sem visualização.

Em cumprimento do doutamente ordenado, vem agora o MP apresentar a V. Exa. os autos e o suporte contendo o resultado da pesquisa com as palavras-chave (saco de prova série A nº 174311).

Assim, o Ministério Público promove que, nos termos e para os efeitos do disposto nos arts. 178º, 179º, nº 3 e 268º, nº 1, alínea d) do Código de Processo Penal e 34º, nº 4 da Constituição da República Portuguesa, conjugados com o disposto no artigo 17º da Lei 109/09 de 15.09, a Mma. Juiz de Instrução tome deles conhecimento em primeiro lugar e determine a eliminação das mensagens não conexas com o objecto dos autos ou respeitantes à reserva da vida privada.

Atento o volume das mensagens gravadas, promovemos que, após eliminação das mensagens não conexas com o objecto dos autos ou da reserva da vida privada, nos seja conferida a possibilidade de acesso aos ficheiros, a fim de seleccionarmos e imprimirmos os que considerarmos relevantes para a prova. Após selecção dos ficheiros mais relevantes, será requerida a V. Exa. a respectiva junção aos autos, nos termos do disposto no art.º 179º, n.º 3, do CPP. (despacho do Mº. Pº. de 03.04.2024, com a referência Citius 396142218); A decisão recorrida proferida na sequência do despacho do Mº.Pº. (transcrição integral) tem o seguinte conteúdo:

Fls. 747:

I. Para a abertura da correspondência electrónica apreendida, designo o dia 23.04.2024, pelas 11h00 - arts. 179.º, n.º 3, e 268.º, n.º 1, al. d), ambos do Código de Processo Penal, ex vi, art.º 17.º da Lei n.º 109/2009, de 15.09.

II. Atento o volume da correspondência em causa, designo para me coadjuvar na referida diligência o inspector da Polícia Judiciária AA, da ..., bem como especialista informático do referido órgão de polícia criminal, a indicar por aquele.

III. Dê conhecimento deste despacho ao inspector da Polícia Judiciária AA.

IV. A intervenção que o Ministério Público pretende assumir no procedimento tendente à junção aos autos de correspondência electrónica (cf. fls. 747v) não encontra suporte nem na letra nem no espírito do regime legal acima citado. Na verdade, resulta do disposto no n.º 3 do art.º 179.º do Código de Processo Penal (aplicável por força do estatuído no art.º 17.º da Lei n.º 109/2009) que entre a tomada de conhecimento, pelo juiz, do conteúdo da correspondência apreendida e a ponderação judicial sobre a relevância desta para a prova não pode haver intromissão de outros sujeitos processuais, nomeadamente do Ministério Público, no acesso ao conteúdo de tal correspondência. De outro modo, não se compreenderia que em caso de irrelevância da correspondência para a prova só o juiz ficasse ligado por dever de segredo relativamente ao respectivo conteúdo (cf. a parte final do citado n.º 3 do art.º 179.º).

Pelo que, conseqüentemente, indefere-se tal pretensão.

V. Devolva o processo ao Ministério Público, solicitando a respectiva remessa a este tribunal até dia 22.04.202 (despacho de 9.04.2024, com a referência Citius 8814529).

2.3. APRECIACÃO DO MÉRITO DO RECURSO

Quanto às nulidades.

Da conjugação dos arts. 118º a 123º; 125º e 126º do CPP, resulta que em processo penal, as invalidades dos actos processuais se desdobram em duas espécies - as nulidades e as irregularidades.

A estas ainda acresce a inexistência jurídica que ocorre quando o acto

processual se mostra inidóneo para se integrar na estrutura da relação processual penal, em virtude de lhe faltarem elementos essenciais à sua própria substância, que inviabilizam a produção de quaisquer efeitos jurídicos. Não é sanável, nem susceptível de sanação pela sua não arguição ou decurso do tempo, até porque, uma vez verificada, impede a própria produção do efeito de caso julgado (Simas Santos e Leal Henriques, Código de Processo Penal Anotado, I, 1999, p. 594). Mas esta não está expressamente prevista na Lei.

Entre as nulidades, há um escalonamento em duas dimensões de gravidade: as nulidades insanáveis ou absolutas e as nulidades sanáveis ou relativas.

O regime das nulidades obedece a três princípios essenciais: o da legalidade, enunciado no n.º 1 do art.º 118º, do qual resulta que a violação ou a inobservância das disposições da lei de processo penal só determina a nulidade, quando esta for expressamente cominada na lei, exemplificando o art.º 119º algumas nulidades insanáveis e exemplificando o art.º 120º as que são sanáveis; o princípio da irregularidade de todos os restantes actos praticados contra a lei e um terceiro, que consiste na autonomização das proibições de prova, às quais foi fixado um regime jurídico próprio (art.º 126º do CPP).

As nulidades, sejam sanáveis ou insanáveis, porque restringem ou podem colocar em crise o princípio constitucional contido no art.º 32º n.º 2 da CRP, quanto ao direito a um julgamento, no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa, têm natureza excepcional e, por isso, não admitem aplicação analógica (João Conde Correia, Contributo para a Análise da Inexistência e das Nulidades Processuais Penais, Coimbra Editora, 1999, p. 152; Costa Pimenta, Processo Penal, Sistema e Princípios, 2003, Livraria Petrony, p. 158).

Aos dois graus de intensidade das nulidades estão associados efeitos jurídicos diversos: as nulidades insanáveis, podem ser conhecidas a todo o tempo, até ao trânsito em julgado da decisão final, e tanto podem ser conhecidas oficiosamente pelo Tribunal, como a requerimento do titular do direito protegido pela norma violada, como pelo M.º P.º. (art.º 219º da CRP), sendo irrelevante a renúncia à respectiva arguição, ou a aceitação expressa dos efeitos do acto inválido, bem como a prevalência da faculdade a cujo exercício se dirige o acto nulo.

Diversamente, as nulidades sanáveis não são de conhecimento oficioso do Tribunal. Só serão declaradas mediante arguição por quem tenha legitimidade para tal e sanam-se, se os interessados renunciarem expressamente à sua arguição, tiverem aceite expressamente os efeitos do acto ou se tiverem prevalecido de faculdade a cujo exercício o acto anulável se dirigia, tal como

previsto no art.º 121º nº 1 als. a) a c) e nº 2 do CPP.

De acordo com o disposto no nº 3 do artigo 120º do CPP, as nulidades relativas têm de ser arguidas, nos seguintes prazos: tratando-se de nulidade de acto a que o interessado assista, antes que o acto esteja terminado [alínea a)]; tratando-se da nulidade referida na alínea b) do número anterior, até cinco dias após a notificação do despacho que designar dia para a audiência [alínea b)]; tratando-se de nulidade respeitante ao inquérito ou à instrução, até ao encerramento do debate instrutório ou, não havendo lugar a instrução, até cinco dias após a notificação do despacho que tiver encerrado o inquérito [alínea c)]; e logo no início da audiência nas formas de processo especiais [alínea d)].

Seguindo a mesma técnica, tanto o art.º 119º, como o art.º 120º, em total harmonia com o princípio da legalidade, enumeram as nulidades absolutas e relativas de forma taxativa, através da descrição de concretos actos praticados ou omitidos que são considerados anuláveis e de uma cláusula genérica de remissão para as «que forem cominadas em outras disposições legais».

Tanto umas, como outras implicam a destruição dos efeitos substantivos, processuais e materiais dos actos feridos de nulidade, assim como a invalidade dos actos subsequentes que tenham com estes uma conexão cronológica, lógica, ou valorativa, o chamado efeito à distância, que se verifica quando, na análise das circunstâncias concretas do caso, existe um nexo de antijuridicidade entre o acto inválido e aquele ou aqueles que se lhe seguem que impõe a invalidade de todos eles (por contágio da nulidade, tornando-as inaproveitáveis, as provas secundárias a elas causalmente vinculadas, a não ser que essas provas secundárias pudessem ter vindo a ser obtidas directamente, mesmo na falta da prova nula, através de um comportamento lícito alternativo) e, sempre que possível e necessário, a repetição do acto nulo ou anulável.

Com efeito, no que respeita aos efeitos da declaração de nulidade, o artigo 122º nº 1 do CPP, estabelece que «as nulidades tornam inválido o acto em que se verificarem, bem como os que dele dependerem e aquelas puderem afectar», sendo que, nos termos do nº 2 deste artigo «a declaração de nulidade determina quais os actos que passam a considerar-se inválidos e ordena, sempre que necessário e possível, a sua repetição», dispondo-se no n.º 3 que «ao declarar uma nulidade o juiz aproveita todos os actos que ainda puderem ser salvos do efeito daquela».

É o chamado efeito à distância da nulidade, em concretização da chamada doutrina alemã «Fernwirkung des Beweisverbots» e da que os americanos designam de «Fruit of the Poisonous Tree», também vigente na ordem jurídico-penal portuguesa (Figueiredo Dias, Para Uma reforma Global do

Processo Penal Português, in Para uma Nova Justiça Penal, Coimbra, 1983, pág. 208; Manuel da Costa Andrade, Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal, Coimbra Editora, 2006, pág.175; Germano Marques da Silva, Curso de Processo Penal, II, pág. 227 e Ac. do Tribunal Constitucional nº 198/2004 de 24 de Março, in <http://www.tribunalconstitucional.pt/>).

«O processo penal está subordinado ao princípio da legalidade dos actos, não sendo admitida a prática de actos que a lei não permita; os actos previstos devem respeitar as disposições da lei de processo que dispõem sobre os pressupostos, as condições, o prazo, a forma e os termos. Porém, a «violação ou inobservância» das «disposições da lei do processo penal» só determinará a invalidade do acto quando a consequência for expressamente cominada na lei. O princípio da legalidade do processo e dos actos desdobra-se, deste modo, em matéria de nulidade ou invalidade, na consequência que se afirma na expressão de um *numerus clausus* dos fundamentos da invalidade; a nulidade do acto não resulta da simples violação ou inobservância de disposições legais, mas tem que estar expressamente prevista como consequência da violação ou inobservância das condições ou pressupostos que a lei expressamente referir. «A violação ou inobservância das condições ou pressupostos do acto, que não constitua nulidade, determina apenas a «irregularidade» do acto» (Henriques Gaspar, in Código de Processo Penal Comentado (2014), anotação ao artigo 119º, pág. 383).

O CPP sanciona como nulidade insanável, nos termos do art.º 119º als. b) e e) do CPP, «a falta de promoção do processo pelo Ministério Público, nos termos do artigo 48º, bem como a sua ausência a actos relativamente aos quais a lei exigir a respectiva comparência» e «a violação das regras de competência do tribunal, sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 32º».

A exigência de promoção do processo pelo M.º P.º é uma das manifestações da estrutura acusatória do processo, consagrada no art.º 32º nº 5 da CRP.

A «densificação» semântica da estrutura acusatória faz-se através da articulação de uma dimensão material (fases do processo) com uma dimensão orgânico-subjectiva (entidades competentes). Estrutura acusatória significa, no plano material, a distinção entre instrução, acusação e julgamento; no plano subjectivo, significa a diferenciação entre juiz de instrução (órgão de instrução) e juiz julgador (órgão julgador) e entre ambos e órgão acusador» (Vital Moreira e Gomes Canotilho, Constituição da República Portuguesa Anotada, Coimbra Editora, 3ª Edição Revista, p. 205 e 206).

A exigência de promoção do processo pelo M.º P.º contempla, em face da referência expressa ao art.º 48º do CPP, as situações de omissão do despacho de acusação (ou de arquivamento) quando a lei confere ao M.º P.º

legitimidade para o efeito, mas também os casos em que o M.º P.º deduz

acusação por crimes acerca dos quais não tem a titularidade do exercício da acção penal e, em geral, quando acusa, sem estarem reunidas as condições objectivas de procedibilidade aptas a desencadear ou a prosseguir o exercício da acção penal, segundo as restrições estabelecidas nos arts. 49º a 52º do CPP.

Essas restrições estão previstas em atenção à natureza dos crimes insertos na parte especial do Código Penal, segundo a distinção entre crimes públicos, semi-públicos e particulares, pelo que o âmbito de aplicação do art.º 119º al. b) do CPP é o dos pressupostos de procedibilidade de que depende o exercício da acção penal por parte do MP relativamente a cada uma destas diferentes espécies de crimes.

Os crimes semi-públicos são aqueles cujo processo apenas se inicia mediante a apresentação de queixa por parte do ofendido ou de outrem, que seja titular do direito de queixa, nos termos do art.º 49º n.º 1 do CPP, considerando-se «feita ao Ministério Público a queixa dirigida a qualquer outra entidade que tenha a obrigação Legal de a transmitir àquele» (n.º 2) e só após a apresentação de queixa, é que o Ministério Público poderá promover as respectivas diligências de investigação.

Os crimes particulares são aqueles cujo processo apenas pode desencadear-se caso i) seja apresentada uma queixa por parte do ofendido ou de outrem titular do direito de queixa e ii) essas pessoas se constituam assistentes no processo e deduzam acusação particular (cfr. n.º 1 do art.º 50.º do CPP).

Tanto no que se refere aos crimes semi-públicos, como em relação aos crimes particulares, a queixa pode ser apresentada pelo titular do direito respectivo, por mandatário judicial ou por mandatário munido de poderes especiais (cfr. n.º 3 do art.º 49º do CPP ex vi n.º 3 do art.º 50º do CPP).

O exercício do direito de queixa é, pois, uma condição essencial de procedibilidade para os crimes de natureza semi-pública e particular.

Os crimes em que o procedimento criminal depende de queixa, crimes semipúblicos e os crimes cujo procedimento criminal depende de apresentação de queixa, constituição de assistente e dedução de acusação particular, crimes particulares, estão assinalados na lei penal substantiva.

Os crimes públicos são os únicos cujo processo se desencadeia oficiosamente pelo Ministério Público, após a aquisição da notícia do crime - por conhecimento próprio, por intermédio dos órgãos de polícia criminal, ou mediante denúncia (cfr. art.º 241º do CPP) - e embora sejam a maioria dos crimes previstos no Código Penal e nas leis penais extravagantes, a verdade é que as normas contidas nos arts. 48º a 52º do CPP ilustram como o exercício da acção penal pelo Ministério Público não é incondicionado, antes se processa em condições e de formas diferentes, consoante a natureza dos

crimes que integram, em cada processo, o respectivo objecto.

«Integra a nulidade insanável da alínea b) do art.º 119º do CPP a adesão posterior do Ministério Público à acusação deduzida pelo assistente relativa a crimes de natureza pública ou semi-pública e fora do caso previsto no art.º 284º, nº1, do mesmo diploma legal» (Assento nº 1/2000, in DR Série I-A, de 6/1/2000, actualmente, com o valor de acórdão de uniformização da jurisprudência).

Com efeito, a ordem cronológica das acusações, segundo a qual terá de ser deduzida primeiro a do MP e só de seguida a do assistente, quando estejam em investigação crimes públicos e semi-públicos, nos termos do art.º 284º nºs 1 e 2 do CPP é imperativa. A subsequente adesão do MP à acusação do assistente não supre a nulidade decorrente da omissão inicial da acusação pública, tal como a acusação do Ministério Público por crime particular não supre a inexistência da acusação que deve ser formulada pelo assistente.

Acresce que o art.º 283º nº 3 do CPP, ao contrário do que dispõe o art.º 284º nº 2 al. a) do CPP, relativamente aos crimes particulares, não permite que a acusação pública possa limitar-se à adesão da acusação do assistente.

Também integra a nulidade insanável prevista no art.º 119º nº 1 al. b) do CPP, a ausência de acusação pública, nos casos de crimes públicos ou semi-públicos, ou ausência de acusação particular, nos casos de natureza particular do crime.

«O despacho do Ministério Público de encerramento do inquérito que procede ao arquivamento em relação a uns denunciados e à acusação de outros, mas não se pronuncia sobre a totalidade dos denunciados, arquivando ou acusando de acordo com a prova recolhida.

«Isto é, integra a nulidade prevenida no primeiro segmento da alínea b), do artigo 119º, do Código de Processo Penal, a omissão de pronúncia por parte do titular da acção penal, o Ministério Público, em sede de despacho final de encerramento do inquérito sobre a totalidade do seu objecto, ou seja, sobre um procedimento por crime de natureza pública ou semi-pública ou de acusação particular nos casos de crime de natureza particular.

«E tal nulidade é oficiosamente cognoscível e pode ser declarada pelo Juiz quer em sede instrução, quer em fase de julgamento - cfr. artigos 308º, nº 3 e 311º, nº 1, ambos do Código de Processo Penal» (Ac. da Relação de Évora de 25.05.2021, proc. 645/17.0GASXL-A.E1, in <http://www.dgsi.pt>).

O «âmbito de aplicação desta norma (o art.º 119º al. b) do CPP) esgota-se nesta hipótese paradigmática - prossecução processual sem prévia acusação do MP (...) ou, sendo caso disso, do assistente - não incluindo, como preconiza alguma jurisprudência (...), os casos em que o MP erradamente não deduz acusação proferindo um arquivamento expresso (arquiva em vez de acusar) ou

implícito (acusa mas omite outros crimes (...)). Nestes casos, de errada leitura dos indícios recolhidos ou da sua integral qualificação jurídica, o controlo judicial, deverá ser suscitado pelo assistente (artigo 287.º/1/b), sob pena de, não o fazendo, se operar - nessa parte - a consumpção da acção penal (...): apesar de tudo o MP acabou por exercer a acção penal. Aliás, o que está em causa não é, sequer, um erro no rito processual susceptível de gerar invalidade, mas um erro de apreciação dos indícios ou da sua qualificação jurídica. Ele pode/deve ser impugnado, mas não é causa de invalidade» (João Conde Correia, Comentário Judiciário do Código de Processo Penal, Tomo I, Artigos 1.º a 123.º, Coimbra, Almedina, 2019, pág. 1233).

É, por conseguinte, este o âmbito de aplicação do art.º 119º al. b) do CPP. Esta norma não resulta minimamente preenchida em virtude de o Juiz de Instrução Criminal ter impedido o Mº. Pº. de realizar qualquer tipo de consulta ou averiguação suplementar da correspondência electrónica apreendida, para além daquela que foi escolhida como relevante pelo próprio JIC, porque tal circunstância resulta de uma determinada interpretação quanto à amplitude da remissão contida no art.º 17º da Lei do Cibercrime, para as regras contidas no art.º 179º do CPP, no que se refere ao procedimento de obtenção e aquisição processual de um concreto meio de prova, portanto, sem qualquer ligação com a questão da legitimidade do Mº. Pº. para desencadear o procedimento criminal e deduzir a acusação.

Do mesmo modo, pela natureza própria da decisão recorrida, também não está de todo em todo em causa a realização de alguma diligência processual que requeresse a presença física do Mº. Pº.

O Mº. Pº dirigiu um requerimento escrito ao Mmo. Juiz de instrução criminal que o decidiu, igualmente, por escrito, conforme ao iter processual previsto no CPP e é dessa decisão que foi interposto o presente recurso.

Assim, improcede a nulidade insanável prevista no art.º 119º al. b) do CPP. Quanto à nulidade prevista no art.º 119 al. e) do CPP.

Em geral, as regras de competência do Tribunal referem-se à repartição de várias parcelas de jurisdição por referência a diferentes critérios de divisão e correspectiva atribuição a diversos Tribunais, portanto, à regulação da organização e do exercício do poder judicial.

É ao conjunto dos tribunais que compete exercer as funções jurisdicionais, assegurando a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados, tal como estabelecido no art.º 202º da CRP.

O sistema português de repartição de competências entre os tribunais assenta num conjunto de regras, de carácter aparentemente rígido, tendentes a assegurar que a decisão é tomada pelo juiz mais bem colocado para aferir o

mérito da causa e, assim, alcançar a decisão mais justa, garantindo, do mesmo passo, a segurança jurídica indispensável ao funcionamento do sistema judiciário. Deste modo, o tribunal deve assegurar a sua competência absoluta, apreciando-a antes do julgamento do mérito: dispondo dos elementos que lhe permitem concluir pela sua falta de competência para apreciar a acção, deve julgar-se incompetente e recusar-se a conhecer do mérito da causa.

Nos termos do disposto no art.º 211º, nº 1 da CRP, os Tribunais Judiciais são os tribunais comuns em matéria civil e criminal e exercem jurisdição em todas as áreas não atribuídas a outras ordens jurídicas.

Por seu turno, o art.º 40º nº 1 Lei da Organização do Sistema Judiciário (LOSJ), estabelece que «os tribunais judiciais têm competência para as causas que não sejam atribuídas a outra ordem jurisdicional», tal como o art.º 64º do CPC também prevê a competência residual dos tribunais judiciais civis, o mesmo acontecendo nos arts. 10º a 18º do CPP quanto aos tribunais criminais, pelos quais são repartidos os poderes de decisão das diversas questões e cometem ao STJ, aos Tribunais da Relação e de primeira instância diferentes poderes de apreciação e decisão também em atenção às diferentes matérias, mas tendo sempre tendo estas um único denominador comum - a prática de crimes e a (eventual) punição dos respectivos autores.

O art.º 211º nº 2 da Constituição da República Portuguesa prevê ainda que na primeira instância possa haver tribunais especializados para o julgamento de matérias determinadas e o nº 4 admite que os tribunais da Relação e o Supremo Tribunal de Justiça funcionem em secções especializadas, possibilidade esta, reafirmada, como princípio geral, no art.º 80º da LOSJ, (cfr. igualmente os arts. 65º do CPC e 10º a 18º do CPP) e explicitada nos artigos 81º e 83º, 111º e seguintes (tribunais de competência territorial alargada, tribunais de instância central e tribunais de instância local) através da enunciação dos tribunais de competência especializada que poderão existir e da definição da respetiva área de competência.

A distribuição do poder jurisdicional por diversos tribunais e a diferenciação das respectivas competências em função da natureza da relação de direito substantivo objecto do litígio tem, na sua génese, o reconhecimento das vantagens da especialização, pelo incremento da qualidade das decisões judiciais, na directa proporção da maior preparação técnico-jurídica e da maior experiência dos magistrados e pelo aumento da celeridade da justiça (cfr. neste sentido, Antunes Varela, J. Miguel Bezerra, Sampaio e Nora, Manual de Processo Civil, 2ª edição Revista e Atualizada de acordo com o DL 242/85, Coimbra, Coimbra Editora, Limitada, 1985, pag. 195; João de Castro Mendes, Direito Processual Civil, vol I, Lisboa, AAFDL, 1980, 646).

A competência do tribunal, como pressuposto processual, corresponde à

medida de jurisdição dos diversos tribunais, nomeadamente, ao modo como entre eles se fraciona e reparte o poder jurisdicional (Manuel de Andrade, *Noções Elementares de Processo Civil*, 1976, pág. 88, e Antunes Varela, Miguel Bezerra e Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil*, 2.ª edição, 1985, pág. 196), sendo que, se se tratar de competência internacional, «designa a fracção do poder jurisdicional atribuída aos tribunais portugueses no seu conjunto, em face dos tribunais estrangeiros, para julgar as ações que tenham algum elemento de conexão com ordens jurídicas estrangeiras» (Antunes Varela, J. Miguel Bezerra e Sampaio e Nora, in *Manual de Processo Civil*, 2.ª edição, pág. 198).

Mas, a jurisdição que pertence ao conjunto dos tribunais previstos na Constituição e na lei portuguesas, está distribuída entre os vários tribunais de acordo com regras e critérios que definem os limites da sua jurisdição para cada tribunal, ou seja, a competência, a qual se reparte pelos tribunais da mesma ordem, segundo a matéria, a hierarquia, o valor e o território - artigos 37º nº 1 e 40º a 43º da LOSJ (Lei nº 62/2013, de 26 de Agosto).

O poder jurisdicional, quando esteja em causa o critério da natureza das causas a julgar em que se materializa a competência material, é repartido por diversas categorias de tribunais, embora todos situados no mesmo plano horizontal, sem qualquer relação de subordinação ou dependência entre elas - cfr. arts. 209º e segs da Constituição da República Portuguesa (CRP).

A incompetência material é determinada pela «insusceptibilidade de um tribunal apreciar determinada causa que decorre da circunstância de os critérios determinativos da competência não lhe concederem a medida de jurisdição suficiente para essa apreciação» (Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*, 2ª edição, Lisboa, Lex, 1997, 128).

O art.º 96º do CPC comina como consequência para a violação das regras sobre competência internacional a incompetência absoluta do tribunal.

A incompetência absoluta constitui uma excepção dilatória, que pode e deve ser conhecida oficiosamente e determina a absolvição da instância, no processo civil - artigos 577º a), 97º e 99º, todos do CPC.

Em matérias penais, a competência internacional dos Tribunais Portugueses encontra-se prevista e regulada nos arts. 4º a 6º do Código Penal.

De acordo com as regras ali contidas, a aplicação espacial do direito penal assenta nos princípios da territorialidade, da nacionalidade, da defesa dos interesses nacionais, da universalidade, da administração supletiva da lei nacional e da aplicação convencional.

Também a competência penal corresponde à medida da jurisdição penal atribuída a cada um dos tribunais criminais, sendo a delimitação estabelecida na lei de organização judiciária em função de critérios objectivos e prefixados,

segundo normas de distribuição territorial que fixam a competência em razão de território e, dentro desta, segundo o modelo organizacional dos tribunais em tribunais de competência territorial alargada e tribunais de comarca (23 comarcas) - artigo 33º da LOSJ.

Diferentemente do tratamento que a incompetência em razão da matéria tem em sede de processo civil como causa de absolvição do réu da instância, em processo penal, dada a sua estreita conexão com o princípio constitucional do Juiz Natural, o CPP sanciona a inobservância das regras da competência do Tribunal com a nulidade prevista no art.º 119º al. e), que é uma nulidade insanável, por isso, deve ser conhecida e declarada a todo o tempo, até ao trânsito em julgado da decisão final (Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa, volume I, p. 525; Figueiredo Dias, RLJ ano 111, 1976, p. 83; Acs. do Tribunal Constitucional 614/2003 e 482/2014, in <http://www.tribunalconstitucional.pt> e Ac. do STJ de 01.02.2017, proc. 32/14.1JBLSB-PL1-A.S1, in <http://www.dgsi.pt>).

Excepção feita, à incompetência em razão do território que somente pode ser deduzida e declarada até ao início do debate instrutório, tratando-se de juiz de instrução, ou até ao início da audiência de julgamento, tratando-se de tribunal de julgamento e não determina a nulidade do processo, mas tão-só dos actos que se não teriam sido praticados se o processo tivesse corrido perante o tribunal competente. É o tribunal competente que declara quais os actos que são nulos e que ordena a repetição dos actos necessários para conhecer da causa. (Ac. do STJ de 16.03.2015, proc. 122/13.TELSB-L.S1 e João Conde Correia, Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais, pág. 129 e seg).

As regras reguladoras da competência em direito e processo penais visam, essencialmente, determinar com a necessária antecedência qual será o Tribunal que irá decidir uma causa penal em estrita sintonia com o princípio constitucional do Juiz Natural consagrado no art.º 32º nº 9 da CRP segundo o qual «nenhuma causa pode ser subtraída ao Tribunal cuja competência esteja fixada em Lei anterior», sem perigos de manipulação da competência, inviabilizando que qualquer sujeito processual possa escolher o tribunal que lhe parecer mais favorável e proibindo a criação ou determinação de uma competência ad hoc, de excepção, de um certo tribunal para uma certa causa. «A competência em processo penal - a cada crime corresponde um processo para o qual é competente o tribunal predeterminado em função das regras sobre competência material, funcional e territorial - é, por princípio, unitária, respondendo a exigências precisas de determinação prévia do tribunal competente, para prevenir a manipulação avulsa ou arbitrária de competência em contrário do respeito pelo princípio do juiz natural» (Ac. do STJ de

06.10.2004, proc. 04P1139, in <http://www.dgsi.pt>).

«O princípio do juiz natural impõe, antes de mais, que a definição do juiz competente resulte da lei. No plano da fonte, com efeito, só a lei pode instituir o juiz e fixar-lhe a competência. (...).

«Esta dimensão, dita positiva, do princípio do juiz legal abrange não só as regras legais propriamente ditas com relevo para a determinação da competência, como também ainda eventuais regulamentos, regimentos, etc., complementares, emanados pelo próprio sistema judiciário de que a mesma esteja dependente. Todas essas prescrições devem possuir natureza geral e abstrata, de modo a evitar a manipulação da fixação da competência relativamente a certos casos ou pessoas (...).

«A esta vinculação a uma ordem taxativa de competência legalmente determinada encontra-se associada, numa dimensão negativa, um conjunto de proibições de variada ordem, fundadas essencialmente na proscrição da arbitrariedade ou mesmo da discricionariedade no acto de fixação da competência. Designadamente, a proibição de jurisdições de exceção, isto é, jurisdições ad hoc criadas para decidir um caso concreto ou um determinado grupo de casos, com quebra das regras gerais de competência; bem como a proibição terminante do desaforamento de qualquer causa criminal e da sua suspensão discricionária por qualquer autoridade; e ainda inclusive, segundo o art.º 209.º-4 da CRP, a proibição da existência de tribunais com competência exclusiva para o julgamento de certas categorias de crimes» (Jorge de Figueiredo Dias / Nuno Brandão, *Sujeitos Processuais Penais: O Tribunal*, Coimbra, 2015, p. 33-34, in <https://apps.uc.pt/mypage/files/nbrandao/1083>).
Especificamente, no âmbito do direito penal e do processo penal, a distribuição da competência também visa regulamentar o âmbito de actuação de cada tribunal, de modo a que cada caso penal concreto seja apenas deferido a um único tribunal, ressalvadas as possibilidades de apreciação sucessiva por tribunais diferentes, por efeito dos diferentes graus de jurisdição, em caso de recurso, ou da especificidade de determinadas matérias, como é o caso das que se referem ao cumprimento das penas, por regra, cometidas ao TEP, ou das que regem os actos jurisdicionais do inquérito que incumbem ao juiz de instrução, tal como resulta do acervo normativo incluído nos arts. 10º a 18º do CPP.

A competência material penal também é «aquela parcela de jurisdição que é distribuída às diferentes espécies de tribunais, tendo em atenção a natureza das causas a resolver; de maneira que às particularidades decisivas na matéria ou na natureza dos assuntos a tratar correspondam órgãos jurisdicionais com uma organização e um formalismo que lhes sejam adequados» (Eduardo Correia, *Processo Criminal*, p. 276 e ss).

Para efeitos penais, «a natureza das causas» materializa-se em critérios de determinação abstracta da competência material, ou por referência à espécie de tipo legal de crime em causa, ou à gravidade da infracção revelada pelo limite máximo da pena aplicável, ou resultante de uma certa combinação destes dois critérios. Em certas circunstâncias muito contadas, também é determinada pela qualidade das pessoas e, ao mesmo tempo, de acordo com a repartição própria resultante das regras sobre competência territorial.

A competência em razão da matéria para questões penais, estando, como está delimitada nas leis de processo e de organização judiciária, também é determinada por regras de distribuição da jurisdição em razão do território e, no que respeita ao desenvolvimento do processo dentro de cada instância, através de um elenco de actos cuja espécie determina competências diversas conforme as fases da que integram a marcha do processo, desde a obtenção da notícia do crime, até ao trânsito em julgado da decisão que conhece do objecto do processo definido pela acusação ou pela pronúncia (competência funcional).

«Existirão, nesta sequência, três critérios para determinar tal atribuição: o objectivo, o funcional e o territorial, sendo que a conjugação dos mesmos dá lugar a outros tantos tipos de competência. Importa, assim, precisar que a distinção de critérios para a delimitação da competência do tribunal abrange: a. competência em razão da fase do processo (competência funcional); b. A competência em razão da espécie ou gravidade do crime, ou então da qualidade do arguido (competência material); c. A competência em razão do lugar (competência territorial).

«No que concerne à competência funcional, o ponto a destacar é que têm de intervir no processo pelo menos dois juízes, um para a fase de investigação e outro para a fase de julgamento, só assim se podendo garantir o princípio da independência judicial. Nessa conformidade, o art.º 40º determina que "nenhum juiz pode intervir num julgamento [relativo] a processo em que tiver: a) [aplicado medida de coacção [ou] - presidido a debate instrutório". Quanto à competência material, é de referir que a mesma se desdobra por duas vertentes, a competência em razão da hierarquia do tribunal e a competência em razão da estrutura do tribunal.

«A competência material pode estar, porém, ordenada e delimitada no que respeita ao desenvolvimento do processo dentro de cada instância, mediante competências diversas conforme as fases da promoção e desenvolvimento processual: é o que se designa por competência funcional. No processo penal, designadamente, as diversas fases do processo (ou os actos normativamente delimitados) estão referidas a competências funcionais diversificadas: o inquérito; a instrução; o julgamento, estas sem possibilidade de cumulação

funcional do juiz (artigo 40º do CPP). É exactamente esse o caso do juiz de instrução ao qual compete, nos termos do artigo 17º do Código de Processo Penal, proceder à instrução, decidir quanto à pronúncia e exercer todas as funções jurisdicionais até à remessa do processo para julgamento, nos termos prescritos neste Código.» (Ac. do STJ de 01.02.2017, proc. 32/14.1JBLSB-PL1-A.S1, in <http://www.dgsi.pt>, que é o AFJ nº 2/2017, publicado no Diário da República n.º 54/2017, Série I de 2017-03-16, páginas 1425 - 1439. No mesmo sentido, Código de Processo Penal Comentado; António H. Gaspar; Santos Cabral; Maia Costa; Oliveira Mendes; Pereira Madeira; Henriques da Graça Edições Almedina 2016 Coimbra pág. 48 e segs. e Paulo de Sousa Mendes Lições de Direito Processual Penal Almedina Coimbra 2014 pág 110).

O Ministério Público não faz parte do poder judicial – cfr. arts. 202º a 205º e 219º e 220º da Constituição da República Portuguesa e art.º 9º do Código de Processo Penal e, não obstante ser um órgão de administração da Justiça, não tem funções definidoras de direitos e, por isso mesmo, não tem jurisdição.

Consequentemente, a nulidade prevista no art.º 119º al. e) reportada às fases do inquérito e da instrução só pode ter por objecto as regras de competência referentes aos actos jurisdicionais que incumbem ao juiz de instrução levar a cabo, autorizar ou validar, nos termos dos arts. 17º, 268º e 269º do CPP.

A violação pelo Ministério Público do disposto nos arts. 264º a 266º do Código de Processo Penal, não sendo uma das nulidades taxativamente previstas no art.º 119º, nem no art.º 120º do CPP, configurará uma mera irregularidade (art.º 123º do CPP), por exclusão resultante dos princípios da legalidade e da taxatividade das nulidades e da impossibilidade de aplicação analógica das normas contidas nos arts. 118º a 122º do CPP.

Mas, a verdade é que Ministério Público é o órgão ao qual cabe dirigir o inquérito, obtendo provas e informações que o habilitem a proferir uma decisão de mérito sobre o exercício da acção penal de que é titular (ou seja, apurar da existência de um crime, determinar a identidade dos seus agentes e a responsabilidade deles, descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação), funções que deve exercer com autonomia, tal como está estatutariamente estabelecido, com consagração constitucional, no art.º 219º nº 1 e 2 da CRP e como está previsto nos arts. 53º nº 2 al. b); 262º a 264º e 267º do CPP.

A obrigatoriedade de realização do inquérito confunde-se com dever de investigar do M.º P.º, cuja configuração resulta da conjugação das atribuições e competências que em matéria de investigação criminal e acção penal lhe estão estatutariamente atribuídas, nos termos dos arts. 4º nº 1 als. d) e e); 58º, 71º e 75º da Lei 68/2019 de 27 de Agosto e das regras específicas que regem a tramitação do processo penal, com especial enfoque, nos arts. 48º a

56º do CPP e nas que se referem às finalidades e razão de ser do inquérito, contidas nos arts. 262º e seguintes do mesmo código.

A verificação cumulativa de duas circunstâncias: a notícia de factos em relação aos quais não seja evidente, nem notório que os mesmos são destituídos de tutela penal (seja por via da prescrição, de amnistia, da extinção do direito de queixa, de despenalização resultante da sucessão de leis penais no tempo, ou da manifesta falta de tipicidade) e as diligências probatórias de investigação, são o que determina a obrigatoriedade do inquérito.

Por seu turno, o juiz de instrução é, no âmbito do processo penal, e de acordo com o conteúdo material das suas competências enunciadas no artigo 17º do CPP, a autoridade judiciária competente para proceder à instrução, para proferir a pronúncia e para exercer todas as funções jurisdicionais no inquérito, até à remessa do processo para julgamento, nos termos também do art.º 119º n.º 1 da Lei de Organização do Sistema Judiciário (LOSJ), aprovada pela Lei n.º 62/2013 de 26 de Agosto.

A competência do juiz de instrução, na fase de inquérito, está definida em termos gerais, nas disposições conjugadas dos arts. 17º, 268º e 269º do CPP, através de um elenco de actos jurisdicionais do inquérito para cuja prática, autorização ou validação lhe é atribuída competência exclusiva, como emanação do princípio constitucional da reserva de juiz, ou seja, da concepção do juiz de instrução como garante dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos e da legalidade dos actos de investigação que, mesmo só de um ponto de vista estritamente objectivo, sejam aptos a lesar direitos fundamentais.

Em conformidade, os arts. 268º e 269º distinguem os actos a praticar pelo juiz de instrução e os actos a ordenar ou a autorizar pelo juiz de instrução, sendo que ambos ressalvam a possibilidade de previsão de normas legais que expressamente concedam ao juiz de instrução poderes para praticar outros actos (art.º 268º n.º 1 al f)) e poderes para ordenar ou autorizar outros actos (art.º 269º n.º 1 al. f): proceder ao primeiro interrogatório judicial de arguido detido (art.º 141º); proceder à aplicação das medidas de coacção ou de garantia patrimonial previstas nos artigos 197º (caução), 198º (obrigação de apresentação periódica), 199º (proibição de permanência, de ausência e de contactos), 200º (suspensão do exercício de funções, de profissão e de direitos), 201º (obrigação de permanência na habitação) e 202º (prisão preventiva); proceder a buscas e apreensões em escritório de advogado, consultório médico ou estabelecimento bancário; tomar conhecimento, em primeiro lugar, do conteúdo da correspondência apreendida; declarar a perda a favor do Estado de bens apreendidos, com expressa menção das disposições

legais aplicadas, quando o Ministério Público proceder ao arquivamento do inquérito nos termos dos artigos 277º, 280º e 282º; ordenar ou autorizar a realização de perícias, nos termos do nº 3 do artigo 154º, de exames, nos termos do nº 2 do artigo 172º, buscas domiciliárias, nos termos e com os limites do artigo 177º, apreensões de correspondência, nos termos do nº 1 do artigo 179º, intercepções ou gravações de conversações ou comunicações telefónicas, nos termos dos artigos 187º e 189º.

Acrescem os actos de validação «a posteriori» de outros actos praticados pelo Mº. Pº. ou pelos OPC, que também são legalmente atribuídos ao juiz de instrução criminal como, por exemplo, a validação da aplicação do segredo de justiça decidido pelo Ministério Público (art.º 86º nº 3, do CPP), a validação de buscas não domiciliárias e domiciliárias, efectuadas por órgão de polícia criminal sem prévia autorização de autoridade judiciária, nos casos de terrorismo e de criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa (artigos 174º nº 6 e 177º nº 4 do CPP).

O inquérito, em particular, desenvolve-se, pois, numa tensão permanente, ou quase permanente, entre os princípios constitucionais da jurisdicionalidade (art.º 32º nº 4 da CRP) e da tutela judicial efectiva (art.º 20º nºs 1 e 5 da CRP), por um lado e os princípios constitucionais da estrutura acusatória do processo penal (art.º 32º nº 5 da CRP) e da autonomia do Ministério Público (art.º 219º da CRP), por outro.

«É um dado adquirido, constitucionalmente fundado nos princípios da reserva de juiz (artigos 32.º, n.º 4, e 202.º da CRP), da estrutura acusatória do processo (art.º 32.º, n.º 5, da CRP) e da tutela jurisdicional efetiva (art.º 20.º, nºs 1 e 5, da CRP), que o inquérito deve contar com a intervenção do juiz de instrução relativamente a actos que se prendam diretamente com direitos fundamentais. Exigência que foi legalmente instituída como uma das traves-mestras da arquitetura do processo penal português» (Figueiredo Dias e Nuno Brandão, O controlo pelo juiz de instrução das invalidades e proibições de prova durante a fase de inquérito in J. Lobo Moutinho et al. (orgs.), Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva, II, 2020, p. 1157. No mesmo sentido, J. Figueiredo Dias, “Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal”, in O Novo Código de Processo Penal, Almedina, Coimbra, 1988, p. 16, e ainda Nuno Brandão, “O controlo de proibições de prova pelo juiz de instrução no decurso do inquérito”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 29, n.º 1, janeiro-abril de 2019, p. 50; Maria de Fátima Mata-Mouros. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra, Almedina, 2011. p. 21, Anabela Miranda

Rodrigues, A Jurisprudência Constitucional Portuguesa e a Reserva de Juiz nas Fases Anteriores ao Julgamento ou a Matriz Basicamente Acusatória do Processo Penal. In: XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa. Coimbra. Coimbra Editora, 2009. p. 49).

A intervenção do juiz de instrução justifica-se «para salvaguardar a liberdade e a segurança dos cidadãos no decurso do processo-crime e para garantir que a prova canalizada para o processo foi obtida com respeito pelos direitos fundamentais» (Acórdão do Tribunal Constitucional nº 7/87. No mesmo sentido, Acórdãos do Tribunal Constitucional nºs 23/90, nºs 334/94, 517/96, 610/96 e 694/1996, 581/2000, 155/2007, 228/2007, 110/2009, 234/2011, 121/2021, in <http://www.tribunalconstitucional.pt>).

Assim, a intervenção do M.º P.º. no processo é necessária e emerge do seu poder exclusivo de direcção do inquérito e da sua vocação natural para a investigação criminal (no que pode ser denominado de «reserva de Ministério Público no processo penal», que impõe o respeito pelas suas funções próprias e pela sua autonomia e determina a exclusão, por violação da Constituição, de qualquer solução legal que coloque «o Ministério Público na dependência processual do juiz» (Paulo Dá Mesquita, Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 51-52), bem como da estrutura acusatória do processo penal, exigida por força do disposto no artigo 32.º nº 5 da CRP, que consagra o princípio do acusatório.

Do papel do Juiz de Instrução Criminal como o garante da legalidade dos actos de investigação, especialmente aqueles que colidem de forma mais intrusiva com direitos fundamentais (v.g., escutas telefónicas, buscas domiciliárias, apreensão de correspondência) e como Juiz das liberdades e garantias, indiferente às finalidades da investigação criminal e desinteressado do desfecho do inquérito, apenas comprometido com a prossecução do princípio constitucional do processo justo e equitativo, resulta que a sua intervenção é pontual, é restrita aos actos sob reserva de Juiz (na acepção restrita dos que se encontram enumerados nos arts. 268.º e 269.º do CPP, ou em termos mais amplos, incluindo decisões de controlo subsequente sobre actos já praticados por outros sujeitos processuais desde que interfiram com direitos, liberdade e garantias) e é sempre condicionada pelo impulso do M.º P.º., do assistente ou do arguido, pois que não tem competências oficiosas.

Os actos jurisdicionais da competência do Juiz de instrução podem ser agrupados em três categorias «que se diferenciam em função do envolvimento do juiz na produção dos atos de inquérito e no controlo da projeção dos seus efeitos e do momento - anterior, contemporâneo ou posterior à sua realização - em que exerce o seu poder jurisdicional: os atos a praticar pelo juiz de instrução (art.º 268.º do CPP); os atos a ordenar ou autorizar pelo juiz de

instrução (art.º 269.º do CPP); e os atos de controlo de atos já praticados por outros sujeitos ou participantes processuais», estes, incluindo os de controlo judicial de violações de proibições de prova e de invalidades de actos processuais da autoria do Ministério Público ou dos órgãos de polícia criminal, fora do âmbito de aplicabilidade daqueles arts. 268º e 269º do CPP, desde que interfiram com os direitos fundamentais das pessoas visadas por esses outros actos (Figueiredo Dias e Nuno Brandão, “O controlo pelo juiz de instrução das invalidades e proibições de prova durante a fase de inquérito”, in J. Lobo Moutinho et al. (orgs.), Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva, II, 2020, p. 1160).

A dilucidação da questão de saber se ao impedir o M.º P.º de aceder ao conteúdo das comunicações electrónicas apreendidas, para além das que ele próprio escolheu como provas relevantes, o Juiz de Instrução extrapolou os limites das suas competências previstas no art.º 17º do CPP, ou até se essa escolha inicial compete antes ao M.º P.º., depende da posição que se deva tomar acerca da amplitude da remissão contida no art.º 17º da Lei do Cibercrime para o regime previsto no art.º 179º do CPP.

O que remete, não só para o problema da repartição de competências entre o M.º P.º. e o Juiz de instrução criminal, no domínio dos actos a praticar durante o inquérito, em que se manifesta a nulidade invocada à luz do art.º 119º al. e) do CPP, mas também para a outra questão a decidir, neste recurso, que se refere à inconstitucionalidade da interpretação da regra constante do art.º 17º da Lei do Cibercrime no sentido de tornar aplicável em bloco o regime da apreensão da correspondência contido no art.º 179º do CPP, incluído o seu nº 3, por violar a estrutura acusatória do processo penal, nos termos previstos no art.º 32º nº 5 da CRP e o princípio constitucional da autonomia do M.º P.º., consagrado no art.º 219º da CRP.

O presente recurso e a posição nele tomada parecem ser subsidiários da tese de que a exigência de que, no inquérito, seja o juiz de instrução o primeiro a conhecer o conteúdo das mensagens de correio electrónico apreendidas e a seleccionar aquelas que se afigurem ser de interesse para a descoberta da verdade ou para a prova, é inconstitucional porque viola a estrutura acusatória do processo penal e porque representa uma ingerência do JIC nas esfera de actuação própria e exclusiva do M.º P.º. na condução da investigação e na prática de actos materiais do inquérito que só ao M.º P.º. incumbem, por ser quem tem o monopólio de definir o objecto do processo e em virtude das grandes dificuldades de ordem prática que esta exigência envolve: as mensagens de correio electrónico são, por regra, apreendidas em grandes quantidades, não dispondo o Juiz de instrução das ferramentas que facilitam a análise de grandes quantidades de dados (cfr. Rui Cardoso, «Apreensão de

correio electrónico e registos de comunicações de natureza semelhante — artigo 17.º da Lei n.º 109/2009, de 15.IX», Revista do Ministério Público, 153 (2018), p. 204 e seguintes, especialmente, p. 204, nota 47 e p. 209; Rita Castanheira Neves, 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. 275, Pedro Verdelho, in “A Nova Lei do Cibercrime” Scientia Iuridica, Tomo LVIII, Nº 320, Duarte Rodrigues Nunes, Os meios de obtenção de prova previstos na Lei do Cibercrime, Coimbra: Gestlegal, 2018, p. 143, Decisão sumária de 6.02.2019, proc. 152/16.8TELSB-B.L1 da 3ª Secção da Relação de Lisboa, in https://www.pgdlisboa.pt/jurel/jur_mostra_doc.php?nid=5594&codarea=57; Acs. da Relação de Lisboa de 22.04.2021, proc. 184/12.5TELSB-N.L1-9 e de 21.11.2024, proc. 85/18.3TELSB-F.L1-9, in <http://www.dgsi.pt>).

Porém, salvo melhor opinião, a tese defendida pelo recorrente parte de várias premissas que não têm sustentação, nem na lei, nem nos princípios gerais de direito, nem na razão de ser da transposição do regime de apreensão da correspondência em suporte físico que está contido no art.º 179º do CPP, para o domínio da apreensão das comunicações electrónicas.

Essas premissas, se bem se compreendeu a argumentação exposta nas conclusões do recorrente são as seguintes:

A primeira, a de que a autonomia do M.º P.º e o seu poder de direcção do inquérito são valores absolutos.

A segunda, a de que o Juiz de instrução criminal ao dar cumprimento integral ao disposto no art.º 179º do CPP em matéria de apreensão de comunicações electrónicas, impedindo o M.º P.º de qualquer participação na escolha das provas com interesse para a investigação, constitui uma grave e séria limitação às funções do Ministério Público, na sua condição de titular da acção penal e de «dominus» do inquérito, dado tratar-se de um acto material do inquérito, por isso, em afronta às regras de competência e cometendo a nulidade prevista no art.º 119º al. e) do CPP.

A terceira, a de que a remissão que o art.º 17º da Lei do Cibercrime faz para o regime de apreensão da correspondência contido no art.º 179º do CPP não inclui a previsão contida no seu nº 3, pois outra não pode ser a interpretação a retirar da imputação de que o Mmo. Juiz de instrução criminal ao proferir a decisão recorrida «confunde os dois momentos a que se referem os artigos 179º do Código de Processo Penal e o art.º 17º, da Lei do Cibercrime.

«O primeiro respeita ao empossamento da correspondência corpórea/dados ou documentos informáticos ou correio electrónico ou registos de comunicações de natureza semelhante (abrangida pela ordem ou autorização judicial de apreensão). O segundo respeita à tomada de conhecimento pelo Juiz, seguido

do momento do conhecimento com fundamentada tomada de posição pelo Ministério Público e, finalmente, o momento da fundamentada e recorrível decisão judicial sobre a concreta admissão, ou não, como meio de prova a ser junto ao processo».

A quarta, a de que os parâmetros de constitucionalidade do regime jurídico previsto nos arts. 17º da Lei do Cibercrime e do art.º 179º do CPP são a estrutura acusatória do processo e a autonomia do Mº. Pº. consagrados, respectivamente nos arts. 32º nº 5 e no art.º 219º nº 2 da CRP.

No que se refere à primeira destas premissas, importa sublinhar que a autonomia do Mº. Pº. não é um fim em si mesmo, o mesmo acontecendo com a sua condição constitucional, estatutária e legal de «dominus» do inquérito, pois estão funcionalmente dirigidos à administração da justiça penal e à prossecução do poder público de repressão e combate ao crime, onde avultam outros princípios com igual dignidade constitucional, como sejam o da tutela jurisdicional efectiva e do processo justo e equitativo, no art.º 20º da CRP, o das garantias de defesa reconhecidas ao arguido, no art.º 32º da CRP, para cujo balanceamento, precisamente, operam a coexistência das denominadas «reserva de Mº. Pº.» e «reserva de Juiz», durante o inquérito, nos termos acima já expostos, a propósito dos actos jurisdicionais da competência do juiz de instrução, quer os que se encontram expressamente previstos nos arts. 268º e 269º do CPP, quer noutras normas dispersas pelo CPP em matéria de controlo da legalidade dos actos e das suas invalidades, quer de infracções a proibições de prova.

Em bom rigor, a titularidade da acção penal no M.º P.º., até se constitui como uma das garantias de independência e imparcialidade dos Juizes, posto que libertam o JIC de qualquer compromisso com a obtenção e com o sentido da prova e/ou com a prolação de uma decisão de mérito sobre o desfecho da investigação, transferindo o enfoque da sua actuação para as liberdades e para a averiguação das condições de validade e eficácia dos actos de investigação cujo controle jurisdicional esteja incluído na reserva de juiz consagrada no art.º 32º nº 4 da CRP.

O que não faltam, pois, nas normas que regulam o processo penal, são actos jurisdicionais da exclusiva competência do Juiz de Instrução ou que o Mº. Pº. só pode praticar mediante autorização daquele e cuja sede própria é o inquérito, a que se soma a circunstância de que a autonomia da Magistratura do Mº. Pº. nem neutraliza a sua condição de sujeito processual, tal como o arguido e o assistente também o são, embora cada um com o seu estatuto, nem se confunde com a sindicabilidade da validade e eficácia dos actos por cada um deles praticados, a que todos estão sujeitos, inclusive, os próprios Juizes (estes, por via dos recursos), como é próprio de um processo penal de

um Estado de Direito Democrático.

O M.^o P.^o. não tem, por conseguinte, uma liberdade ilimitada para agir sem qualquer supervisão ou controle.

Deve obediência à Lei e a sua actuação pode ser e é sindicada e sindicável.

Refira-se que o facto de, nos termos do art.º 219º do CPP, lhe competir a direcção do inquérito e de estar dotado de autonomia não neutraliza minimamente a constatação de que o MP não detém um poder de investigação absoluto e ilimitado, estando inclusive as invalidades dos seus actos processuais que se traduzam em lesões de direitos fundamentais submetidas a «um poder judicial de controlo dessas invalidades, em sede de incidentes judiciais em que se revelem os actos inválidos ou no decurso de fases dirigidas judicialmente» (Paulo Dá Mesquita, Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária, pág. 309. No mesmo sentido, Maia Gonçalves, Código de Processo Penal Anotado, 11ª Edição, 2007, pág. 313 e os acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 15.02.2012, proc. 36/09.6TAVNH.P1, de 26.02.2014, proc. 9585/11.5TDPRT.P1, e de 2.11.2015, proc. 0541293; o acórdão da Relação de Guimarães de 20.09.2010, proc. 89/09.7GCGMR.G1, de 05.02.2018, proc. 683/16.0PBGMR.G1 e de 25.05.2020, processo 95/19.3JAPRT-C.G1; e os acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 24.05.2011, proc. 1566/08.2TACSC.L1.5, de 22.11.2017, proc. 684/14.2T9SXL.L2-3, de 06.06.2017, proc. 2018/13.9TELSB.GL1-5, de 21.02.2017, proc. 2/15.2IFLSB-D.L1-5, de 15.03.2021, proc. 2413/11.3TAFAR-A.L1-9, in <http://www.dgsi.pt>). Esse poder decisório do Juiz de instrução criminal também tem consagração constitucional expressa no art.º 32º n.º 4 da CRP e não se confunde, nem está limitada ao elenco dos actos jurisdicionais do inquérito propriamente ditos e previstos nos arts. 268º e 269º do CPP.

Acresce que as conveniências da investigação cedem perante a intromissão abusiva nos direitos, liberdades e garantias, quando excedam os limites da necessidade, adequação e proporcionalidade a que, nos termos do art.º 18º n.º 2 da CRP, estão condicionadas todas as formas de compressão de direitos fundamentais.

Por isso e para isso é que também existem métodos proibidos de prova e provas proibidas, nos termos das disposições conjugadas dos arts. 32º n.º 8 da CRP e 126º do CPP, sendo que este último preceito até encerra dois graus de intensidade da proibição: quanto a provas obtidas à custa do direito à integridade física e moral, a interdição do seu uso é absoluta e inclui os direitos enumerados nos n.ºs 1 e 2, enquanto que, no que se refere a provas obtidas mediante a compressão da privacidade da pessoa humana, a interdição é sanável pelo consentimento do titular do direito, conforme a previsão contida no n.º 3.

O artigo 126º nº 1 do Código de Processo Penal estabelece a nulidade das provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas e o nº 2 enumera as situações que se reconduzem a alguma dessas ofensas: a perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos, na al. a); a perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação, na al. b); o uso da força fora das condições legais em que a mesma é permitida, na al. c); a ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto e, por fim, na al. e) a promessa de vantagem legalmente inadmissível.

Trata-se de proibições absolutas, o que implica que em caso algum, as provas obtidas através de tais procedimentos poderão ser tidas em conta.

Pura e simplesmente, jamais poderão ser utilizadas, nem mesmo com o consentimento do próprio titular, uma vez que atentam contra direitos indisponíveis.

Já o mesmo não pode dizer-se em relação a outras proibições de prova que são as contempladas no nº 3 do mesmo art.º 126º.

Estas são proibições relativas, na medida em que caso as provas sejam recolhidas com prévia autorização ou consentimento dos titulares dos direitos ali previstos, as mesmas provas são válidas e eficazes e são susceptíveis de valoração, podendo fundamentar a convicção do Tribunal, na fixação da matéria de facto.

Incidem sobre os processos de obtenção de provas à custa da intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações, que, apesar da sua tutela constitucional, mantêm a natureza de direitos disponíveis.

Ora, também em sede de infracções às proibições de prova, quando aconteçam durante o inquérito, o Juiz de instrução tem competência decisória, para além dos limites dos arts. 268º e 269º do CPP porque essa é a dimensão própria do princípio constitucional da tutela jurisdicional efectiva consagrado no art.º 20º nº 5 da CRP, que pressupõe a garantia constitucional do acesso a um processo justo e equitativo densificado em várias regras de que se destacam o direito à igualdade de armas e de tratamento, no processo, sendo proibidas todas as diferenças de tratamento arbitrárias; a proibição da indefesa de um modo tal que permita obter tutela real e em tempo útil contra ameaças ou violações dos direitos, liberdades e garantias pessoais dos cidadãos e o direito ao contraditório, traduzido fundamentalmente na possibilidade de cada uma das partes invocar as razões de facto e direito,

oferecer provas, controlar a admissibilidade e a produção das provas da outra parte e pronunciar-se sobre o valor e resultado de umas e outras (Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, pág. 415 e 416, do vol. I, da 4.^a edição, da Coimbra Editora. No mesmo sentido, e Lopes do Rego, «Acesso ao direito e aos tribunais», *Estudos sobre a Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Aequitas, 1993, p. 44; id., «O direito fundamental do acesso aos tribunais e a reforma do processo civil», *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. I, pp. 745 e 747; Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 353/2008, 301/2009, 286/2011, 350/2012, 90/2013, 778/2014, 510/2015, 193/2016, 251/2017 e 675/2018, in <https://www.tribunalconstitucional.pt>).

«Impedir que o cidadão, arguido ou não, afetado substancialmente na sua esfera pessoal por medidas processuais penais restritivas de direitos fundamentais da autoria do Ministério Público ou de órgãos de polícia criminal não pudesse imediatamente reagir contra elas senão perante o próprio Ministério Público, relegando o seu conhecimento judicial para uma futura e incerta fase processual de natureza judicial, significaria privá-lo da proteção do juiz de instrução durante toda fase do inquérito, logo ali num dos domínios em que a sua necessidade se faz sentir com maior acuidade. A impossibilidade de obter uma tutela judicial em tempo útil que daí decorreria seria flagrante e atentaria contra a exigência de efetividade imposta pelo n.º 5 do art.º 20.º da Constituição à tutela judicial de direitos fundamentais.

«É, enfim, a todos os títulos inaceitável uma interpretação da lei processual penal vigente que imponha ao juiz de instrução que bata com a porta do seu tribunal na cara do sujeito processual que a ele recorre para defesa dos seus direitos fundamentais, assistindo impavidamente a uma restrição ilegítima desses direitos que se adivinhe iminente ou que se encontre até já em curso. É inaceitável, desde logo, no plano constitucional, por flagrante violação dos princípios da reserva de juiz (arts. 32.º, n.º 4, e 202.º da CRP), da tutela judicial efetiva (art.º 20.º, n.ºs 1 e 5, da CRP) e dos direitos fundamentais objeto de ingerência estadual ilegítima» (Figueiredo Dias e Nuno Brandão, “O controlo pelo juiz de instrução das invalidades e proibições de prova durante a fase de inquérito”, in J. Lobo Moutinho et al. (orgs.), *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, II, 2020, p. 1175).

Quanto à segunda premissa.

Ao contrário do que o recorrente afirmou, no seu recurso, a apreensão de comunicações electrónicas, como é o caso das que foram apreendidas, neste processo, que se referem a conteúdos de equipamentos informáticos e telemóveis, correspondentes a ficheiros de correio electrónico e registos de comunicações semelhantes, é muito mais do que só um acto material do

inquérito que esteja na esfera exclusiva de competências do M.^o. P.^o., agindo como titular da acção penal e como «dominus» do inquérito.

Muito diversamente, está sujeita a reserva de juiz, por efeito da previsão contida no art.^o 17.^o da Lei do Cibercrime, segundo o regime previsto no art.^o 179.^o do CPP para a correspondência em suporte de papel, ou seja, a que é produzida por cartas, encomendas, valores, telegramas ou qualquer outra modalidade, mesmo que se encontre em estações de correios e/ou de telecomunicações (art.^o 179.^o n.^o 1 do CPP), porque interfere substancial e directamente com direitos fundamentais, como sejam a confidencialidade das comunicações, a reserva da intimidade da vida privada e familiar e a autodeterminação informacional.

A apreensão de mensagens de correio electrónico e outras comunicações semelhantes envolve uma óbvia ingerência na inviolabilidade e privacidade da correspondência e colide com vários direitos, liberdades e garantias dos cidadãos e princípios fundamentais do Estado de direito democrático. A tutela do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, da garantia da privacidade e confidencialidade, do direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência e do direito à autodeterminação informacional que integra a proteção dos dados pessoais encontram-se previstos e tutelados em inúmeros diplomas legais, supralegais e na Constituição.

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

A Convenção Europeia dos Direitos Homem inclui, entre os direitos e liberdades fundamentais e universais, o direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência (artigo 8.^o da Convenção).

O artigo 8.^o da CEDH, com a epígrafe «direito ao respeito pela vida privada e familiar», estabelece que «qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência» (n.^o 1). Esta consagração genérica é acompanhada por uma cláusula específica de restrição, no n.^o 2 do artigo 8.^o, que admite que o direito possa ser restringido por lei se tal «constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros».

O mesmo, no art.^o 7.^o da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia,

segundo o qual, que contém previsão idêntica à do art.º 8º nº 1 da Convenção e ainda uma previsão de protecção específica para a integridade e confidencialidade de dados pessoais, no seu art.º 8º.

Os direitos ao respeito pelas comunicações e à protecção de dados pessoais são tidos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) como incindivelmente ligados e devem ser ambos interpretados com o sentido e alcance que resulta do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)

Por conseguinte, o artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, relativo ao direito ao respeito pela vida privada e familiar, consagra direitos correspondentes aos que são garantidos pelo artigo 8º nº 1 da CEDH e, portanto, deve dar-se ao artigo 7º da Carta o mesmo sentido e o mesmo alcance que é dado ao artigo 8º nº 1 da Convenção, tal como o mesmo é interpretado pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, do que resulta, por efeito, do nº 2 do mesmo art.º 8º da CDEH, que está proibida toda e qualquer intromissão no exercício do direito à intimidade da vida privada e familiar e à confidencialidade das comunicações, nem sendo permitida qualquer ingerência da autoridade pública, no exercício deste direito, a não ser se e quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, para a protecção da saúde ou da moral, ou dos direitos e das liberdades de terceiros. (Acórdãos do TJUE de 9 de Novembro de 2010, Volker, procs. C-92/09 e C-93/09, n.º 47, de 15 de Novembro de 2011, Dereci, proc. C-256/11, n.º 70, de 2 de Outubro de 2018, Ministério Fiscal, C-207/16, EU:C:2018:788, n.ºs 48 e 51, de 26 de Março de 2019, SM proc. C-129/18, EU:C:2019:248, nº. 65 e de 18 de Junho de 2020, CE, processo C-78/18, EU:C:2020:476 nºs 122 e 123, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf>).

Quanto ao direito à protecção de dados pessoais consagrado no artigo 8º nº 1 da Carta, que está directamente relacionado com a reserva da intimidade da vida privada e familiar garantido pelo artigo 7º da Carta (v., neste sentido, Acórdãos de 9 de Novembro de 2010, Volker und Markus Schecke e Eifert, C-92/09 e C-93/09, EU:C:2010:662, n.º 47, e de 24 de Novembro de 2011, Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito, C-468/10 e C-469/10, EU:C:2011:777, nº 41 in <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf>), o mesmo proíbe a divulgação a terceiros de informações relativas a pessoas singulares identificadas ou identificáveis, sejam esses terceiros autoridades públicas ou o público em geral, excepção feita à divulgação que seja feita de acordo com um tratamento leal que respeite as

exigências previstas no artigo 8º nº 2 da Carta e através de regras claras e precisas que regulem o âmbito e a aplicação de uma medida e imponham exigências mínimas, designadamente, aos seguintes requisitos: 1) o acesso, pelas autoridades nacionais competentes, a dados pessoais deve estar limitado aos casos de criminalidade grave; 2) o referido acesso deve estar submetido a um controlo prévio por parte de um órgão jurisdicional ou de uma autoridade administrativa independente; 3) os dados em causa devem ser conservados em território da União, de modo a que as pessoas cujos dados pessoais estejam em causa disponham de garantias suficientes que permitam proteger eficazmente os seus dados contra os riscos de abuso e contra qualquer acesso e qualquer utilização ilícita desses dados, pelo que qualquer restrição ou derrogação desses direitos só poderá operar, na estrita medida do necessário (v., neste sentido, Acórdão de 9 de Novembro de 2010, Volker und Markus Schecke e Eifert, C-92/09 e C-93/09, EU:C:2010:662, n.º 49, Acórdão de 8 de Abril de 2014, Digital Rights Ireland e o., C-293/12 e C-594/12, EU:C:2014:238 e Acórdão de 6 de Outubro de 2015, Schrems, C-362/14, EU:C:2015:650, n.º 91, Acórdão de 16 de Dezembro de 2016, Tele 2, EU:C:2016:970 processos apensos C-203/15 e C-698/15, nºs 117 e 118) in <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf>).

Fora das hipóteses contempladas na previsão do art.º 8º nº 2 da Carta, a divulgação de dados pessoais a outrem constitui um tratamento de dados pessoais e deve ser interpretada como uma limitação do direito à proteção dos dados pessoais garantido pelo artigo 8º nº 1 da Carta (v., neste sentido, Acórdão de 2 de Outubro de 2018, Ministério Fiscal, C-207/16, EU:C:2018:788, n.º 51 e Acórdão de 18 de Junho de 2020, CE, processo C-78/18, EU:C:2020:476 nºs 126 e 127, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf>).

Por seu turno, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, tem considerado que o direito ao respeito pela correspondência, consagrado no artigo 8.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, visa proteger a confidencialidade das comunicações numa ampla gama de situações diferentes, incluindo: cartas - entre indivíduos - de carácter privado ou profissional (Niemitz c. Alemanha, § 32, in fine), inclusive quando o remetente ou o destinatário é um detido (Silver e outros c. Reino Unido, § 84; Mehmet Nuri Özen e outros c. Turquia, § 41); encomendas apreendidas pelos agentes alfandegários (X c. Reino Unido, decisão da Comissão de 12 de Outubro de 1978; conversas telefónicas (Klass e outros c. Alemanha, §§ 21 e 41; Malone c. Reino Unido, § 64; Margareta e Roger Andersson c. Suécia, § 72), ocorridas em lugares privados ou de trabalho (Halford c. Reino Unido, §§ 44-46, Copland c. Reino Unido, § 41), inclusive as informações que se reportam a estas conversas, nomeadamente a

sua data e a sua duração bem como os números marcados (P.G. e J.H. c. Reino Unido, § 42); mensagens por bípiper (Taylor-Sabori c. Reino Unido); formas mais antigas de comunicação electrónica como o telex (Christie c. Reino Unido, decisão da Comissão); mensagens electrónicas (e-mails), e o uso pessoal da Internet, inclusive no local de trabalho (Copland c. Reino Unido, §§ 41-42), bem como o envio de correios electrónicos destinados a um recluso, no endereço de correio electrónico da prisão (Helander c. Finlândia (dec.), § 48); uma estação de rádio privada (X. e Y. c. Bélgica decisão da Comissão), mas não quando está numa frequência pública, por conseguinte, acessível a outrem (B.C. c. Suíça decisão da Comissão); correspondência interceptada no âmbito de actividades profissionais ou proveniente de locais de exercício de actividades profissionais (Kopp c. Suíça, § 50; Halford c. Reino Unido, §§ 44-46); dados electrónicos apreendidos aquando de uma busca no escritório de um advogado (Wieser e Bicos Beteiligungen GmbH c. Áustria, § 45); os dados dos servidores informáticos das sociedades (Bernh Larsen Holding AS e outros c. Noruega, § 106 (cfr. Jurisprudência - Análise jurisprudencial - Guia Prático sobre a Admissibilidade, Conselho da Europa/ Tribunal europeu dos direitos do homem, 3ª edição, 2014, p. 107, in <https://www.echr.coe.int>).

Segundo a jurisprudência do TEDH o direito à reserva da vida privada e familiar em que se integra a confidencialidade e a integridade das comunicações, impõe aos poderes públicos que se abstenham de qualquer ingerência injustificada na vida privada e familiar das pessoas, bem como nas relações entre elas.

Impõe, assim, uma obrigação negativa e incondicional às autoridades públicas, que não necessita de ser implementada através de disposições específicas, mas à qual pode, todavia, acrescer uma obrigação positiva de adoptar medidas jurídicas destinadas a proteger a vida privada e familiar (TEDH, 24 de Junho de 2004, Von Hannover c. Alemanha, CE:ECHR:2004:0624JUD005932000, § 57, e TEDH, 20 de Março de 2007, Tysiāc c. Polónia, CE:ECHR:2007:0320JUD000541003, §§ 109 e 110).

Do artigo 8.º da Convenção resultam para o Estado, tanto obrigações negativas de respeito por estas quatro dimensões - vida privada, vida familiar, domicílio e correspondência - como forma de protecção dos cidadãos contra interferências abusivas no exercício destes direitos (v.g. caso Libert c. França, nº 588/13 de 22.02.2018, §§ 40-42), como obrigações positivas (v.g., casos Bărbulescu c. Roménia, nº 61496/08 de 05.09.2017 §§ 108-111, Evans c. Reino Unido nº 6339/05 de 10.04.2007, § 75 e Marckx c. Bélgica nº 6833/74 de 13 de Junho de 1979, §31), sendo certo que a cláusula de restrição prevista no nº 2 deve, ela própria, ser interpretada restritivamente no sentido de que as limitações a tais direitos só serão válidas e eficazes se verificadas

determinados pressupostos: legalidade da medida, não só quanto à existência de lei expressa que a autorize, mas também na aceção de que se trate de lei que contenha regras jurídicas claras e inequívocas que permitam o seu conhecimento por todos os cidadãos dela destinatários e lhes garanta condições mínimas para adequarem o seu comportamento com elas (Rotaru c. Roménia [GC], nº 28341/95, § 52, ECHR 2000-V, Centro Europa 7 S.R.L. and Di Stefano c. Itália [GC], nº 38433/09, § 140, ECHR 2012 e Sabanchiyeva e Outros v. Rússia, nº 38450/05, § 124, ECHR 2013), a legitimidade dos fins prosseguidos e o controlo da proporcionalidade dos meios utilizados (v.g., casos Parrillo c. Itália [GC], nº 46470/11, de 27.08.2015, § 168; S. H. e outros c. Áustria, nº 57813/00 de 3.11.2011, § 91; K. e T. c. Finlândia, nº 25702/94, de 12.07.2001, § 154, Parrillo c. Itália, nº 46470/11, §§ 168-173, ECHR 2015, todos in <http://hudoc.echr.coe.int>).

Em matéria de derrogações e limitações a estes direitos pelos poderes públicos, o TEDH elaborou os seguintes critérios de conformidade destas medidas de política criminal envolvendo a apreensão de comunicações e dados pessoais do artigo 8.º da Convenção, nos seguintes termos:

- (1) o regime deve estar de acordo com a lei, no sentido de esta ser clara, acessível e de efeitos previsíveis para os cidadãos;
- (2) deve prosseguir um objetivo legítimo;
- (3) e ser necessário numa sociedade democrática, restringindo-se ao combate à criminalidade grave;
- (4) o acesso deve estar sujeito a uma autorização prévia decidida por um tribunal ou por uma entidade administrativa independente;
- (5) a lei deve providenciar garantias adequadas contra a arbitrariedade.

(Acórdãos dos TEDH Roman Zakharov v. Russia, de 4 de Dezembro de 2015, queixa n.º 47143/06 e Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom, de 13 de setembro de 2018 queixas n.os 58170/13, 62322/14 e 24960/15, §§464 a 467).

A Directiva n.º 2002/58/CE, relativa à privacidade e às comunicações eletrónicas, estabelece, no seu artigo 1º n.º 1, o propósito de harmonizar as disposições dos Estados-Membros necessárias para garantir um nível equivalente de proteção dos direitos e liberdades fundamentais, nomeadamente, o direito à privacidade, no que respeita ao tratamento de dados pessoais no sector das comunicações eletrónicas.

Esta Directiva corresponde a um esforço legislativo de compatibilização entre as exigências comunitárias da prevenção da criminalidade grave e os princípios da confidencialidade, do anonimato e da não conservação de dados (cf. artigos 1º, 5º, 6º n.º 1, 8º e 9º).

A Directiva admitiu a possibilidade de derrogação daqueles princípios, em

circunstâncias bem identificadas e definidas em leis claras e precisas. Em conformidade, o seu artigo 15º nº 1 perspetiva a abordagem do Direito da União a esta problemática como um conflito entre o interesse público na investigação e prevenção da criminalidade grave e os direitos fundamentais dos cidadãos à liberdade e à privacidade, remetendo a regulação do conflito, através de medidas restritivas, para a margem de determinação dos Estados-membros, mas sem diminuir o nível de protecção dos direitos em crise, nos termos em que os mesmos se apresentam tutelados e garantidos na jurisprudência do TJUE e do TEDH.

No considerando n.º 11 da referida Directiva, afirmou-se:

«Assim sendo, a presente diretiva não afeta a capacidade de os Estados-Membros interceptarem legalmente comunicações eletrónicas ou tomarem outras medidas, se necessário, para quaisquer desses objetivos e em conformidade com a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, segundo a interpretação da mesma na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Essas medidas devem ser adequadas, rigorosamente proporcionais ao objetivo a alcançar e necessárias numa sociedade democrática e devem estar sujeitas, além disso, a salvaguardas adequadas, em conformidade com a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais».

A Constituição da República Portuguesa, por sua vez, reconhece a todos, no seu artigo 26º nº 1, o direito à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

O artigo 34º nºs 1 e 4 da Constituição preceitua que o domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis, sendo proibidas todas as ingerências das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.

Já o art.º 35º proíbe, no seu nº 4, o acesso a dados pessoais de terceiros.

O direito à autodeterminação informativa, previsto no art.º 35º da CRP desdobra-se no direito de acesso de todos os cidadãos aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo os mesmos exigir a sua rectificação e actualização e, bem assim, conhecer a finalidade a que se destinam (n.º 1 do art.º 35.º). Através da consagração constitucional deste direito, proíbe-se a utilização da informática para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica - ressalvando-se o consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou o mero processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis (n.º 3). Proíbe-se, igualmente, o acesso a dados

personais de terceiros, sem prejuízo de casos excepcionais previstos na lei (n.º 4), cominando-se ao legislador a definição do conceito de dados pessoais, bem como das condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização e garante-se a sua proteção, designadamente através de entidade administrativa independente (n.º 2); estendendo-se aos dados pessoais constantes de ficheiros manuais, a proteção prevista no aludido artigo 35.º da CRP (n.º 7).

A Constituição exige expressamente que, no domínio do processo penal, quaisquer restrições a direitos fundamentais que estejam constitucionalmente autorizadas sejam decididas por um Juiz, não podendo tal competência ser delegada no Ministério Público, nem nos órgãos de polícia criminal - art.º 32º n.º 4 da CRP.

Acresce que estando, como estão, em causa direitos, liberdades e garantias constitucionalmente protegidos, como o direito à privacidade e reserva da vida privada e familiar e à inviolabilidade da correspondência e comunicações e à protecção de dados pessoais e autodeterminação informacional (cf. arts. 26.º, n.º 1, 34.º, n.º 1 e 18.º, n.ºs 2 e 3, todos da CRP), as respectivas restrições têm de obedecer aos pressupostos materiais da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido restrito (cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2007, págs. 388 e 392).

O princípio da proporcionalidade postula que este poder do Estado, no acesso a dados pessoais dos cidadãos, além de exigir um fundamento, preciso e determinado, na lei - princípio da determinabilidade -, não pode ser utilizado para além do estritamente necessário. Não basta que tenha um conteúdo suficientemente definido na lei, impõe-se ainda que obedeça aos requisitos da necessidade, exigibilidade e proporcionalidade (ou proibição do excesso). Com efeito, decorre do artigo 272.º da Constituição a preocupação de limitar ao estritamente necessário as medidas policiais restritivas dos direitos fundamentais, as quais «só serão legítimas se idóneas (próprias para a eliminação de perigo), necessárias (necessidade de eliminar um perigo grave e atual de «desordem»), proporcionais (proporção entre o sacrifício dos direitos e o resultado), tempestivas e de duração limitada ao perigo» (cf. Vieira de Andrade, Direitos Fundamentais, na Constituição Portuguesa de 1976, 5.ª ed., p. 333).

Por outro lado, é pacífico o entendimento de que, quando se trata de interpretar e aplicar normas restritivas de direitos fundamentais, o critério interpretativo não pode deixar de ser aquele que assegure a menor compressão possível dos direitos afectados.

Aliás, a consagração na Constituição do direito à inviolabilidade da

correspondência e das comunicações e o direito à proteção dos dados pessoais não assenta apenas numa garantia do direito à privacidade e à reserva da intimidade da vida privada de cada indivíduo. Procura-se, igualmente, assegurar o direito à dignidade da pessoa humana, ao livre desenvolvimento da respetiva personalidade, da integridade pessoal e da autodeterminação comunicativa ou informacional (cfr. Acórdão do TC n.º 403/2015, in <http://www.tribunalconstitucional.pt>).

É uma realidade que os dados de tráfego ou de base, gerados pelo acto de comunicar através de um sistema informático e por sistemas de telecomunicações se revelam, por vezes, mais importantes do que o teor das comunicações em si e «que a manipulação ilegal ou ilegítima do conteúdo e das circunstâncias da comunicação pode violar a privacidade dos interlocutores intervenientes, atentando ou pondo em risco esferas nucleares das pessoas, das suas vidas, ou dimensões do seu modo de ser e estar. De sorte que a possibilidade de se aceder aos dados das comunicações colide com um conjunto de valores associados à vida privada que fundamentam e legitimam a proteção jurídico-constitucional» (Costa Andrade, "Bruscamente no verão passado - A Reforma do Código de Processo Penal", Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 137.º, julho-agosto 2008, pág. 338).

Assim, consoante a natureza e a classificação dos dados informáticos (ela própria variável em função dos avanços tecnológicos e das fontes normativas a que se recorra, conforme Catarina Sarmento e Castro, Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais, Almedina, 2005, p. 181), consoante os dados sejam de tráfego, de base ou de conteúdo, assim a sua pesquisa e apreensão postulará a sua conformidade constitucional com o segredo das comunicações (art.º 34º da CRP), ou com os direitos ao desenvolvimento da personalidade e da reserva da intimidade da vida privada e familiar (artigo 26º nº 1, da CRP), ou com o direito à autodeterminação informativa (artigo 35º nº 1 da CRP) (cfr. Acórdãos do Tribunal Constitucional nºs 241/2002, 486/2009, 403/2015, 699/2013 e 420/2017, todos in www.tribunalconstitucional.pt).

«(...) O objeto de proteção do sigilo de comunicações, consagrado no n.º 4 do artigo 34º da Constituição, reporta-se exclusivamente à interatividade entre utilizadores, possibilitada por meios como o correio eletrónico, o chat ou a videoconferência (utilizador-utilizador). Já os dados de internet tratados para outro tipo de interatividade, nomeadamente a do utilizador com o computador e os respetivos programas (de organização, pesquisa e seleção de informação) e a navegação intra e inter documentos publicados nas páginas web, estão fora do âmbito de proteção daquele preceito constitucional.

«Todavia, como o tratamento informático dessa categoria de dados permite identificar o nome, morada e outros dados de identificação do utilizador, os

mesmos são considerados "dados pessoais" protegidos pelo artigo 35º da Constituição.

«(...).

«Portanto, a informação constante dos dados de tráfego, mesmo que separada de um processo de comunicação intersubjetiva, é considerada de carácter pessoal, pois permite identificar o respetivo titular.

«Subsiste assim, em relação a essa categoria específica de dados de tráfego, a pertinência na verificação da conformidade constitucional da norma à luz do direito fundamental à autodeterminação informativa, consagrado no artigo 35.º, nºs 1 e 4, da Constituição.

«No que se refere «a dados pessoais que não envolvem comunicação intersubjetiva (dados de base, dados de localização e dados de tráfego, dissociados de um ato de comunicação, consumado ou tentado, entre duas pessoas) - terá (a sua conformidade constitucional) de ser aferida à luz dos direitos fundamentais consagrados nos artigos 26º nº 1, e 35º nºs 1, 3 e 4, da Constituição; enquanto o acesso àqueles dados de tráfego que envolvem comunicação entre pessoas (mensagens de correio eletrónico, chamadas de telemóvel, conversas por Voip, designadamente, Skype ou Whatsapp) estará, na referida perspetiva, abrangido, desde logo (e sem prejuízo de também se tratar de dados pessoais tutelados nos termos dos citados artigos 26º nº 1 e 35º nºs 1, 3 e 4), pelo âmbito de proteção do artigo 34º nº 4 da Constituição.» (Ac. do TC nº 464/2019, Diário da República n.º 202/2019, Série I de 21.10.2019).

E o Tribunal Constitucional vem aferindo a conformidade constitucional das intromissões nos dados de tráfego, nos dados de base ou nos dados de conteúdo (de comunicação propriamente dita), à luz destes diferentes direitos constitucionais, para efeitos de investigação penal, mas sempre reconhecendo que os mesmos não têm valor absoluto, sendo-lhes aplicável o regime das restrições aos direitos, liberdades e garantias do art.º 18º nºs 2 e 3 da CRP e contando-se entre as exceções legítimas ao pleno exercício de tais direitos, as finalidades da investigação criminal, concretamente, a utilização desses dados como meios de prova em processo penal e, ainda que todos eles, reconduzindo-se a um direito global à privacidade pessoal como reserva da intimidade da esfera privada e, mais amplamente, ao direito ao desenvolvimento da personalidade consagrados no artigo 26º da Constituição, mantêm a natureza de direitos disponíveis (no mesmo sentido, Paula Ribeiro Faria, em "Constituição Portuguesa Anotada" dirigida por Jorge Miranda e Rui Medeiros, tomo 1, pág. 383, da ed. de 2005, da Coimbra Editora, Pedro Pais de Vasconcelos, em "Protecção de dados pessoais e direito à privacidade", em "Direito da sociedade da informação", vol. I, pág. 252, da ed. de 1999, da

Coimbra Editora, o Parecer n.º 21/2000 da P.G.R., no D.R. II Série, de 28.08.2000; Flávio Carneiro da Silva, Apreensão e Utilização Processual de Meios de Prova Existentes em Material Informático, p. 21, in e-book do CEJ, Meios de obtenção de prova e Medidas Cautelares e de Polícia, Abril de 2019, in http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_MeiosProva.pdf e Henriques Ferreira de Antas e Castro, Apreensão, exame ou perícia, e utilização processual de meios de prova existentes em material informático. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual, p. 52, in e-book do CEJ, Meios de obtenção de prova e Medidas Cautelares e de Polícia, Abril de 2019, in http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_MeiosProva.pdf).

De resto, esse carácter disponível está também expressamente previsto no regime jurídico em matéria de proteção das pessoas singulares, no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais e à livre circulação desses dados consagrado no Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016 (que revogou a Diretiva 95/46/CE), também designado por Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) e, bem assim, pela Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto (que revogou a pretérita Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, Lei da Proteção de Dados Pessoais).

Nos termos do artigo 4º n.º 1 do RGPD são «dados pessoais», a “informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular”.

É o próprio RGPD que, no seu art.º 6º n.º 1 reconhece a natureza disponível do direito à preservação e protecção dos dados pessoais e o seu carácter não absoluto, ao prever, nas als. a) e e), a licitude do tratamento e publicitação desses dados mediante o consentimento do titular dos mesmos para uma ou mais finalidades específicas e quando tal se mostre necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento.

E, em sintonia com a natureza disponível destes direitos, a lei do cibercrime prevê situações especiais em que é possível ao OPC proceder à pesquisa de dados sem prévia autorização do MP e entre elas, conta-se, no art.º 15º n.º 3 al. a), o consentimento de quem tiver a disponibilidade ou controlo dos dados, desde que fique devidamente documentado.

A Lei do Cibercrime, Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, transpôs para a ordem jurídica interna a Decisão Quadro n.º 2005/222/JAI do Conselho da

Europa de 24 de Fevereiro, relativa a ataques contra sistemas de informação e adaptou o direito interno à Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa.

O art.º 17º da referida Lei, sob a epígrafe «apreensão de correio electrónico e registo de comunicações de natureza semelhante», dispõe que: «quando, no decurso de uma pesquisa informática ou outro acesso legítimo a um sistema informático, forem encontrados, armazenados nesse sistema informático ou noutra 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 afigurarem 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.»

Prescreve, por seu turno, o nº 3 do artigo 179º do CPP, que «o juiz que tiver autorizado ou ordenado a diligência é a primeira pessoa a tomar conhecimento do conteúdo da correspondência apreendida. 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.

E o artigo 252º do mesmo diploma, incluído no capítulo das medidas cautelares e de polícia, diz que, «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».

Da leitura integrada destes preceitos legais, resulta inequívoco que:

O regime de apreensão de comunicações electrónicas (fora dos casos em que a pessoa visada consente de forma informada, consciente e livre no acesso às mesmas e respectiva aquisição como meio de prova para o processo penal) assenta no princípio da reserva de juiz, ou seja, só pode ter lugar, mediante despacho judicial prévio proferido pelo Juiz de instrução que a autorize;

O conhecimento do conteúdo das comunicações electrónicas apreendidas em primeira mão é um acto da competência exclusiva do Juiz de instrução;

É o Juiz de instrução criminal quem, com exclusão de qualquer outro sujeito processual, procede directa e pessoalmente à selecção das mensagens e outros conteúdos com relevância probatória e quem terá de escolher, em função dessa apreciação, quais as comunicações electrónicas que ficarão no processo como provas relevantes, porquanto outra não pode ser a

interpretação a fazer do excerto «se a considerar relevante para a prova, fá-la juntar ao processo» constante do nº 3 do art.º 179º do CPP;

Quanto às demais comunicações electrónicas às quais não for reconhecida

qualquer importância para a potencial demonstração dos factos sob investigação, as mesmas deverão ser restituídas à pessoa a quem foram apreendidas;

Em qualquer caso, o Juiz de instrução fica obrigado a manter sigilo sobre todo o conteúdo das comunicações electrónicas de que tenha tomado conhecimento e que não tenham interesse para a prova;

Para todos os efeitos, as comunicações electrónicas não seleccionadas como provas pertinentes ao objecto do processo, são provas proibidas, como resulta claramente da expressão inserta no n.º 3 do art.º 179º do CPP «não podendo ela ser utilizada como meio de prova», em conjugação com o disposto nos arts. 126º do CPP e 32º n.º 8 da CRP.

Não existe qualquer razão válida do ponto de vista dos critérios normativos de interpretação consagrados no art.º 9º do Código Civil aplicáveis também no domínio do Direito Penal para reduzir o âmbito da aplicabilidade do regime de apreensão da correspondência do art.º 179º do CPP aos seus n.ºs 1 e 2 e excluir o n.º 3, como parece considerar o M.º P.º.

Nos termos do art.º 9º do Código Civil, a interpretação há-de levar-se a efeito seguindo uma metodologia hermenêutica que, levando em conta todos os elementos de interpretação - gramatical, histórico, sistemático e teleológico (este a impor que o sentido da norma se determine pela «ratio legis»), permita determinar qual o conteúdo de sentido ínsito em certo texto legal (Manuel de Andrade, Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis, págs. 21 a 26; Baptista Machado, Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, Almedina, Coimbra, 1996, págs. 188 e ss. e Figueiredo Dias, Direito Penal. Parte Geral I, Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime, 2ª ed. Coimbra Editora, 2007, 8.º Cap., § 20:).

Nessa tarefa, impõe o mesmo art.º 9º que seja tida em consideração a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada (n.º 1), não podendo, porém, extraído pelo intérprete um pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso (n.º 2), devendo o intérprete presumir, na fixação do sentido e alcance da lei, que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados (n.º 3).

Do teor literal da expressão «aplicando-se correspondentemente o regime da apreensão de correspondência previsto no Código de Processo Penal» contida no art.º 17º da Lei do Cibercrime, o significado que pode retirar-se é o de que este preceito legal determina a aplicação em bloco do regime do art.º 179º do CPP, ou seja, dos seus n.ºs 1, 2 e 3, na sua totalidade e sem qualquer restrição, porquanto alude genericamente o regime de apreensão de correspondência

previsto no Código de Processo Penal, sem excluir expressamente qualquer das normas constantes dos números 1, 2 ou 3 do citado art.º 179º.

A propósito de várias outras previsões legais, em diversas matérias, desde diligências de investigação com vista à obtenção de provas, como o reconhecimento de objectos ou exames, notificações, requisitos de validade formal e substancial da acusação aplicáveis à decisão instrutória de pronúncia, certas regras de procedimento sobre actos a praticar nas audiências de discussão e julgamento, quando o legislador processual penal quer determinar a aplicação de apenas alguma ou algumas das regras contidas em outros preceitos legais do CPP, excluindo outras, faz essa menção expressa, precisa e individualizada, indicando quais os números e de que artigos do CPP são aplicáveis por remissão, como, por exemplo, sucede, no art.º 148º n.º 3, no art.º 172º n.º 2, no art.º 173º n.º 2, no art.º 182º n.ºs 2 e 3, no art.º 304º n.º 1, no art.º 308º n.º 2, no art.º 311º - B n.ºs 1 e 4, no art.º 333º n.ºs 2, 3, 4 e 7, no art.º 396º n.º 2, só para citar alguns exemplos.

Logo, se o legislador quisesse introduzir alguma restrição à remissão contida no art.º 17º da Lei do Cibercrime para o regime da apreensão da correspondência, nos termos preconizados pelo M.º P.º e por forma a excluir o n.º 3 do art.º 179º, teria dito expressamente, no art.º 17º da Lei do Cibercrime, algo como «são correspondentemente aplicáveis os n.ºs 1 e 2 do art.º 179º do CPP» e não, como fez, «aplicando-se correspondentemente o regime da apreensão de correspondência previsto no Código de Processo Penal». Por conseguinte, a interpretação retirada desta expressão de que não é aplicável a norma do n.º 3 do art.º 179º do CPP e que a apreensão das comunicações electrónicas e a sua aquisição como meio de prova para o processo só requer a intervenção jurisdicional do JIC em dois momentos - despacho prévio de autorização primeiro e leitura ou abertura das comunicações em primeiro lugar depois - não tem respaldo na letra da lei e é contrária ao princípio geral de direito, segundo o qual, onde o legislador não distingue, não deve o intérprete distinguir.

Fora de dúvida que a expressão «aplicando-se correspondentemente o regime da apreensão de correspondência previsto no Código de Processo Penal» implica a aplicabilidade do regime jurídico contido no art.º 179º do CPP com as necessárias adaptações, em tudo quanto não contrariar o regime especial introduzido pela Lei do Cibercrime.

O alcance da expressão «correspondentemente aplicável», só pode, pois, ter por objecto as diferenças nos pressupostos de admissibilidade que estejam expressamente previstas numa e noutra norma e, essas especificidades no que tange ao regime previsto no art.º 17º desta lei, resumem-se, essencialmente, ao pressuposto relativo ao crime em causa.

O art.º 179º, limita a aplicação da medida de apreensão de correspondência aos crimes puníveis com pena de prisão superior, no seu máximo, a três anos. O âmbito de aplicação da lei do Cibercrime está estabelecido no seu art.º 11º e inclui (a) a processos relativos aos crimes previstos na própria lei (nos artigos 3.º a 8.º - crimes de falsidade informática (artigo 3.º), dano relativo a programa ou outros dados informáticos (artigo 4.º), sabotagem informática (artigo 5.º), acesso ilegítimo (artigo 6.º), interceptação ilegítima (artigo 7.º) e reprodução ilegítima de programa protegido (artigo 8.º).); (b) a processos relativos a crimes cometidos por meio de um sistema informático (por exemplo, uma burla informática — artigo 221.º do Código Penal); e ainda (c) a processos relativos a crimes em relação aos quais seja necessário proceder à recolha de prova em suporte electrónico.

As diferenças que justificam a expressão «aplicando-se correspondentemente» radicam, assim, no facto de alguns dos tipos legais de crimes previstos na Lei do Cibercrime não serem puníveis com penas de prisão superiores a 3 anos. O artigo 11.º da Lei do Cibercrime, ao delimitar o âmbito de aplicação das disposições processuais, estabelece que, com excepção do disposto no artigo 18.º (intercepção de comunicações) e no artigo 19.º (acções encobertas), tais disposições se aplicam a processos relativos aos crimes previstos na própria lei, a processos relativos a crimes cometidos por meio de um sistema informático e ainda a processos relativos a crimes em relação aos quais seja necessário proceder à recolha de prova em suporte electrónico.

Nas normas relativas à interceptação de comunicações e à admissibilidade de recurso a acções encobertas, o legislador refere expressamente que tais meios processuais podem ser utilizados em processos relativos a crimes previstos na Lei do Cibercrime (artigos 18.º, n.º 1, alínea a), e 19.º, n.º 1, alínea a)) e noutros processos por crimes que integrem o catálogo de crimes referido em cada uma das normas (artigos 18.º, n.º 1, alínea b), e 19.º, n.º 1, alínea b)). A conclusão a que se chega será a de que foi opção do legislador permitir a apreensão de correio electrónico e registos de comunicações de natureza semelhante sem a limitação decorrente de o crime ser punível com pena de prisão superior a 3 anos.

Permite-se, desta forma, a utilização deste meio de obtenção de prova em processos relativos aos crimes previstos na própria Lei do Cibercrime (como, aliás, acontece também com a interceptação de comunicações e as acções encobertas).

Este, pois, o alcance que deve ser atribuído ao adverbio de modo inserto no art.º 17º nº 1 da Lei do Cibercrime, «correspondentemente».

De qualquer modo, mesmo para a visão jurisprudencial mais restritiva dos poderes jurisdicionais do juiz de instrução criminal, de acordo com a qual este

só terá competências nos casos expressa e taxativamente tipificados nos artigos 268º e 269º do CPP (v.g., Acs. da Relação de Lisboa de 24.05.2011, proc. 1566/08.2TACSC.L1-5, de 06.06.2017, proc. 208/13.9TELSB.G.L1-5, de 08.05.2018, proc. 184/12.5TELSB-C.L1 e de 15.05.2018, proc. 184/12.5TELSB-D.L1, in <http://www.dgsi.pt>), é preciso ter em atenção que, por um lado, o artigo 268º nº 1 al. d) do CPP atribuí ao juiz de instrução competência exclusiva para, durante o inquérito, tomar conhecimento, em primeira mão, do conteúdo da correspondência apreendida, nos termos do nº 3 do artigo 179º e que o artigo 269º nº 1 al. d) do CPP dispõe que, durante o inquérito, compete exclusivamente ao juiz de instrução ordenar ou autorizar a apreensão de correspondência, nos termos do nº 1 do artigo 179º.

Por conseguinte, pela leitura literal destes preceitos, outro não poderá ser o entendimento, senão o de que quando esteja em causa apreensão de correio electrónico e registos de comunicações de natureza idêntica, são condições essenciais de existência, validade e eficácia da prova que dela resultar, num primeiro momento, uma autorização prévia do JIC para o efeito, num segundo momento, após a apreensão, o conhecimento inicial do material apreendido pelo próprio JIC e um terceiro momento, que é o da análise do conteúdo das comunicações apreendidas e consequente escolha do que deve ser integrado nos autos como prova relevante.

Do mesmo modo, a apreensão das comunicações electrónicas também não é um puro acto material de investigação que esteja legalmente incluído na esfera de competências do Mº.Pº.

Deverá, bem pelo contrário, reconhecer-se a sua natureza materialmente jurisdicional, dada a sua ligação substancial, inequívoca e directa a direitos fundamentais, concretamente, à confidencialidade das comunicações, à reserva da intimidade da vida privada e à autodeterminação informacional porquanto uma tal apreensão representa sempre, inevitavelmente, uma intromissão na reserva da intimidade da vida privada, do domicílio, da correspondência e das comunicações que só pode ocorrer nos casos e termos previstos na lei (artigo 26º nº 4 da CRP) e como forma de salvaguarda de outros interesses, em particular, o interesse público de administração da justiça penal (artigos 34º nºs 1 e 4, 35º nºs 3 e 4 e 18º nº 2 da CRP. Cfr. também as proibições de intromissões arbitrárias na vida privada, família, domicílio ou correspondência, bem como de ataques à honra e reputação consagradas no art.º 12º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, no art.º 17º do Pacto Sobre Direitos Cívicos e Políticos, adoptado por Portugal pela Lei n.º 29/78, de 12 de Julho, no art.º 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e nos art.º 7º e 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia).

O que determina a reserva de juiz e o controlo jurisdicional da obtenção das comunicações electrónicas, mediante despacho judicial prévio a autorizar a apreensão e a imposição legal de que a sua leitura seja feita em primeiro lugar e apenas pelo Juiz de Instrução criminal que o próprio recorrente concede que são dois momentos do iter procedimental legalmente imposto, são exactamente as mesmas que justificam o terceiro momento que o M^o. P^o. parece pretender que não se aplica, mas que está expressamente previsto no art.º 179º n.º 3 do CPP para o qual o art.º 17º da Lei do Cibercrime também remete.

É que a colisão com direitos fundamentais pessoalíssimos que determina a reserva de Juiz por efeito da remissão do art.º 17º da Lei do Cibercrime para o art.º 179º do CPP não se verifica apenas no momento da apreensão das comunicações electrónicas.

Ela perdura e até se intensifica e degenera de simples colisão para uma verdadeira e própria compressão quando, após ela, se dá a conhecer ao Juiz de Instrução criminal em primeiro lugar o conteúdo dessas comunicações apreendidas.

Do mesmo modo, os direitos à inviolabilidade e confidencialidade das comunicações e o respeito devido pela intimidade da vida privada, pela reserva da vida familiar e pela autodeterminação comunicativa não cessam, nem têm menor tutela depois de analisadas as comunicações e triadas aquelas que se revestem de interesse para os fins do inquérito e, em geral, para a demonstração dos factos potencialmente integradores do crime em investigação.

«(...) Em provas que contendam com tais direitos fundamentais, a intensidade da ofensa tenderá a ser mais acentuada nos planos da análise e apreciação do conteúdo das provas, para os mais diversos efeitos (v.g., para investigação, aplicação de medidas coativas, acusação, pronúncia, sentença, etc.), do que no plano prévio da sua recolha. Numa escuta telefónica, por exemplo, não é só no momento da intercepção e gravação da conversa captada, mas igualmente depois, e em muito maior grau, no momento da sua audição e valoração processual, que substancialmente ocorre a devassa da intimidade da vida privada e a afronta à inviolabilidade das telecomunicações e à autodeterminação informacional dos emissores da palavra falada. A valoração probatória é, como tal, portadora de uma danosidade própria e autónoma quando os meios de prova contendem com direitos fundamentais desta natureza. E porque assim é, a proibição da utilização de tais provas assume um significado de específica e imediata defesa desses direitos fundamentais» (Figueiredo Dias e Nuno Brandão, “O controlo pelo juiz de instrução das invalidades e proibições de prova durante a fase de inquérito”, in J. Lobo

Moutinho et al. (orgs.), Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva, II, 2020, p. 1171).

«A tutela jurisdicional não se esgota na mera forma de determinar ou ordenar, mas cabe-lhe o dever constitucional e legal de controlar toda a atividade dos demais operadores judiciários que colide com direitos, liberdades e garantias fundamentais pessoais sobe pena de termos uma tutela de mera forma ou de mero papel timbrado» (Manuel Guedes Valente, in Cadeira de Custódia de Prova, Almedina, p. 76).

Ora, se é verdade que o inquérito se caracteriza por uma «Reserva do Ministério Público», a sua condição de titular da acção penal e de magistratura natural e normalmente competente para dirigir o inquérito, sem qualquer vinculação funcional ao Juiz de Instrução criminal, não é menos verdade que não pode degenerar, no seu contrário, ou seja, na total insindicabilidade da actuação do M.º P.º. e no esvaziamento da intervenção do Juiz de instrução como garante do respeito pelas liberdades e pelos direitos fundamentais dos cidadãos.

A ser como o M.º P.º. pretende, neste recurso, a apreensão das comunicações electrónicas redundaria, afinal, numa proibição de controlo e escrutínio jurisdicionais até naqueles casos em que a selecção dos conteúdos redundasse em meio de prova proibido, ademais provavelmente desprovida da possibilidade de exercício de um contraditório prévio pelos visados, consoante a fase do processo em que tivesse lugar, o que é totalmente incompatível com os princípios constitucionais da jurisdicionalidade (art.º 32º n.º 4 da CRP) e da tutela judicial efectiva (art.º 20º n.ºs 1 e 5 da CRP) e que, como tal, deverá ser repudiada.

Esta conclusão está de resto, em sintonia com a decisão proferida no Ac. do Tribunal Constitucional n.º 687/2021 que em sede de fiscalização abstracta preventiva da constitucionalidade, das normas do artigo 5º do Decreto n.º 167/XIV, da Assembleia da República, na parte em que alterava o artigo 17º da Lei do Cibercrime, respeitante à apreensão do correio eletrónico ou de natureza semelhante, se pronunciou pela inconstitucionalidade dessas normas, por violação das normas constantes dos artigos 26º, n.º 1, 34º, n.º 1, 35º, n.ºs 1 e 4, 32º, n.º 4 e 18º n.º 2, da Constituição da República Portuguesa.

Era o seguinte o teor da redacção do referido art.º 5º do Decreto 167/XIV:

«Artigo 5.º

Alteração à Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro

Os artigos 3.º, 6.º, 17.º, 19.º, 20.º, 21.º, 25.º e 30.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, passam a ter a seguinte redacção:

(...)

Artigo 17.º

Apreensão de mensagens de correio eletrónico ou de natureza semelhante

1 - Quando, no decurso de uma pesquisa informática ou de outro acesso legítimo a um sistema informático, forem encontradas, armazenadas nesse sistema informático ou noutra a que seja permitido o acesso legítimo a partir do primeiro, mensagens de correio eletrónico ou de natureza semelhante que sejam necessárias à produção de prova, tendo em vista a descoberta da verdade, a autoridade judiciária competente autoriza ou ordena por despacho a sua apreensão.

2 - O órgão de polícia criminal pode efetuar as apreensões referidas no número anterior, sem prévia autorização da autoridade judiciária, no decurso de pesquisa informática legitimamente ordenada e executada nos termos do artigo 15.º, bem como quando haja urgência ou perigo na demora, devendo tal apreensão ser validada pela autoridade judiciária no prazo máximo de 72 horas.

3 - À apreensão de mensagens de correio eletrónico e de natureza semelhante aplica-se o disposto nos n.ºs 5 a 8 do artigo anterior.

4 - O Ministério Público apresenta ao juiz, sob pena de nulidade, as mensagens de correio eletrónico ou de natureza semelhante cuja apreensão tiver ordenado ou validado e que considere serem de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova, ponderando o juiz a sua junção aos autos tendo em conta os interesses do caso concreto.

5 - Os suportes técnicos que contenham as mensagens apreendidas cuja junção não tenha sido determinada pelo juiz são guardados em envelope lacrado, à ordem do tribunal, e destruídos após o trânsito em julgado da decisão que puser termo ao processo.

6 - No que não se encontrar previsto nos números anteriores, é aplicável, com as necessárias adaptações, o regime da apreensão de correspondência previsto no Código de Processo Penal»

Ora, da simples leitura deste texto submetido à apreciação da sua conformidade à Constituição resulta evidente que a tese defendida no recurso defende precisamente o que este novo regime preconizava, ou seja, o afastamento do controle jurisdicional prévio, simultâneo e posterior à apreensão das comunicações electrónicas nos termos em que o mesmo se encontra regulado no art.º 179º do CPP, especialmente, no que se refere ao exame e valoração dos conteúdos ficar exclusivamente a cargo do JIC, escolhendo as comunicações relevantes para os fins da investigação e retirando ou impedindo o acesso às restantes.

E foram precisamente tais alterações que foram julgadas desconformes com a Constituição porque, entre outros argumentos (transcrição parcial):

«(...) A solução para a presente questão de inconstitucionalidade encontrar-se-

á na interseção dos parâmetros constitucionais respeitantes à proteção do sigilo da correspondência, das telecomunicações e dos dados informáticos, da privacidade, e das garantias em sede de processo penal (nomeadamente, quanto à prática de atos instrutórios que se prendam diretamente com os direitos fundamentais), nos termos dos artigos 34.º, n.ºs 1 e 4, 26.º, n.º 1, 35.º, n.ºs 1 e 4, e 32.º, n.º 4, da CRP.

«Vejamos.

«40. No que respeita à proteção do sigilo da correspondência e das telecomunicações - ou seja, à tutela especial que a CRP dispensa à privacidade no domínio da comunicação humana -, resulta da jurisprudência constitucional acima mencionada que se configura, no âmbito de proteção conferido por esses direitos fundamentais, uma reserva absoluta do processo penal, surgindo este como o único domínio da vida comunitária em que o legislador constituinte entendeu haver fundamento bastante para permitir restrições legais e intervenções restritivas por parte das autoridades públicas. «Assim, a referência constitucional ao processo criminal remete para uma teleologia clara, que deve presidir ao desenho de tais restrições legais, numa área jusconstitucionalmente imune, em muitos outros planos, a intromissões. Ou seja, quando prevê uma tal delimitação para a possibilidade de ingerência das autoridades públicas nos meios de comunicação, a CRP dá ao intérprete indicações não apenas sobre a finalidade das restrições admissíveis - que tem de ser, incontornavelmente, a salvaguarda dos valores da justiça, da segurança e da legalidade democrática, que com o processo penal se pretende alcançar -, mas também sobre o modo de o fazer. Ora, esse modo, atento o disposto no artigo 32.º da CRP, não pode deixar de assegurar os direitos fundamentais das pessoas, as garantias de defesa e a presunção de inocência dos arguidos, e a proibição de provas obtidas mediante intromissão abusiva na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações, bem como a competência de um juiz para a prática dos atos instrutórios que se prendam diretamente com os direitos fundamentais. A amplitude da restrição constitucionalmente admissível deve, pois, encontrar-se na confluência de todas estas exigências. Assim, considerando o horizonte significante que a limitação ao processo penal das restrições às comunicações privadas comporta, e o contexto aplicativo que tal referência naturalmente convoca, a Constituição convida o legislador a um fino exercício de concordância prática entre a viabilização da justiça penal - e da reafirmação contrafáctica da validade das normas jurídicas implicadas na prossecução da atividade criminosa, da busca da verdade material e do restabelecimento da paz social que com ela se visam realizar - e a manutenção do mais amplo espaço possível de liberdade e privacidade no âmbito das comunicações humanas, cuja

importância incontornável para o livre desenvolvimento da personalidade e afirmação da dignidade da pessoa humana a Lei Fundamental reconhece e protege.

«41. Partindo deste standard, jurisprudencialmente definido, importa assinalar as diferenças relevantes, bem como as respetivas linhas de continuidade com a situação que ora nos ocupa, para podermos aferir da conformidade constitucional da restrição em causa no presente caso.

«Assim, em primeiro lugar, como já repetidamente se mencionou, as normas questionadas implicam, de facto, uma restrição legal aos direitos fundamentais à não ingerência das autoridades públicas na correspondência e telecomunicações, bem como à reserva de intimidade da vida privada e proteção de dados pessoais. Todavia, e ao contrário de outras situações anteriormente analisadas pelo Tribunal Constitucional, tal restrição situa-se no âmbito do processo penal.

«A situação, nesse plano, da restrição, implica que ela só opera em contextos em que exista notícia de um crime (aleadamente) praticado em momento prévio. Como é natural, e como antes se procurou explicitar, a pré-existência de atividade criminosa altera não só os bens e valores jurídico-constitucionalmente relevantes a compatibilizar, como o peso de cada um deles no exercício de concordância prática que se impõe ao legislador; este dispõe, nestas circunstâncias, de uma margem de ponderação que a Constituição entendeu vedar-lhe noutros domínios, resolvendo a priori, e com recurso a uma regra constitucional, eventuais conflitos de direitos e valores jusfundamentais, no sentido da prevalência da tutela das comunicações.

«Nestes termos, resulta claro que uma restrição de direitos fundamentais como a que está em causa no presente processo é possível, nos termos do n.º 4 do artigo 34.º da CRP, uma vez que o legislador constituinte entendeu que os valores jurídico-constitucionais em causa em sede de processo penal o justificam - mesmo tratando-se de direitos aos quais se atribuiu uma proteção de tal forma reforçada que não cedem noutras situações, pese embora possam, nesses outros contextos, estar igualmente em questão princípios e direitos fundamentais consagrados na Constituição (vejam-se as situações dos Acórdãos n.º 403/2015 e n.º 464/2019).

«42. A avaliação da conformidade constitucional das normas questionadas exige, porém, um juízo que vá além da mera verificação da possibilidade abstrata de restrições aos direitos fundamentais em causa em sede de processo penal, exigindo a análise atenta do cumprimento das exigências constitucionais de excecionalidade, determinabilidade e proporcionalidade, bem como das demais regras e princípios constitucionais aplicáveis. Este exercício pressupõe a consideração das concretas condições de aplicação,

definidas pelas normas objeto de fiscalização, tal como acima se descreveram. «Nestes termos, cabe assinalar que, como se referiu, a alteração introduzida ao regime jurídico de apreensão do correio eletrónico ou similar, resultante das normas questionadas, que se afigura mais desafiante, do ponto de vista jurídico-constitucional é a atribuição ao Ministério Público, em sede de inquérito, e na qualidade de autoridade judiciária competente, para autorizar ou ordenar a apreensão.

Efetivamente, resulta das disposições combinadas dos artigos 263.º, n.º 1, e 1.º, alínea b), do Código de Processo Penal, que o Ministério Público será, em regra, a autoridade judiciária competente para a prática de atos no inquérito, na medida em que lhe incumbe a direção desta fase processual. O mesmo não sucede nas restantes fases, designadamente, na instrução, cuja direção cabe, nos termos do artigo 288.º, n.º 1, do CPP, a um juiz.

«Ora, Ministério Público e juiz (no caso, o Juiz de Instrução Criminal) têm, à luz da Constituição e da lei, natureza e funções substancialmente distintas. Ao primeiro compete, segundo o n.º 1 do artigo 219.º da CRP e o artigo 2.º do Estatuto do Ministério Público (doravante, “EMP”, aprovado pela Lei n.º 68/2019, de 27 de agosto), representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática.

«A CRP prevê ainda que o Ministério Público goze de um estatuto próprio e de autonomia (artigo 219.º, n.º 2), o que pressupõe a sua vinculação a critérios de legalidade e objetividade e pela exclusiva sujeição dos magistrados do Ministério Público às obrigações decorrentes do respetivo Estatuto (artigo 3.º do EMP), e não aos demais órgãos do poder público. Contudo, a Constituição concebe o Ministério Público como uma magistratura responsável e hierarquicamente subordinada (artigo 219.º, n.º 4 da CRP e artigo 14.º do EMP), sujeita a ação disciplinar por parte da Procuradoria-Geral da República (artigo 219.º, n.º 5 da CRP).

«Quanto aos juízes, são titulares de órgãos de soberania, com competência para administrar a justiça em nome do povo, assegurando a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimindo a violação da legalidade democrática e dirimindo os conflitos de interesses públicos e privados (artigo 202.º, n.ºs 1 e 2 da CRP e artigos 1.º e 3.º do Estatuto dos Magistrados Judiciais – doravante “EMJ”, constante da Lei n.º 21/85, de 30 de julho, com as alterações decorrentes, por último, da Lei n.º 2/2020, de 31 de março).

«Os juízes desempenham as suas funções em condições de estrita independência (artigo 203.º da CRP), não estando sujeitos a quaisquer ordens

ou instruções (artigo 4.º do EMJ), gozando das garantias de irresponsabilidade, inamovibilidade, e outras previstas na lei (artigos 4.º a 6.º do EMJ), e vinculados a exigências de atuação imparcial, isenta e de respeito pelo princípio da igualdade (nos termos do disposto nos artigos 6.º-B e 6.º-C do EMJ).

«No plano específico do processo penal, o artigo 32.º, n.º 4, da CRP assegura que toda a instrução é da competência de um juiz, não podendo este delegar noutras entidades a prática dos atos instrutórios que se prendam diretamente com os direitos fundamentais.

«43. De tudo o que acaba de expor-se, resulta um retrato distinto da natureza, funções, e garantias associadas à intervenção processual do juiz e do Ministério Público, bastante relevante para a presente análise.

«É certo que, como já vimos, a Lei Fundamental permite expressamente a ingerência das autoridades públicas na comunicação, nas suas várias formas, nos casos previstos na lei, em sede de processo penal. Além disso, não resulta diretamente da norma do n.º 4 do artigo 34.º da CRP que tal ingerência deva ocorrer, necessariamente, mediante intervenção de uma autoridade judicial. A este propósito, disse-se no Acórdão n.º 4/2006:

«O artigo 34.º da CRP, após proclamar, no n.º 1, a inviolabilidade do domicílio e do sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada, considera, no n.º 4, “proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvo os demais casos previstos na lei em matéria de processo criminal” (o inciso “e nos demais meios de comunicação” foi aditado pela revisão constitucional de 1997, tendo em vista as modernas formas de comunicação à distância, que não correspondem aos sentidos tradicionais de correspondência ou de telecomunicações). Da formulação literal do n.º 4 do artigo 34.º da CRP resulta a limitação direta da admissibilidade da “ingerência ... nas comunicações” ao âmbito do processo criminal e a sua sujeição a reserva de lei. Mas desse preceito constitucional já não resulta, ao menos de forma explícita e direta, a sujeição da “ingerência” a reserva de decisão judicial, como, diversamente, o precedente n.º 2 faz relativamente à entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade, que só pode ser ordenada “pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstas na lei”.»

«Neste prisma, poderia defender-se que a intervenção do Ministério Público, enquanto autoridade judiciária competente, na fase de inquérito, bastaria – atenta a sua autonomia e os estritos critérios de legalidade pelos quais deve pautar-se a sua intervenção processual – para assegurar a conformidade constitucional da solução legal prevista nas normas questionadas.

«Sucede, porém, que, tratando-se, como se demonstrou, de normas restritivas de direitos, liberdades e garantias, a afetação de tais direitos deverá ser a menor possível, devendo limitar-se ao mínimo indispensável para assegurar uma efetiva prossecução dos bens e valores jusconstitucionais que fundamentam a restrição. Ora, considerando o impressivo e distinto retrato do juiz e do Ministério Público que resulta do texto constitucional e das disposições legais aplicáveis - vistos os seus diferentes estatutos e poderes - parece incontornável reconhecer que a intervenção judicial constitui uma garantia adicional de ponderação dos direitos e liberdades atingidos no decurso da investigação criminal (veja-se o que se disse nos Acórdãos n.ºs 42/2007, n.º 155/2007, n.º 228/2007 e n.º 213/2008).

«Efetivamente, nos momentos processuais em que esteja em causa uma atuação restritiva das autoridades públicas no âmbito dos direitos fundamentais, a intervenção de um juiz - com as virtudes de independência e imparcialidade que tipicamente a caracterizam - é essencial para uma tutela efetiva desses direitos, mesmo nos casos em que estes devam parcialmente ceder, em nome da salvaguarda de outros bens jusconstitucionalmente consagrados. O juiz tem, nos termos da CRP, uma competência exclusiva e não delegável de garantia de direitos fundamentais no âmbito do processo criminal (à luz do artigo 32.º, n.º 4, do CPP), pelo que a lei apenas pode dispensar a sua intervenção em casos excepcionais devidamente delimitados e justificados. Por outras palavras, tal dispensa é constitucionalmente admissível apenas em situações pontuais e definidas com rigor, em que não constitua um meio excessivo para prosseguir interesses particularmente relevantes de investigação criminal. Será o caso, por exemplo, de atuações preventivas ou cautelares, em que haja particular urgência ou perigo na demora no que toca à conservação de elementos probatórios, e desde que se assegure uma posterior validação judicial da atuação das autoridades competentes.

«44. Assim, não se vê como possa afirmar-se que as normas questionadas satisfaçam as exigências de excecionalidade, necessidade e proporcionalidade que se impõem às leis restritivas de direitos fundamentais, por força do artigo 18.º, n.º 2, da CRP. Na verdade, não se veem razões para afastar a intervenção prévia do Juiz de Instrução Criminal, em fase de inquérito, no que respeita aos atos de apreensão do correio eletrónico ou similar, nem elas resultam dos motivos apresentados pelo legislador para fundamentar a alteração legislativa aqui em causa, que acima se descreveram.

«A intervenção do Juiz de Instrução Criminal não pode, atentas as normas constitucionais e legais que a regem, ser olhada como um “obstáculo à produção de prova”. Como é evidente, não é essa a sua função, nem é tal propósito que rege a atuação processual daquele. Ela visa, sim, assegurar um

alto grau de concordância prática entre as finalidades, constitucionalmente protegidas, prosseguidas pelo processo penal, e os direitos fundamentais por este afetados, legitimando as intervenções restritivas na esfera jusfundamental dos cidadãos. Por isso, uma compreensão adequada da atuação do Juiz de Instrução Criminal na fase pré-acusatória tem de reconhecer a sua natureza de “entidade exclusivamente competente para praticar, ordenar ou autorizar certos atos processuais singulares que, na sua pura objetividade externa, se traduzem em ataques a direitos, liberdades e garantias das pessoas constitucionalmente protegidos” (J. Figueiredo Dias, “Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal”, in O Novo Código de Processo Penal, Almedina, Coimbra, 1988, p. 16).

«Por esta razão, não pode, também, argumentar-se que a exigência de intervenção judicial quando estejam em causa atos de inquérito que diretamente contendam com direitos fundamentais, consagrada na norma contida no n.º 4 do artigo 32.º, da CRP, aqui plenamente mobilizável, afeta a direção do inquérito por parte do Ministério Público, ferindo o exercício das competências que a Constituição lhe reserva. Na verdade, o Juiz de Instrução Criminal não atua, neste plano, ex officio, mas sim, em regra, a requerimento daquele nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 268.º do Código de Processo Penal. Deste ponto de vista, a condução do inquérito e a decisão sobre a seleção, desenho, oportunidade, importância e relevância da prática de atos destinados à produção de prova e à descoberta da verdade material continuam a pertencer, em exclusivo, àquele órgão. Este elemento afigura-se, assim, decisivo, numa perspetiva de compatibilização de uma reserva de jurisdição preventiva com o princípio do acusatório. Ou seja, estando a atribuição da competência para a determinação ou autorização da apreensão de correio eletrónico ou de natureza semelhante, ao Juiz de Instrução Criminal, na dependência de requerimento do Ministério Público, ela não colide com a direção e o domínio do inquérito por esta entidade.

«Por outro lado, o n.º 4 do mesmo artigo 268.º do CPP determina que tal atuação deve obedecer a um princípio de celeridade e redução do formalismo processual, que visa assegurar uma compatibilização plena entre a tutela de direitos fundamentais pelo Juiz de Instrução Criminal e as necessidades de eficiência e agilidade na condução da investigação criminal.

«Finalmente, acrescenta-se ainda que, numa matéria com um grau significativo de indeterminabilidade – especialmente problemática por nos encontrarmos em sede de processo criminal –, e atenta a dificuldade de determinação, no plano prático, do significado concreto de conceitos como “mensagens de natureza semelhante ao correio eletrónico”, num contexto de permanente evolução tecnológica, a intervenção prévia à respetiva apreensão

de um Juiz de Instrução Criminal afigura-se como essencial para tutela dos direitos, liberdades e garantias afetados.

«45. Nestes termos, considerando todos os argumentos até agora aduzidos, não se duvida de que os interesses prosseguidos pela investigação criminal constituem razões legítimas para uma afetação restritiva dos direitos fundamentais à inviolabilidade da correspondência e sigilo das comunicações (artigo 34.º, n.ºs 1 e 4, da CRP), e à proteção dos dados pessoais, no domínio da utilização da informática (artigo 35.º, n.ºs 1 e 4 da Lei Fundamental), enquanto manifestações particular e intensamente tuteladas da reserva de intimidade da vida privada (n.º 1 do artigo 26.º da CRP). Contudo, a restrição de tais direitos especiais, que correspondem a refrações particularmente intensas e valiosas de um direito, mais geral, à privacidade, não pode deixar de respeitar não apenas as condições genericamente impostas pelo texto constitucional para qualquer lei restritiva de direitos fundamentais, nos termos do artigo 18.º, n.º 2, da CRP, como a exigência específica, em sede de processo criminal, de intervenção de um juiz, consagrada no artigo 32.º, n.º 4, da Constituição.

«Na verdade, como se procurou explicar, a Lei Fundamental reconhece tal relevo aos interesses e aos valores que a investigação criminal visa salvaguardar que expressamente permite a restrição, quando o não faz noutros âmbitos. Todavia, também não se olvida que o potencial ablativo da liberdade dos cidadãos é particularmente elevado em sede de processo penal, pelo que a CRP impõe a intervenção do Juiz de Instrução Criminal, enquanto titular de órgão de soberania independente, imparcial, e especialmente vocacionado para a proteção dos direitos fundamentais, sempre que se revele necessário garantir que os direitos e liberdades dos cidadãos não sofrem compressões desadequadas, desnecessárias ou desproporcionais, e para prevenir que intervenções restritivas abusivas atinjam a sua esfera jusfundamental. Existe, pois, uma ligação muito estreita entre a autorização constitucional de restrição, prevista no n.º 4 do artigo 34.º da CRP, e a previsão de competência primária do Juiz de Instrução Criminal para a prática de atos que diretamente contendam com direitos fundamentais, estatuída no n.º 4 do artigo 32.º da Constituição. Por isso, e como se disse, uma solução legal que dispense a prévia autorização daquele para a prática de atos de investigação penal que importam a invasão da esfera privada dos cidadãos só será constitucionalmente legítima se existir uma justificação cabal, robusta e bem determinada, não podendo, em caso algum, exceder os limites apertados de uma solução excecional.

«Ora, a solução sob escrutínio, não satisfaz, de modo algum, as exigências constitucionais de necessidade e proporcionalidade em sentido estrito das

intervenções restritivas em matéria de direitos fundamentais, decorrente do artigo 18.º, n.º 2, da CRP, nem a específica imposição de intervenção de um Juiz de Instrução Criminal nos atos de inquérito que diretamente contendam com direitos fundamentais, consagrada no artigo 32.º, n.º 4, da CRP.» (Ac. do TC nº 687/2021, in <http://tribunalconstitucional.pt>).

A estrutura acusatória do processo penal português não se manifesta propriamente na actividade de recolha de prova da prática do crime, que é o que está em causa, com a apreensão de comunicações electrónicas e com todo o iter procedimental atinente à obtenção de dessas comunicações e às condições de validade formal e substancial em que as mesmas podem ser valoradas como provas para alicerçar a acusação.

Importa sublinhar que o mesmo art.º 32º nº 5 da CRP que consagra a estrutura acusatória do processo, também exige que os meios de prova sejam sujeitos ao crivo do contraditório e a verdade é que é no inquérito, sobretudo, quando ainda não há arguido constituído, que se verifica tendencialmente um maior desequilíbrio entre os sujeitos processuais, emergente dos poderes de inquisitório naturalmente atribuídos ao Mº. Pº. por efeito da sua condição de titular da acção penal e de dirigente do inquérito e da circunstância de a pessoa suspeita ainda não ter um estatuto processual que, nos termos das disposições conjugadas dos arts. 32º da CRP e do art.º 61º do CPP, lhe dê garantias de contraditório e de apresentação das suas próprias provas ou contraprovas.

A estrutura acusatória do processo penal, constitucionalmente consagrada no art.º 32º nº 5 da CRP, envolve a proibição da realização de julgamento pela prática de crime sem precedência de acusação por esse crime, a exigência de que a acusação seja deduzida por órgão distinto do julgador e a atribuição à acusação das funções de condição e limite do julgamento, concretamente, a fixação do objecto do processo e a definição vinculativa do âmbito dos poderes de cognição e decisão do tribunal (Cf. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, Coimbra Editora, 4.ª edição revista, p. 522 e Figueiredo Dias, Direito Processual Penal, Coimbra Editora Lda., 1984 - reimpressão -, pp. 136, 137 e 144).

Por conseguinte, não é por o Juiz de instrução ter competência exclusiva em matéria de triagem das comunicações electrónicas apreendidas, para escolher as que ficam no processo e as que deverão ser restituídas à pessoa a quem foram dirigidas ou que as produziu e dirigiu a outrem, que vai ser ele o dirigente do inquérito, ou que irá interferir de forma abusiva e inconstitucional nos poderes/deveres de investigação do Mº. Pº.

Existem múltiplos actos de recolha e obtenção de prova, como a tomada de declarações ao assistente, interrogatórios de arguido, inquirição de

testemunhas, obtenção de documentos, reconhecimentos pessoais, determinação da realização de perícias e outros que o M.^o. P.^o. poderá e deverá levar a cabo, na sua actividade de investigação criminal, acerca dos factos integradores de um crime, da identidade do seu autor e das circunstâncias referentes à sua responsabilidade em ordem a tomar decisão sobre se a causa deverá ou não ser sujeita a julgamento, mediante um despacho de acusação ou um despacho de arquivamento.

Em contrapartida e face ao elenco de actos jurisdicionais do inquérito e suas diferentes espécies constantes dos arts. 268.^o e 269.^o do CPP e de outras disposições processuais penais dispersas, a apreensão das comunicações electrónicas nem sequer é o único acto processual cuja existência, validade e eficácia está condicionada pela autorização prévia do Juiz de Instrução e dependente da sua sindicância e intervenção directa em todo o procedimento atinente à concretização da sua aquisição processual como meio de prova. Só para citar um exemplo, o regime jurídico que regula as escutas telefónicas, contém múltiplas regras, de reserva de Juiz, como é o caso das exigências de fundamentação do despacho proferido para autorizar a realização das intercepções, a duração limitada a três meses, cuja prorrogação está condicionada a despacho judicial igualmente fundamentado, nos termos do art.^o 187.^o n.^{os} 1 e 6 do CPP, respectivamente, bem assim, de validação posterior e ainda de análise e escolha de entre as conversações verbais e escritas escutadas e interceptadas, quais as que, por terem importância para a descoberta dos factos sob investigação, deverão ser juntas ao acervo probatório disponível no processo, quais as que por serem proibidas, por exemplo, no caso de estarem protegidos por segredo profissional, como são aquelas que se estabelecerem entre o arguido e o seu Defensor ou que disserem respeito a conversações em que intervenham pessoas que não pertençam ao círculo das que podem ser alvo de escuta, que devem ser logo destruídas, dado o seu carácter proibido e quais aquelas que embora irrelevantes para as finalidades do inquérito, possam vir a revelar-se úteis ou necessárias à defesa e, por isso, ficarão no processo guardadas, tal como previsto nos arts. 188.^o n.^{os} 1, 3, 4, 6 e 10 do CPP, os casos definidos nos n.^{os} 7 a 9 do mesmo art.^o 188.^o em que as transcrições das escutas e respectiva junção aos autos são admissíveis e que revelam que tal ocorrem apenas em circunstâncias muito concretas e para prosseguir finalidades muito específicas, acentuando, pois, a tónica de excepcionalidade na obtenção deste tipo de provas, precisamente, pelo seu efeito lesivo de direitos fundamentais. Nessa selecção das comunicações que interessam ao processo, o JIC actua com total autonomia, como resulta inequívoco das previsões contidas nos n.^{os} 1, 3, 4 e 6 do art.^o 188.^o do CPP (Carlos Adérito Teixeira, «As Escutas

Telefónicas - A Mudança De Paradigma E Os Velhos E Novos Problemas», Revista do CEJ, número especial cit., pp. 257/258) e, no entanto, ninguém duvida de que nessa actividade de controle jurisdicional de obtenção de provas emergentes de escutas telefónicas e da sua valoração como relevantes ou irrelevantes para a investigação, o Juiz não está a comportar-se como se fosse o M^o. P^o., nem tem a pretensão de o fazer. Apenas exerce competências que lhe estão atribuídas legalmente e por imperativos constitucionais do justo equilíbrio entre o interesse público na administração da justiça penal e a justa medida de intromissão nos direitos fundamentais dos cidadãos, de harmonia com o seu estatuto de Juiz das liberdades e dos direitos fundamentais e em estrito cumprimento dos princípios de reserva de juiz e da proporcionalidade previstos, nos arts. 32^o n^o 4 e 18^o n^o 2 da CRP.

Daí que ao contrário do que o recorrente pretende, os parâmetros de aferição da conformidade à constituição em matéria de atribuição de competências ao Juiz de Instrução criminal não são, nem a estrutura acusatória do processo, de resto, na qual ele próprio também intervém quando requerida a instrução, profere decisão instrutória de pronúncia, sendo então, ele quem determina e define o objecto do processo e os poderes de cognição do Tribunal do julgamento nos termos das disposições conjugadas dos arts. 286^o n^o 1, 307^o e 308^o do CPP e nem a autonomia do M^o.P^o., mas a reserva de juiz, nos termos previstos no art.^o 32^o n^o 4 da CRP, o princípio da proporcionalidade consagrado no art.^o 18^o n^o 2 da CRP em matéria de limitação ou derrogação de direitos fundamentais conflitantes com o poder público de administração da justiça penal e o princípio constitucional da tutela jurisdicional efectiva e do processo justo e equitativo a que se referem os arts. 20^o n^{os} 1 e 5 e 32^o da CRP.

A circunstância de serem apreendidos, com grande frequência ou quase sempre os conteúdos de caixas de correio electrónico, bem como de telemóveis, tablets e computadores, mediante a realização de cópias cegas e integrais que geram quantidades massivas de informação não pode servir de argumento de hermenêutica jurídica, que é o que está em causa, na determinação do âmbito de aplicação da remissão contida no art.^o 17^o da Lei do Cibercrime para o regime de apreensão da correspondência previsto no art.^o 179^o do CPP.

Desde logo, porque o argumento de que o Juiz de instrução não dispõe de ferramentas que lhe permitam analisar tão grandes quantidades de dados não é jurídico. É empírico e de verificação incerta. E tanto se aplica ao Juiz, como ao M^o. P^o., pois que as dificuldades e a morosidade da análise serão as mesmas para um e para outro Magistrado.

Nem sempre se verificará, mas em todo o caso, a tentação de proceder a

«phishing expeditions» apreendendo todos os e-mails recebidos numa determinada caixa postal virtual, a totalidade do conteúdo de um disco rígido, ou a memória integral de um telefone ou de um cartão sim, por maior comodidade, facilitismo ou celeridade na recolha da prova que represente, acumulando um universo indistinto e quase ilimitado de informação deverá ser resolvida é com uma predeterminação de critérios de pesquisa precisos, seguros e eficazes para refinar e circunscrever a procura e assegurar-lhe a eficácia pretendida, de maneira a garantir que os conteúdos têm alguma ligação, mesmo que remota, aos factos sob investigação, seja por palavras chave ou outros recursos.

O que não pode, nem deve, é constituir motivo para interpretar a lei, contra a sua letra e contra o seu espírito, apenas para acomodar procedimentos de ordem prática e para os quais existem alternativas, de longe, bem mais razoáveis, que só dependem da vontade de quem os executa, para serem concretizadas.

«- O regime de apreensão de correio electrónico mostra-se regulado directamente pelo artigo 17º da Lei do Cibercrime e, subsidiariamente (por remissão do mesmo) pelos pressupostos e requisitos legais relativos à apreensão de correspondência, previstos no art.º 179º do CPP.

- A intromissão nas comunicações e na correspondência está sujeita a autorização judicial, o que se justifica pelo princípio da proporcionalidade face à especial danosidade social que implica tal intromissão.

- As mensagens de correio electrónico, que se encontrem armazenadas num sistema informático, só podem ser apreendidas mediante despacho prévio do Juiz de Instrução Criminal, devendo ser o juiz a primeira pessoa a tomar conhecimento do conteúdo da correspondência, conforme remissão para o art.º 179º do CPP.

- Envolvendo a apreensão realizada, correio electrónico, e constituindo a regra que o “juiz que tiver autorizado ou ordenado a diligência é a primeira pessoa a tomar conhecimento do conteúdo da correspondência apreendida”

precisamente uma das normas mais emblemáticas do regime de apreensão para que se remete, não se vê como através do elemento literal a mesma possa ser afastada, pelo que compete a este proceder à sua abertura.

- Mais do que a sua natureza electrónica, para o nosso legislador, o que sobretudo pesou ao nível das suas preocupações, foi a sua faceta de “correspondência” pelo que se entende que o legislador não quis, através da Lei do Cibercrime, consagrar uma menor protecção à correspondência electrónica do que aquele que consagra em relação à correspondência física e não faria sentido, deixar de considerar os restantes requisitos, fazendo a apreensão de correio electrónico depender apenas de a diligência “se afigurar

ser de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova”, e ignorar os demais previstos no citado artigo 179.º do CPP.

- E não é pela circunstância, de não ter o domínio do inquérito, que o juiz de instrução criminal – que aliás, pode ser assessorado tecnicamente nessa actividade - fica inabilitado de poder decidir quais as mensagens que se “afigram ser de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova.» (Acórdão da Relação de Lisboa de 04.02.2020 processo n.º 1286/14.9IDLSB-A.L1-5, in <http://www.dgsi.pt>. No mesmo sentido, Acs. da Relação de Lisboa de 11.01.2011, proc. 5412/08.9TDLSB-A.L1-5 e de 06.02.2018, proc. 1950/17.0T9LSB-A.L1-5, Ac. da Relação de Évora de 07.05.2024, proc. 338/23.9JAFAR-B.E1, in <http://www.dgsi.pt>).

É consensual que a intenção do legislador foi transpor para o ambiente virtual o regime jurídico do CPP para a apreensão da correspondência electrónica, reconhecendo às comunicações electrónicas a mesma protecção que o CPP concede à correspondência em suporte físico, via cartas, telegramas, encomendas e afins (João Conde Correia, Comentário Judiciário do Código de Processo Penal, 3ª edição, Tomo II, págs. 657-669, Pedro Verdelho, in “A Nova Lei do Cibercrime” Scientia Iurídica, Tomo LVIII, Nº 320, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 10/2023, de 10 de Novembro, Diário da República n.º 218/2023, Série I de 2023-11-10, páginas 83 - 100, Dá Mesquita, “Prolegómeno sobre prova electrónica e interceptação de telecomunicações no direito processual penal português - o Código e a Lei do Cibercrime”, in Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 1.ª edição, 2010, p. 118 e Ac. do Tribunal Constitucional nº 687/2021, in <http://tribunalconstitucional.pt>) e estando este inserido no texto do art.º 179º daquele diploma, não só deve o Juiz de instrução criminal autorizar a apreensão das comunicações electrónicas, como deverá ser o primeiro a tomar conhecimento do seu conteúdo, como ainda, será também ele quem deverá emitir o juízo sobre a sua relevância e determinar, com exclusão de outrem, quais serão as comunicações que ficarão no processo, por serem meios de prova de interesse para a investigação e quais serão dele, não só retiradas, como devolvidas à pessoa a quem foram apreendidas.

Trata-se de actos materialmente jurisdicionais, dada a sua aptidão intrusiva nos direitos fundamentais à inviolabilidade e segredo das comunicações, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à confidencialidade dos dados pessoais, por isso mesmo, de competência exclusiva do Juiz de instrução criminal, cuja prática nem sequer poderá ser delegada noutras entidades, face ao que dispõe o art.º 32º nº 4 da Constituição, nem havendo à luz dos critérios normativos de interpretação e da razão de ser de tal remissão em atenção aos valores jurídicos em confronto, qualquer razão válida para retirar do âmbito

da remissão contida no art.º 17º da Lei do Cibercrime para o art.º 179º do CPP, o seu nº 3.

E, por tudo o exposto, sendo total o acerto da decisão recorrida, o recurso não merece provimento.

III - DECISÃO

Termos em que decidem:

Negar provimento ao recurso, mantendo na íntegra, a decisão recorrida.

Sem custas - art.º 522º do CPP.

Notifique.

*

Acórdão elaborado pela primeira signatária em processador de texto que o reviu integralmente (art.º 94º nº 2 do CPP), sendo assinado pela própria e pelos Juízes Adjuntos.

*

Tribunal da Relação de Lisboa, 19 de Fevereiro de 2025

Cristina Almeida e Sousa

Cristina Isabel Henriques

Ana Guerreiro da Silva