

Supremo Tribunal de Justiça

Processo nº 40/21.6TELSB-A.L1-A.S1

Relator: JORGE JACOB

Sessão: 12 Fevereiro 2026

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: RECURSO PENAL

Decisão: PROVIDO

RECURSO PARA FIXAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

PRESSUPOSTOS

QUESTÃO FUNDAMENTAL DE DIREITO

OPOSIÇÃO DE JULGADOS

CIBERCRIME

CORREIO ELETRÓNICO

APREENSÃO

JUIZ DE INSTRUÇÃO

COMPETÊNCIA

INQUÉRITO

ADMISSIBILIDADE

Sumário

Verificando-se em recurso extraordinário de fixação de jurisprudência que tanto no acórdão fundamento como no acórdão recorrido, relativamente à possibilidade de proceder à seleção de correio eletrónico previamente apreendido, foram proferidos dois acórdãos, ambos do Tribunal da Relação que, tendo subjacentes as mesmas normas jurídicas e perante idêntica questão de direito - a de saber se a seleção, para inclusão nos autos de inquérito, de mensagens apreendidas, guardadas em ambiente digital, compete ao MP ou ao JIC- adotaram soluções diversas (o acórdão fundamento deferiu ao MP a possibilidade de proceder à seleção das mensagens com relevância para o inquérito, enquanto que o acórdão recorrido lhe negou essa possibilidade, reservando-a ao JIC), ocorre identidade das situações de facto e verifica-se uma oposição de julgados.

Texto Integral

Proc. nº 40/21.6TELSB-A.L1-A.S1

Acordam em conferência no Supremo Tribunal de Justiça:

I – Relatório:

O Ministério Público, sustentando-se no disposto no artigo art.º 437, º n.º 1, do Código de Processo Penal, veio interpor recurso extraordinário para fixação de jurisprudência do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa proferido nestes autos em 26 de junho de 2025, por entender existir oposição de julgado com o decidido no acórdão do mesmo Tribunal da Relação, de 20 de maio de 2025, proferido no processo nº 3217/17.5JFLSB-B.L1-5.

Identificou a questão de direito decidida em sentido diverso nos dois acórdãos nos seguintes termos:

“(…) no decurso do inquérito, tendo existido recolha de prova em ambiente digital, em concreto comunicações eletrónicas apreendidas através de pesquisa informática, a que entidade compete efectuar a selecção das comunicações eletrónicas relevantes para a investigação ou ao Juiz de instrução ou Ministério Público, nos termos dos artigos 17º e 28º da Lei 109/2009, de 15/09 e 17, 53º, nº 2 b), 179º, 262º, nº 1, 263º, nº 1 e 269º nº 1, d) e f), todos do Código de Processo Penal.”

Da motivação do recurso extrai o recorrente as seguintes conclusões (transcrição – itálico nosso):

I. Perante a concorrência de duas soluções jurídicas distintas e opostas constantes dos acórdãos da 5ª secção do Tribunal da Relação de Lisboa proferido a 20-05-2025 no processo 3217/17.5JFLSB-B.L1 o qual decidiu no sentido de que compete ao Ministério Público no âmbito de inquérito e perante a recolha de prova em ambiente digital, em concreto comunicações eletrónicas apreendidas em pesquisa informática, efectuar a selecção das comunicações eletrónicas relevantes para a investigação. (acórdão fundamento) e do acórdão ora recorrido, proferido nestes autos a 26.06.2025 o qual decidiu no sentido de que compete ao Juiz de Instrução no âmbito de inquérito e perante a recolha de prova em ambiente digital, em concreto comunicações eletrónicas apreendidas em pesquisa informática, efectuar a selecção das comunicações eletrónicas relevantes para a investigação;

II. Considerando que nos dois acórdão ocorre identidade relativamente à questão jurídica objecto da decisão, a saber: no decurso de uma investigação criminal, no âmbito da recolha de prova em ambiente digital, em concreto comunicações eletrónicas apreendidas em pesquisa informática, a que

entidade compete efectuar a selecção das comunicações eletrónicas relevantes para a investigação, Juiz de instrução ou Ministério Público que dirige o inquérito?;

III. Que as soluções jurídicas encontradas o foram na vigência do mesmo quadro legislativo e por referência ao mesmo enquadramento legal, a saber, disposições conjugadas dos artigos 179º, nº 3 e 268º, nº 1, al. d) do Código de Processo Penal e art.ºs 16º e 17º da lei 109/2009, de 15/09.;

IV. Que as soluções jurídicas encontradas são opostas entre si;

V. Que não ocorreu modificação legislativa que interfira, directa ou indirectamente na resolução da questão de direito controvertida, no espaço temporal que decorreu entre a data de prolação de cada um dos acórdãos.

Impõe-se que esse Supremo Tribunal de Justiça fixe jurisprudência, no encalce da solução jurídica mais adequada para a questão colocada nos termos previstos no artigo 437º do CPP.

No Supremo Tribunal de Justiça, o Exmo. Procurador-Geral Adjunto emitiu parecer em que analisa a situação, ampliando a singeleza do recurso interposto, pronunciando-se pela verificação da oposição de julgados e pelo prosseguimento do recurso nos termos do disposto no artigo 441.º, n.º 1, parte final, do Código de Processo Penal. Fá-lo nos termos seguintes:

«(...)

4. Pressupostos substanciais

4.1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, a oposição de julgados verifica-se quando:

a)

- As asserções antagónicas dos acórdãos invocados como opostos tenham tido como efeito fixar ou consagrar soluções diferentes para a mesma questão fundamental de direito;

b)

- As decisões em oposição sejam expressas;

c)

- As situações de facto e o respetivo enquadramento jurídico sejam, em ambas as decisões, idênticos.

Um dos requisitos substanciais é, assim, a oposição expressa de julgamento relativamente à mesma questão de direito.

A este propósito, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça vem consolidando o entendimento de que a existência de decisões antagónicas pressupõe, para além de julgados expressos, a identidade das situações de facto base das decisões de direito antitéticas ou conflitantes.

Ou seja, a decisão da questão de direito não pode ser desligada do substrato factual sobre a qual incide.

Em suma, a viabilidade do recurso de fixação de jurisprudência pressupõe que estejam em causa distintas soluções de direito dadas a idênticas situações de facto.

Diga-se ainda, neste contexto, que “o recurso para fixação de jurisprudência é um recurso excepcional, com tramitação especial e autónoma, tendo como objectivo primordial a estabilização e a uniformização da jurisprudência, eliminando o conflito originado por duas decisões contrapostas a propósito da mesma questão de direito e no domínio da mesma legislação 1.

Assim, “(...) do carácter excepcional deste recurso extraordinário decorre necessariamente um grau de exigência na apreciação da respectiva admissibilidade, compatível com tal incomum forma de impugnação, em ordem a evitar a vulgarização, a banalização dos recursos extraordinários.”²

Vejamos, então, a situação sobre a qual incide cada uma das decisões e se estão aqui em causa distintas soluções de direito dadas a idênticas situações de facto.

4.1.2. Extrai-se do acórdão recorrido que o Ministério Público interpôs ali recurso, insurgindo-se contra o despacho da Senhora Juíza de Instrução a quo por via do qual esta última assumiu a competência para proceder à seleção das mensagens de correio eletrónico a juntar ao inquérito, por relevantes para a prova. Considerou, o Ministério Público, que tal despacho violava o disposto nos artºs. 17º e 28º da Lei 109/2009, de 15/09 e 17, 53º, nº 2 b), 179º, 262º, nº 1, 263º, nº 1 e 269º nº 1, d) e f), todos do Código de Processo Penal.

O Tribunal da Relação de Lisboa entendeu que “ (...) a Sra. Juíza de Instrução, no despacho recorrido, mais não faz que dar cumprimento à sua tarefa de, enquanto entidade neutral no inquérito, procurar o equilíbrio entre os interesses da investigação e os direitos fundamentais em causa, garantindo, no fundo, que não serão vistas por outrem que não ela própria (e quem ela designe para a assessorar na tarefa) as mensagens de correio eletrónico que não veja como de «grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova».

Um procedimento como o preconizado pelo Recorrente levaria na prática o Ministério Público e os Órgãos de Polícia Criminal, num espectro de pessoas que pode em tese ser numericamente bastante alargado, a acederem efetivamente a um manancial massivo de informação pessoal sem qualquer interesse, ou com um interesse marginal, para a descoberta da verdade ou para a prova, com isso obliterando o que as garantias constitucionais procuram salvaguardar.

O despacho recorrido está pois plenamente de acordo com aquilo que nos parece dever retirar-se da jurisprudência constitucional, a qual, por sua vez, está alinhada com o que de mais relevante e atual se conhece da produção do TJUE e do TEDH.

(...)

Uma coisa é a escuta telefónica, que se autoriza para o futuro imediato, cuja operacionalização carece pela sua natureza de ser acompanhada de forma próxima, dentro de prazos curtos, quantas vezes por referência a uma multiplicidade de alvos e que abrangem conversações que, aqui e ali, haverá até interesse em serem ouvidas em tempo real pelos Órgãos de Polícia Criminal por questões de eficácia da investigação e concatenação com outros procedimentos de tática policial e recolha de prova - compreende-se em suma que o legislador tenha percebido a essencialidade de convocar, para execução e intervenção nos procedimentos, os Órgãos de Polícia Criminal e o Ministério Público.

Coisa diferente é a correspondência eletrónica passada, que por natureza se reporta a algo que já aconteceu e cuja análise não carece, por norma, de uma indagação imediata.

Também aqui se faz sentir o princípio da contenção máxima na restrição de direitos fundamentais. Aquilo que em sede de escuta real pode tolerar-se, à luz

de critérios de necessidade, adequação, proporcionalidade e razoabilidade, pode já não ser de aceitar na análise do correio eletrónico passado, sendo certo que este, como dissemos há pouco, reporta-se amiúde a um vasto histórico privado da pessoa visada.

A partir do momento em que começa a ler-se o correio eletrónico de alguém, ocorre por natureza uma ingerência nos direitos fundamentais do titular da conta e das pessoas com quem este se relacionou nos contactos estabelecidos. Esta ideia é incontornável. E é por isso mesmo que se exige uma intervenção ativa e não meramente formal ou de aparências do juiz dos direitos, liberdades e garantias: tendo só ele acesso ao correio eletrónico em busca de mensagens ou documentos com «grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova», eventualmente com a coadjuvação de terceiro(s) na sua dependência funcional, fica garantida a menor ingerência possível em tais direitos fundamentais”.

Por sua vez no acórdão fundamento o Tribunal da Relação entendeu que: “No caso da recolha de prova em ambiente digital, não cabe ao juiz de Instrução Criminal tomar quaisquer opções quanto à direção do inquérito ou quanto à investigação levada a cabo, exceto nas concretas circunstâncias em que a atividade de investigação e recolha de prova possa contender com direitos, liberdades e garantias com consagração constitucional, competindo-lhe a palavra final quanto ao equilíbrio a estabelecer entre a relevância da investigação para o concreto exercício do ius puniendi estadual e a compressão dos direitos e garantias individuais – no exercício prático dos princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade impostos pelo artigo 18º da Constituição da República Portuguesa.

O Tribunal, citando o acórdão do Tribunal Constitucional nº 687/2021, entendeu que “«(...) as operações necessárias à apreensão de correio eletrónico ou de mensagens de natureza semelhante no decurso de uma pesquisa a um sistema informático importam um risco considerável - senão mesmo a inevitabilidade - de acesso a dados pessoais protegidos, relativos à correspondência do utilizador, bem como a dados de tráfego e de conteúdo abrangidos pela garantia constitucional de inviolabilidade do sigilo. Na generalidade dos casos, é, pois, dificilmente evitável que, no decurso da pesquisa a um computador, o investigador depare com o elenco das últimas mensagens de correio eletrónico e de natureza similar recebidas, identificadas a partir de elementos - como o remetente, o assunto e a data de receção - que estão inequivocamente compreendidos no âmbito da garantia constitucional do sigilo na correspondência. Em algumas situações, pode mesmo ocorrer que

o conteúdo da mensagem se esgote, literal ou substancialmente, na identificação do respetivo assunto, pelo que os dados acessíveis incluirão todos os dados de conteúdo relevantes.»”

Mais à frente, alinhando com a posição expressa no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 09.11.2021, e passando a citar este aresto, pode ler-se no acórdão fundamento:

“(…) «Apreensão de dados informáticos, por conseguinte, tem muito mais a ver com o sinónimo de percepção, ou compreensão, apenas possível depois daquela operação de processamento, absolutamente necessário para que o seu conteúdo seja disponibilizado em termos inteligíveis.

Se assim é, como aqui se defende, então aquela apreensão apenas ocorre, em rigor, quando o conteúdo é desvendado e depois junto ao processo em linguagem comum.

E, não por acaso, é apenas nesse momento que ocorre a efectiva compressão do direito à reserva da vida privada, direito constitucional convocado aqui na vertente da inviolabilidade da correspondência, que a lei processual visa salvaguardar com as garantias e formalidades que impõe, designadamente a da reserva judicial no que respeita àquela forma de correspondência electrónica.

Tal como para o correio tradicional, forçoso é que o respectivo conteúdo seja acedido, em primeira mão, pelo juiz de instrução criminal, que apenas ordenará a junção ao processo do que for estritamente necessário à investigação do crime noticiado, de resto, a única razão justificativa daquela compressão de direito fundamental.»

Nesta linha de pensamento segue, também AA, referindo, a propósito: «Como supra assumido, é inquestionável que deve haver intervenção do JIC. Porém, esta não necessita de ser prévia, sendo a posterior ainda adequada à sua função garantística. As concretas especificidades da apreensão de dados informáticos em geral e de correio electrónico em especial, supra expostas – v. g., a dificuldade em determinar previamente onde irão ser encontrados dados de correio electrónico ou até dados sensíveis ou íntimos, a dificuldade em separar a pesquisa que vise obter dados de correio electrónico das pesquisas que tenham outra finalidade –, justificam que neste caso a intervenção seja apenas posterior.

Note-se que esta intervenção posterior não é para validação de ofensa a direitos fundamentais já terminada, como sucede com a validação das buscas domiciliárias ou a da detenção. Aqui, houve já uma primeira ofensa (mero conhecimento pelos OPC's e MP), mas, creio, a maior virá com a utilização probatória das mensagens e o seu conhecimento pelos demais sujeitos processuais e, para além deles, o público e a comunicação social. A intervenção do JIC é posterior ao início da lesão, mas ainda anterior às maiores que se lhe sucederão.»

Fazemos notar, a este respeito, que não há qualquer cominação de nulidade na letra da primeira parte do nº 3 do artigo 179º do Código de Processo Penal, sendo a prova obtida com a apreensão ordenada pelo juiz – e é com esta que se verifica a intromissão na correspondência –, não com o conhecimento do seu teor por parte do Ministério Público ou dos OPC, sendo por isso de afastar a proibição de prova prevista no artigo 126º, nº 3 do Código de Processo Penal.”

Como se constata, a paridade das situações de facto subjacentes aos acórdãos em confronto é, a nosso ver, inquestionável.

Em ambos os acórdãos a questão apreciada foi a de saber a quem compete - Juiz de Instrução ou Ministério Público - a seleção das comunicações eletrónicas relevantes para a investigação que tenham sido apreendidas em pesquisa informática levada a cabo no âmbito da recolha de prova em ambiente digital.

O acórdão recorrido concluiu que a competência para essa seleção pertencia ao Juiz de Instrução Criminal.

Ao invés, o acórdão fundamento entendeu que a seleção das comunicações eletrónicas competia ao Ministério Público.

Para idênticas situações de facto, os dois acórdãos decidiram, assim, a mesma questão de forma oposta em virtude de perfilharem diferente interpretação sobre o alcance dos artigos 79º, nº 3 e 268º, nº 1, al. d) do Código de Processo Penal e art.ºs 16º e 17º da lei 109/2009, de 15/09, normas que mantiveram a mesma redação entre a prolação das decisões em confronto.

Face ao exposto, somos de parecer que se encontram reunidos todos os pressupostos de admissibilidade do recurso extraordinário de fixação de jurisprudência, incluindo o da oposição de julgados, pelo que o recurso deve

prosseguir nos termos do disposto no artigo 441.º, n.º 1, parte final, do Código de Processo Penal.»

Em exame preliminar determinou-se a notificação do Ministério Público para juntar certidão do acórdão fundamento e a remessa dos autos aos vistos, nos termos do art. 440.º, n.ºs 2 e 4, do Código de Processo Penal (diploma a que se reportam todas as demais normas citadas sem menção de origem).

II - Fundamentação:

O recurso extraordinário de fixação de jurisprudência encontra regulamentação no art. 437º nos seguintes termos:

1 - Quando, no domínio da mesma legislação, o Supremo Tribunal de Justiça proferir dois acórdãos que, relativamente à mesma questão de direito, assentem em soluções opostas, cabe recurso, para o pleno das secções criminais, do acórdão proferido em último lugar.

2 - É também admissível recurso, nos termos do número anterior, quando um tribunal de relação proferir acórdão que esteja em oposição com outro, da mesma ou de diferente relação, ou do Supremo Tribunal de Justiça, e dele não for admissível recurso ordinário, salvo se a orientação perfilhada naquele acórdão estiver de acordo com a jurisprudência já anteriormente fixada pelo Supremo Tribunal de Justiça.

3 - Os acórdãos consideram-se proferidos no domínio da mesma legislação quando, durante o intervalo da sua prolação, não tiver ocorrido modificação legislativa que interfira, directa ou indirectamente, na resolução da questão de direito controvertida.

4 - Como fundamento do recurso só pode invocar-se acórdão anterior transitado em julgado.

5 - O recurso previsto nos n.ºs 1 e 2 pode ser interposto pelo arguido, pelo assistente ou pelas partes civis e é obrigatório para o Ministério Público.

As regras respeitantes à interposição deste recurso extraordinário estão previstas no art. 438º, que dispõe nos termos seguintes:

1 - O recurso para a fixação de jurisprudência é interposto no prazo de 30 dias a contar do trânsito em julgado do acórdão proferido em último lugar.

2 - No requerimento de interposição do recurso o recorrente identifica o acórdão com o qual o acórdão recorrido se encontre em oposição e, se este

estiver publicado, o lugar da publicação e justifica a oposição que origina o conflito de jurisprudência.

3 - O recurso para fixação de jurisprudência não tem efeito suspensivo.

Como refere Pereira Madeira, o recurso extraordinário de fixação de jurisprudência insere-se numa preocupação específica do legislador assegurar alguma certeza às orientações jurisprudenciais, evitando ou anulando decisões contraditórias 3. Por essa via, pretende-se fixar um sentido interpretativo geral e abstracto, replicável em casos similares definido pela cúpula das secções criminais – o seu Pleno – através da qual se logrará uma estabilização jurisprudencial, por força do efeito tendencialmente vinculativo dessa jurisprudência para todos os tribunais que, por regra seguirão essa orientação (...) 4.

À luz deste regime legal o Supremo Tribunal de Justiça vem apontando em jurisprudência uniforme como condição de admissibilidade do recurso de fixação de jurisprudência a verificação de um conjunto de pressupostos, uns de forma e outros de fundo.

A – Pressupostos formais:

São pressupostos formais:

– A interposição do recurso extraordinário para fixação de jurisprudência no prazo de 30 dias a contar do trânsito em julgado do acórdão proferido em último lugar (acórdão recorrido);

- A identificação pelo recorrente do acórdão com o qual o acórdão recorrido se encontra em oposição (acórdão fundamento) e, estando este publicado, o lugar da publicação;

O trânsito em julgado tanto do acórdão recorrido como do acórdão fundamento, não sendo assim qualquer deles susceptível de recurso ordinário;

A justificação pelo recorrente da oposição que determina o conflito de jurisprudência.

No caso vertente não oferece dúvida que o recurso foi tempestivamente interposto porquanto o acórdão fundamento, proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa nos autos de recurso independente em separado nº 3217/17.5JFLSB-B, transitou em julgado em 23.06.2025, o acórdão recorrido, proferido no processo nº 40/21.6TELSB-A.L1, transitou em julgado em

10.07.2025 e o recurso para fixação de jurisprudência foi interposto em 18.09.2025 [após período de férias judiciais, que decorre de 16 de julho a 31 de agosto, como decorre do art. 28º da Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto (Lei da Organização do Sistema Judiciário), período durante o qual se suspende o decurso dos prazos judiciais, por força do disposto nos artigos 104º, nº 1, do Código de Processo Penal e 138º, nº 1, do Código de Processo Civil].

O recorrente deu cumprimento à exigência de identificação do acórdão com o qual o acórdão recorrido se encontra em oposição (acórdão fundamento), identificando como tal o Acórdão de 20.05.2025, proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa (5ª Secção) nos autos de recurso independente em separado nº 3217/17.5JFLSB-B.L1-5, transitado em julgado em 23.06.2025, publicado na base de dados da DGSJ.

Justificou, por outro lado, a oposição que, em sua opinião, determina o conflito de jurisprudência.

Teremos assim por verificados os pressupostos de forma que condicionam o recurso de fixação de jurisprudência.

B – Pressupostos substanciais:

Por seu turno, constituem pressupostos de natureza substancial:

A prolação de dois acórdãos consagrando soluções divergentes para a mesma questão de direito, a implicar que em ambos tenha sido discutida a mesma questão de direito, com aplicação das mesmas normas jurídicas;

Que os acórdãos tenham sido proferidos no domínio da mesma legislação, considerando-se verificada esta condição quando no lapso de tempo que intercorreu entre a prolação de um e do outro não se tiver verificado modificação legislativa que interfira, direta ou reflexamente, na solução da questão de direito controvertida;

- Que ocorra identidade das situações de facto subjacentes aos acórdãos em conflito;
- Que ambas as decisões sejam decisões expressas, não decisões meramente implícitas (e, como decorre dos parâmetros anteriormente referidos, que se trate de acórdãos, excluindo-se as decisões singulares).

a) O acórdão fundamento:

A montante do acórdão fundamento está o requerimento formulado nos autos pelo Ministério Público com o seguinte teor:

«1. Abertura e primeira visualização de correio eletrónico – Saco Prova Série ...

1.1. Na sequência do exame pericial complementar solicitado a fls. 2815v, a ... (cfr. ...) extraiu do telemóvel de marca LG, propriedade de AA (busca 45), correio eletrónico sem qualquer visualização, gravado em suporte autónomo e acondicionado em saco prova série

1.2. Face ao exposto, promove-se, em obediência às disposições conjugadas dos artigos 179º, nº 3 e 268º, nº 1, al. d) do Código de Processo Penal e 16º, nº 3 e 17º da lei 109/2009, de 15/09, que o a) Mmo. (a) Juiz de Instrução Criminal proceda à abertura e primeira visualização dos ficheiros que contêm correio eletrónico, acondicionado no Saco Prova Série

1.3. Após exclusão daqueles que possam contender com a reserva da vida privada, que autorize o Ministério Público, na qualidade de titular da acção penal, a seleccionar o correio eletrónico que se afigure relevante para a descoberta da verdade, a fim de posteriormente promover, junto do JIC, a sua junção aos autos nos termos do disposto no artigo 179º, nº 3 e 268º, nº 1, al. d), ambos do Código de Processo Penal, ex vi art.º 17º da Lei 109/2009, de 15/09.

1.4. Considerando a natureza urgente do inquérito, remeta de imediato os autos, ... e suporte informático supra identificado ao TCIC para apreciação da promoção que antecede.»

Sobre esse requerimento recaiu o seguinte despacho:

«I. O Ministério Público remeteu os autos a este tribunal para que, com referência a ficheiros de correspondência electrónica, se proceda à abertura e primeira visualização dos ficheiros que contêm correio electrónico, bem como que, após exclusão daqueles que possam contender com a reserva da vida privada, se autorize o Ministério Público, na qualidade de titular da acção penal, a seleccionar o correio electrónico que se afigure relevante para a descoberta da verdade.

II. Consigno que tomei conhecimento dos ficheiros guardados na pen constante de fls. 10 do Apenso ..., que por sua vez se encontrava acondicionada no saco de prova da Polícia Judiciária Série ..., tendo acedido

ao conteúdo de alguns desses ficheiros e constatado que dos mesmos fazem parte mensagens de correio electrónico e registos de comunicações de natureza semelhante [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].

III. O requerimento em causa assenta no entendimento de que, no que tange aos ficheiros que contêm correspondência electrónica, a intervenção do juiz de instrução se esgota na primeira visualização dos ficheiros que contêm correio electrónico e na exclusão daqueles que possam contender com a reserva da vida privada, bem como que ao Ministério Público cabe, na qualidade de titular da acção penal, (...) seleccionar o correio electrónico que se afigure relevante para a descoberta da verdade. Trata-se, contudo, de pretensão manifestamente improcedente, por violadora do princípio da reserva de juiz consagrado no art.º 32.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, que rege nesta matéria. De resto, tal intervenção que o Ministério Público pretende assumir no procedimento tendente à junção aos autos de correspondência electrónica nem sequer encontra suporte, quer na letra, quer 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 (que ocorreu neste momento) 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).

IV. Se ao invocar a sua qualidade de titular da acção penal para fundamentar a respectiva pretensão o requerente está implicitamente a reportar-se aos princípios constitucionais do acusatório e da autonomia do Ministério Público, não só não lhe assiste razão, como tal entendimento é violador do princípio da reserva de juiz, também com consagração na Constituição da República Portuguesa, concretamente, no respectivo art.º 32.º, n.º 4.

V. Quanto ao princípio da autonomia do Ministério Público, consagrado no art.º 219.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, conforme referido pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 121/2021 a propósito das teses que se enfrentam na jurisprudência e na doutrina quanto à extensão dos poderes jurisdicionais do juiz de instrução criminal durante o inquérito, de

acordo com a tese mais restritiva o mesmo só tem competência para intervir nos casos expressa e taxativamente tipificados nos artigos 268.º e 269.º do CPP, sendo que, acrescenta-se: esta visão sustenta-se na compatibilização do princípio constitucional da autonomia do Ministério Público (artigo 219.º, n.º 2, da CRP) e noutros princípios estruturantes do processo, designadamente, o princípio acusatório e a titularidade pelo Ministério Público da ação penal (artigo 32, n.º 5 e 219.º, n.º 1, da CRP). Para esta posição, a intervenção do Juiz de Instrução Criminal na fase de inquérito afigura-se excepcional, devendo acontecer apenas relativamente a atos lesivos de direitos fundamentais, previamente considerados como tal pelo legislador. No mais, a direcção do inquérito caberá ao Ministério Público (<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210121.html>). Ou seja, o entendimento perfilhado pelo Ministério Público, concretamente, de que é da sua competência seleccionar o correio electrónico que se afigure relevante para a descoberta da verdade não constitui uma decorrência necessária do aludido princípio da autonomia do Ministério Público, pois, conforme se deixou exposto, mesmo de acordo com a mais restritiva das mencionadas teses, a intervenção do juiz de instrução na fase de inquérito tem lugar relativamente a atos lesivos de direitos fundamentais. E de acordo com o disposto no art.º 34.º, n.ºs 1 e 4, da Lei Fundamental, constitui acto lesivo de direitos fundamentais a ingerência das autoridades públicas na correspondência, seja física, seja electrónica.

VI. No que respeita ao princípio do acusatório, importa ter presente que a redacção do art.º 17.º da Lei n.º 109/2009 resultante da aprovação em 20.07.2021 do Decreto n.º 167/XIV da Assembleia da República (redacção essa de encontro à qual parece ir o entendimento do Ministério Público, como se a mesma estivesse em vigor) foi objecto de fiscalização preventiva da constitucionalidade, tendo o Tribunal Constitucional, através do Acórdão n.º 687/2021, decidido, com referência ao Decreto n.º 167/XIV da Assembleia da República, publicado no Diário da Assembleia da República, Série II-A, número 177, de 29 de julho de 2021, e enviado ao Presidente da República para promulgação como lei, pronunciar-se pela inconstitucionalidade das normas constantes do seu artigo 5.º, na parte em que altera o artigo 17.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, por violação das normas constantes dos artigos 26.º, n.º 1, 34.º, n.º 1, 35.º, n.ºs 1 e 4, 32.º, n.º 4, e 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa (<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210687.html>). Considerou o Tribunal Constitucional que: (...) é verosímil pensar que, em boa parte dos casos, a escolha das mensagens de correio electrónico a apresentar ao juiz, para o controlo ex post previsto no n.º 4 da nova versão artigo 17.º da Lei do Cibercrime, exigirá algum tipo de pré-

seleção por parte do Ministério Público, com recurso não só a dados de tráfego (emissor, destinatário), mas também a buscas através de palavras-chave que permitam delimitar o conjunto de mensagens relevantes através do seu assunto ou de trechos de conteúdo significativos. Nestes termos, e se é verdade que a intervenção nos direitos fundamentais aqui em causa não se transformou, por força das normas questionadas, num espaço livre de controlo jurisdicional, tal não evitará, porém, eventuais apreensões abusivas, nem a tomada de conhecimento indevida de dados de conteúdo e de tráfego relativos ao correio eletrónico de eventuais arguidos ou de terceiros, por parte do Ministério Público ou dos Órgãos de Polícia Criminal. Tais intervenções no domínio de direitos fundamentais não são passíveis de integral reparação, quando abusivas – ao contrário do que acontece, por exemplo, na maioria dos casos, com a apreensão de objetos, que podem ser devolvidos incólumes ao legítimo proprietário –, na medida em que a violação de privacidade que podem implicar, quer quanto à violação do sigilo das comunicações, quer quanto à reserva de dados pessoais, não pode ser desfeita. O que o Ministério Público ou o Órgão de Polícia Criminal atuante viu, indevidamente, não pode deixar de ser visto, mesmo que a informação não seja junta aos autos. No que especificamente respeita ao princípio do acusatório, refere-se ainda no aludido Acórdão n.º 687/2021: (...) 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. (...) 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. Em suma, se por um lado a solução acima definida (de 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) não afronta o princípio do acusatório, por outro lado o entendimento do Ministério Público implica a violação do princípio da reserva de juiz consagrado no art.º 32.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa.

VII. Importa ainda ter presente que a solução defendida pelo Ministério Público, concretamente no sentido de ao juiz de instrução caber somente a abertura e primeira visualização do correio electrónico ou dos registos de comunicações de natureza semelhante, bem como a exclusão dos conteúdos que possam contender com a reserva da vida privada e que não tenham relevância para a prova, sempre seria de execução impossível. Na verdade, o juiz de instrução (ainda que coadjuvado por órgão de polícia criminal) não tem possibilidade temporal de aceder a todos os ficheiros, um a um, para apurar se dos mesmos constam conteúdos que possam contender com a reserva da vida privada. A não ser que o Ministério Público defenda uma intervenção do juiz de instrução meramente formal, o que sempre seria violador do referido princípio da reserva de juiz. O que na realidade se mostra exequível na maioria dos casos é apenas a pesquisa na correspondência electrónica através de palavras-chave, desde que, em face do que acima se referiu, o acesso ao conteúdo de tal correspondência (mesmo que com a coadjuvação de órgão de polícia criminal) ocorra exclusivamente sob o domínio funcional do juiz de instrução. E se tal pesquisa através de palavras-chave é tecnicamente viável no caso de ter em vista a localização de dados informáticos que sejam relevantes para a prova, não se vislumbra em que medida, sem serem abertos um a um, podem localizar-se ficheiros informáticos que eventualmente contendam com a reserva da vida privada por meio de palavras-chave.

VIII. Por fim, resta somente acrescentar que entendimento idêntico àquele que agora é adoptado mereceu acolhimento nos acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 07.11.2024 (proferido no processo 1051/23.2KRLSB-A.L1; não publicado), de 06.02.2025 (ECLI:PT:TRL:2025:805.20.6KRLSB.B.L1.5.4C) e de 19.02.2025 (proferido no processo 7770/17.5T9LSB-A.L1; não publicado).

IX. Pelo que, consequentemente, indefere-se a pretendida autorização para o Ministério Público proceder à selecção das mensagens de correio electrónico e dos registos de comunicações de natureza semelhante relevantes para a prova.

X. Atento o volume da correspondência electrónica em causa, e caso o Ministério Público o entenda, sempre pode o mesmo indicar órgão de polícia criminal (bem como, se necessário, especialista informático) para coadjuvar o juiz de instrução na tomada de conhecimento das mensagens de correio electrónico e dos registos de comunicações de natureza semelhante apreendidos que são relevantes para a prova. A este propósito, e ainda no que ao citado princípio da reserva de juiz concerne, cumpre ter presente, desde logo, que os órgãos de polícia criminal são auxiliares das autoridades judiciais [arts. 1.º, al. c), e 55.º, n.º 1, ambos do Código de Processo Penal]. Por seu turno, não se trata de designar para coadjuvar o juiz de instrução um órgão de polícia criminal, indistintamente, mas um concreto, no caso, inspector da Polícia Judiciária, assim se acautelando que toda a operação de selecção da correspondência electrónica relevante para a prova permanece na dependência funcional do juiz de instrução, a quem sempre cabe a decisão final sobre o que é junto ao processo. De resto, em matéria que igualmente contende com direitos fundamentais, como é a das escutas telefónicas, o legislador prevê a possibilidade de o juiz de instrução, para se inteirar do conteúdo das conversações ou comunicações, ser coadjuvado, quando entender conveniente, por órgão de polícia criminal (art.º 188.º, n.º 5, do Código de Processo Penal).

XI. Acondicione a aludida pen em invólucro selado, devendo o mesmo permanecer neste tribunal, guardado em cofre.”

Interposto recurso, o Tribunal da Relação de Lisboa (5ª Secção) identificou o dissídio nos seguintes termos:

(...) a questão a examinar e decidir é, em substância, a de saber se ao Ministério Público, deve ser reconhecida a possibilidade de aceder aos

ficheiros de correio eletrónico e/ou outras comunicações de natureza semelhante, de modo a selecionar os que sejam relevantes para a descoberta da verdade e para a prova, requerendo, então, ao Juiz de Instrução que determine a sua junção aos autos.

Após análise da questão suscitada decidiu, conforme consta do dispositivo, nos termos seguintes:

(...)

Nos termos e pelos fundamentos expostos, acordam os Juízes da 5ª secção do Tribunal da Relação de Lisboa em conceder provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público, e, em consequência, revogam o despacho recorrido, determinando-se que o mesmo seja substituído por outro que, após a abertura e primeira visualização pelo juiz de instrução e, após exclusão das mensagens/dados informáticos que possam contender com a reserva da vida privada e que não tenham relevância para a prova, faculte ao Ministério Público o acesso aos dados apreendidos, a fim de selecionar o correio eletrónico que se afigure relevante para a descoberta da verdade e para a prova, constante dos ficheiros gravados em suporte digital, acondicionados e selados no saco de prova série ..., apresentando-os em seguida ao juiz de instrução em ordem a determinar (ou não) a respetiva junção aos autos, nos termos previstos no artigo 179º, nº 3 do Código de Processo Penal.

(...)

b) O acórdão recorrido:

Por seu turno, no acórdão recorrido o recurso incidiu sobre despacho proferido no Tribunal Central de Instrução Criminal (Juiz 6) cujo teor é o seguinte:

«I. Pelos exatos fundamentos de facto e de direito constantes da promoção que antecede, por se reputar essencial para a investigação em curso nos presentes autos, autoriza-se a realização e junção aos autos de cópia digital forense dos suportes digitais, contendo os dados extraídos dos computadores apreendidos a BB e CC no âmbito do processo de inquérito que corre termos sob o n.º 1815/15.0JFLSB, no DIAP Regional de Lisboa, bem como do telemóvel, do “tablet” e das “pen drive” deste, incluindo toda a correspondência eletrónica, com vista a ulterior seleção, análise e decisão sobre a eventual junção aos presentes autos, nos termos requeridos pelo Ministério Público e ao abrigo das disposições conjugadas dos artigos 179º,

181º e 187º, nº 7 e 189º do Código de Processo Penal e 15º, 16º, 17º e 18º da Lei do Cibercrime, aprovada pela Lei nº 109/2009, de 15 de setembro.

D.N.

II. Tomei conhecimento em primeiro lugar do conteúdo do suporte digital apresentado em anexo, nos termos e para os efeitos dos artigos 17º da Lei nº 109/2009, de 15 de setembro, e 179º do Código de Processo Penal.

Deverá o Ministério Público indicar um órgão de polícia criminal a fim de ser nomeado, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 55º, nº 1 do Código de Processo Penal, para me coadjuvar na pesquisa, identificação e seleção de ficheiros de correio eletrónico e outras comunicações de natureza semelhante que apresentem relevância para a presente investigação, com vista a ser autorizada a sua efetiva apreensão e utilização probatória no âmbito dos presentes autos.

D.n..»

O Tribunal da Relação de Lisboa identificou o dissídio nos seguintes termos:

«(...) a problemática a apreciar neste recurso consiste, em síntese, em saber qual o papel do Juiz de Instrução em matéria de visualização, seleção e apreensão de correio eletrónico, por referência ao Ministério Público.

Mais em concreto, interessará ponderar se merece adesão o despacho proferido pela Sra. Juíza de Instrução, assumindo que a si cabe a iniciativa de proceder por inteiro à dita seleção; ou se, pelo contrário, deve entender-se que um tal despacho viola as normas legais e constitucionais pertinentes da Lei do Cibercrime, do Código de Processo Penal, do Estatuto do Ministério Público e da Constituição da República Portuguesa invocadas no recurso.»

Após análise da questão suscitada, foi negado provimento ao recurso, confirmando-se a decisão recorrida.

Da fundamentação do acórdão, na parte que agora releva, consta o seguinte:

«(...)

Invocando o mesmo quadro constitucional, legal e estatutário, mas conferindo valia relativa distinta às suas várias dimensões, estão sob escrutínio dois procedimentos propostos:

- um é o preconizado pelo Recorrente Ministério Público, que se traduz em síntese nisto: (i) o Juiz de Instrução é o primeiro a abrir os ficheiros e procede a uma primeira seleção, que se traduz em expurgar do material recolhido o que contenda com a reserva da vida privada; (ii) em seguida, os ficheiros sobrantes são disponibilizados ao Ministério Público, para que este possa selecionar os que sejam relevantes para a descoberta da verdade ou para a prova; (iii) feita a seleção, o Ministério Público indica os ficheiros que pretende sejam juntos aos autos, o que requer ao Juiz de Instrução; (iv) o Juiz de Instrução pondera por fim o que vem ou não a ser junto, à luz daquele requerimento do Ministério Público e do critério legal.

- o outro procedimento proposto, que é em suma o acolhido pelo despacho recorrido, que consiste no seguinte: o Juiz de Instrução é, não só o primeiro a abrir os ficheiros, como é também o único que procede, eventualmente com o auxílio de terceiro(s) sob a sua dependência funcional, à seleção dos ficheiros que tenham «grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova».

Muito sumariamente, começaremos por dizer que na arquitetura constitucional e processual penal portuguesa, compete ao Juiz de Instrução um papel de protagonismo em tudo quanto contenda com direitos, liberdades e garantias, e a sua intervenção nessa área constitui uma objetiva restrição ao alcance dos poderes que de outro modo assistiriam ao Ministério Público como titular do inquérito num processo de estrutura acusatória.

É nesse contexto que importa compreender diversas normas que atribuem competências ao juiz de instrução para «praticar», «ordenar» ou «autorizar» atos durante o inquérito e que se encontram genericamente enunciadas nos arts. 268º e 269º do Código de Processo Penal.

De entre essas competências está, à luz do art. 269º, nº 1, alínea d), a de «tomar conhecimento, em primeiro lugar, do conteúdo da correspondência apreendida, nos termos do nº 3 do artigo 179.º». E o que consta deste último é o seguinte: «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».

Esta intervenção do Juiz de Instrução tem manifestamente na sua origem a preocupação sentida pelo legislador numa matéria que contende em particular

com a reserva da vida privada e familiar e com a inviolabilidade da correspondência (arts. 26º, nº 1 e 34º, nº 1 da Constituição da República Portuguesa).

E o que basicamente decorre desse regime e ainda do procedimento-regra de apreensão de correspondência previsto pelo art. 252º, nº 1 do Código de Processo Penal, para o que aqui releva, é isto: a correspondência é entregue ao Juiz, em primeira mão; o Juiz analisa-a e decide uma de duas coisas – ou considera que a correspondência é «relevante para a prova», circunstância em que a faz juntar ao processo ou, caso contrário, restitui-a a quem de direito, não podendo ela ser utilizada como prova e ficando ligado por dever de segredo.

Digamo-lo sem rodeios: no regime da análise em si mesma da correspondência física, afora a situação excecional da medida cautelar de polícia prevista pelo art. 252º, nº 2 do Código de Processo Penal, não se prevê qualquer intervenção de outrem que não o Juiz de Instrução - trata-se de um ato a realizar por ele e apenas por ele, seja em sede de ponderação prévia quanto à esperada relevância do material a apreender, seja em sede de ponderação ulterior da relevância concreta do material apreendido (João Conde Correia, Comentário Judiciário do Código de Processo Penal, tomo II, 3ª edição, Almedina, pg. 661-662). Assim procurou o legislador, numa área sensível, restringir ao mínimo indispensável a ofensa aos direitos fundamentais atingidos, erigindo o Juiz de Instrução na figura – única – a quem é outorgado o papel de analisar a correspondência.

Decerto que o Ministério Público não deixa por isso de ser o titular do inquérito, dado que continua a ser ele quem define:

- o objeto da investigação;
- o se e em larga medida o quando da diligência;
- as concretas finalidades probatórias desta, que não está de forma alguma impedido de enunciar claramente nos autos em momento prévio àquela diligência;
- os termos em que os elementos apreendidos virão ou não a ser valorados na formulação de um juízo acusatório e/ou de oferecimento da prova para as fases seguintes do processo e/ou de arquivamento.

O que esse regime consagra, no fundo, é um equilíbrio entre os interesses da investigação e os da proteção dos direitos fundamentais atingidos, procurando

satisfazer uns e outros em medida constitucionalmente aceitável, numa lógica de concordância prática: dentro do inquérito cujo objeto é delimitado, no exercício das suas competências, pelo Ministério Público, e de acordo com os seus poderes de impulso e de definição das finalidades probatórias, apenas o Juiz de Instrução tem conhecimento do conteúdo da correspondência física apreendida e só se entender que ela é relevante para a prova é que a faz juntar ao processo, disponibilizando-a então, mas só então, para incorporação nos autos e análise pelo Ministério Público e demais sujeitos processuais que houverem de intervir.

O esquema geral que se deixou traçado quanto à correspondência física é muito próximo do estabelecido para a correspondência eletrónica, sendo primeira evidência disso a circunstância de o legislador não se ter coibido de estatuir, no art. 17º da Lei do Cibercrime, precisamente a aplicação subsidiária daquele regime da apreensão da correspondência física ao da correspondência eletrónica.

E na verdade, na sua essência, a correspondência eletrónica não deixa de ser também «correspondência», nessa medida participando, na sua natureza, do mesmo melindre, em termos de direitos fundamentais, da correspondência física.

Mais até, assumamo-lo sem hesitações: a correspondência eletrónica convoca desafios acrescidos nesta matéria, já que o acesso a uma conta de correio eletrónico permite amiúde aceder a um manancial extraordinário de informação passada, permitindo reproduzir e virtualmente arquivar todo um vasto histórico da pessoa visada, com tudo o que isso significa em termos de clara devassa da vida privada e de proteção de dados pessoais. E de resto importa ainda não perder de vista, numa compreensão atualista da realidade, que a correspondência física vai ficando gradualmente confinada a segmentos menos íntimos ou privados da vida dos envolvidos, ao passo que o correio eletrónico (e outro tipo de mensagens eletrónicas), bem pelo contrário, tem um alcance temático tendencialmente muito mais vasto, mesmo em casos de contas eletrónicas que se esperariam estritamente empresariais ou comerciais.

Vale o que vem de ser dito que entendemos que é ao Juiz de Instrução que cabe, também no domínio do correio eletrónico, receber, analisar e seleccionar o seu conteúdo e determinar a apreensão do que se lhe afigurar, dentro do critério especificamente previsto na Lei do Cibercrime, «ser de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova».

Também aqui o Ministério Público não deixa de ser o titular do inquérito: seja porque o objeto da investigação é o por ele definido; seja porque o se e o quando da diligência e a eventual especificação das finalidades desta, no contexto do objeto do processo, resulta também do por ele estabelecido. E de novo, também aqui o que esse regime consagra é o tal equilíbrio entre os interesses da investigação e os da proteção dos direitos fundamentais atingidos, procurando satisfazer uns e outros em medida constitucionalmente aceitável: o conteúdo do correio eletrónico pode servir de prova, conquanto se observem certos requisitos, entre os quais a intervenção primacial do Juiz de Instrução – nada vemos de estranho nisto.

Vale a pena ter presente o que o Tribunal Constitucional diz sobre a intervenção do Juiz de Instrução em inquérito, num processo de estrutura acusatória e em que a direção do inquérito cabe ao Ministério Público (Ac. nº 687/2021, www.tribunalconstitucional.pt):

«(...) não pode (...) 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 (...) 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.»

Voltando ao recurso: o que resulta da solução jurídico-material propugnada pelo Recorrente é que, feita a abertura do suporte digital pelo Juiz de Instrução e eventualmente operada por este uma primeira seleção de ficheiros manifestamente estranhos ao objeto do processo, todo o restante material é disponibilizado ao Ministério Público, para análise e proposta de seleção do

que em seu juízo terá «grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova».

Dessa forma processadas as coisas, frustra-se a intenção legislativa de circunscrever ao Juiz de Instrução o acesso ao conteúdo da correspondência na fase pré-seleção e abre-se a porta a uma ampla devassa daquela. Obviamente sem nenhuma intenção de menoscabo para com os profissionais em apreço, sempre diremos que a partir do momento em que o correio eletrónico é dessa forma disponibilizado «à investigação» (que tudo analisará, só ulteriormente propondo ao Juiz de Instrução que apreenda e/ou determine a junção aos autos), isso significará o virtual acesso a informação privada e até eventualmente íntima, a um ou vários Magistrados do Ministério Público e a um conjunto potencialmente vasto de profissionais dos Órgãos de Polícia Criminal.

Acrescente-se que não vemos bem como possa conceber-se suficiente, do ponto de vista da tutela dos direitos fundamentais em apreço, que o papel do Juiz de Instrução passe, no fundo, apenas pela execução de uma tarefa prática de desencapsulamento e eventual abertura formal dos ficheiros, sem um real e extenso contacto material com os mesmos, ainda que, nesse momento, possa até lograr proceder à desconsideração liminar de ficheiros manifestamente estranhos ao objeto da investigação: na leitura que fazemos da lei, interpretada à luz das exigências constitucionais, compete ao juiz não apenas abrir o correio e lê-lo, como ainda fazer o tal juízo, logo nesse momento inicial, se há ou não um «grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova», à semelhança do que sucede com a correspondência física.

Este esquema interpretativo decerto que acarreta dificuldades de monta na prática do Juiz de Instrução, mormente quando o correio eletrónico em causa tem um volume extremo; mas não está ele, na execução concreta dessa sua tarefa, impedido de se socorrer até certo ponto de mecanismos automatizados de busca que supervisione de forma próxima, como não está impedido de nomear técnico(s) idóneo(s) para o auxiliar nessa tarefa, como aliás a Sra. Juíza de Instrução pretende aqui fazer.

O que temos por certo, tanto quanto é possível dizê-lo na incerteza jurídica que reina nesta matéria, é que esta posição que situa a intervenção do Juiz de Instrução nas tarefas, não só de abertura dos ficheiros e de decisão de apreensão, como ainda na própria seleção das mensagens, é aquela que garante que não é outrem, que não o juiz das liberdades e/ou quem de si direta e funcionalmente dependa e se encontra identificado nos autos, a

aceder a conteúdo por natureza sensível. As normas constitucionais ligadas à proteção de direitos fundamentais não servem para uma tutela meramente teórica ou ilusória; servem para uma tutela real e efetiva e isso passa, entre o mais, por conter ao mínimo indispensável o acesso à correspondência, seja esta física ou eletrónica e, tendo este acesso que existir, que seja realizado pela entidade que justamente encabeça, na arquitetura processual penal e constitucional, a função de garante dos direitos fundamentais, a partir de um papel neutral.

Dito isto, andemos um pouco além, olhando a jurisprudência constitucional e europeia com interesse mais próximo na matéria.

Recordemos antes de mais o art. 17º da Lei do Cibercrime:

«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 afigurem ser de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova, aplicando-se correspondentemente o regime da apreensão de correspondência previsto no Código de Processo Penal.»

Ora, surgiu entretanto uma proposta de alteração a este art. 17º, por via do Decreto nº 167/XIV, aprovado pela Assembleia da República em D de M de 2021, publicado no Diário da Assembleia da República, Série II-A, número 177, de 29 de julho de 2021; pretendia-se com essa proposta que o preceito passasse a ter a seguinte redação:

«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 electrónico 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.»

A Exposição de Motivos da Proposta de Lei do Governo que levou ao assinalado diploma contém a explicação da intenção legislativa:

«(...) aproveita-se o ensejo para ajustar o artigo 17.º da Lei do Cibercrime, cujo teor tem gerado conflitos jurisprudenciais que prejudicam a economia processual e geram dúvidas desnecessárias.

Este ajustamento tem como propósito clarificar o modelo de apreensão de correio eletrónico e da respetiva validação judicial.

Visa-se, por um lado, esclarecer que a apreensão de mensagens de correio eletrónico ou de natureza similar está sujeita a um regime autónomo, que vigora em paralelo com o regime da apreensão de correspondência previsto no Código de Processo Penal. Este último regime apenas se aplica à apreensão de mensagens de correio eletrónico ou de natureza similar a título subsidiário, e com as necessárias adaptações.

Visa-se, por outro lado, esclarecer que a apreensão de mensagens de correio eletrónico ou de natureza similar guardadas num determinado dispositivo, embora incidindo sobre dados informáticos de conteúdo especial, não é tecnicamente diferente da apreensão de outro tipo de dados informáticos. Assim, deve o Ministério Público, após análise do respetivo conteúdo,

apresentar ao juiz as mensagens de correio eletrónico ou de natureza similar 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.

Esta solução procura replicar, no domínio das mensagens de correio eletrónico ou de natureza similar, a solução presentemente aplicável aos dados e documentos informáticos cujo conteúdo possa revelar dados pessoais ou íntimos, pondo em causa a privacidade do respetivo titular ou de terceiro, nos termos do n.º 3 do artigo 16.º da Lei do Cibercrime».

Da análise da redação proposta à luz do que pode ler-se na Exposição de Motivos depreendia-se um propósito do legislador em pôr fim a algumas das divergências que vinham sendo notadas nesta matéria; e concretiza esse seu propósito, entre o mais, estabelecendo que é o Ministério Público quem procede, em primeira linha, à seleção do correio eletrónico que considere de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova, que apresenta, num segundo momento, ao juiz, cuja junção aos autos ponderará. Pretendia-se destarte aproximar o regime da apreensão do correio eletrónico ao da apreensão dos «dados ou documentos informáticos cujo conteúdo seja susceptível de revelar dados pessoais ou íntimos», e do mesmo passo autonomizá-lo do regime da apreensão da correspondência física, embora mantendo a referência à aplicação subsidiária deste.

Ora, sobre esta proposta de alteração do art. 17º o Tribunal Constitucional veio a tomar posição (Ac. do TC nº 687/2021, in www.tribunalconstitucional.pt), pronunciando-se pela inconstitucionalidade do diploma, «na parte em que altera o artigo 17.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, por violação das normas constantes dos artigos 26.º, n.º 1, 34.º, n.º 1, 35.º, n.ºs 1 e 4, 32.º, n.º 4, e 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa».

Entendeu portanto o Tribunal Constitucional que as alterações preconizadas violavam a Constituição da República Portuguesa em matéria de «reserva da intimidade da vida privada» (art. 26º, nº 1), de «inviolabilidade da correspondência e dos outros meios de comunicação privada» (art. 34º), de «proteção de dados pessoais» (art. 35º, nºs 1 e 4), de «reserva de juiz em matéria de direitos fundamentais» (art. 32º, nº 4), lidos em conjugação com o «princípio da proporcionalidade na restrição de direitos, liberdades e garantias» (art. 18º, nº 2).

Vejamos um pouco mais de perto este importante acórdão nas linhas que se seguem.

Começa o Tribunal Constitucional por sublinhar que não pode deixar de procurar uma orientação que esteja em linha com os parâmetros de proteção de direitos fundamentais acolhidos no panorama europeu. E a esse nível observa a centralidade da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), e em particular:

- quanto à CDFUE, os seus artigos 7º, 8º e 52º, nº 1, que consagram, respetivamente: (i) o direito de todas as pessoas ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações; (ii) o direito de todas as pessoas à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito – os quais devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei, ficando o cumprimento destas regras sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente; e (iii) a garantia de que qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela CDFUE deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades, na observância do princípio da proporcionalidade, o que implica que essas restrições só possam ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros;

- quanto à CEDH, o art. 8º, que consagra o direito de qualquer pessoa ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência, do qual decorre a proibição de ingerência por parte das autoridades públicas no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Depois, alude o Tribunal Constitucional ao acervo jurisprudencial do TJUE e do TEDH e ao conjunto de princípios e requisitos que, desenvolvidos em áreas próximas, são transponíveis para a problemática da apreensão de mensagens de correio eletrónico e outras de natureza similar, para fins de investigação, deteção e repressão de infrações penais.

No quadro do TJUE, sublinha-se aí:

A) A indissociável ligação entre os direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais (Acs. do TJUE de 9/11/2010, Volker, procs. C-92/09 e C-93/09, n.º 47 e de 8/04/2014, Digital Rights Ireland, procs. C-293/12 e C-594/12, n.º 29); e ainda que o art. 7º, relativo ao respeito pela vida privada e familiar, ao domicílio e às comunicações, reproduz o art. 8º da CEDH, devendo ser interpretado com o mesmo sentido e alcance deste, nos termos do art. 52º, n.º 3 da CDFUE, em conformidade com a interpretação provinda do TEDH (Ac. do TJUE de 15/11/2011, Dereci, proc. C-256/11, n.º 70);

B) A inadmissibilidade de um acesso generalizado a dados conservados, exigindo-se, ao contrário, a existência de um controlo prévio, levado a cabo por um órgão jurisdicional ou por uma entidade administrativa independente, na sequência de um pedido fundamentado da autoridade nacional competente (Acs. do TJUE Tele2, de 21/12/2016, Proc. C-203/15 e C-698/15 e Privacy International, de 6/10/ 2020, Processo C-623/17, e Prokuratuur (Conditions d'accès aux données relatives aux communications électroniques), de 2/03/2021, Processo C-746/18);

C) A falta de condições de independência do Ministério Público, enquanto órgão titular da investigação, para desempenhar essa tarefa de controlo prévio, por ser exigível que a entidade em causa disponha de todas as atribuições e apresente todas as garantias necessárias com vista a assegurar, a partir de uma posição de neutralidade, uma conciliação dos diferentes interesses e direitos em causa e nomeadamente entre, por um lado, os interesses ligados às necessidades do inquérito e, por outro, os direitos fundamentais ao respeito da vida privada e à proteção dos dados pessoais às quais o acesso diz respeito (cfr. o citado Ac. do TJUE Prokuratuur, n.ºs 52 e 54 a 57);

D) E colocado o TJUE perante a questão de saber se a falta de fiscalização prévia efetuada por uma autoridade independente poderia ser suprida por uma fiscalização posterior, veio a reforçar que, salvo em caso de urgência devidamente justificada (e mesmo nesta exceção o controlo posterior há de ser efetuado em prazos curtos), a fiscalização independente deve ser efetuada previamente a qualquer acesso; e isto é assim porque essa fiscalização posterior não permitiria responder ao objetivo de uma fiscalização prévia, que consiste em impedir que seja autorizado o acesso aos dados em causa que ultrapasse os limites do estritamente necessário (cfr. o citado Ac. do TJUE Prokuratuur, n.º 58).

Da jurisprudência analisada e em particular dos casos Prokuratuur, no TJUE, e Big Brother Watch, do TEDH, ainda que não exatamente sobre a mesma problemática aqui em causa, insista-se, retira o Tribunal Constitucional ensinamentos a respeito de duas problemáticas: (i) se o Ministério Público tem ou não aptidão para atuar como terceiro imparcial ou neutral relativamente ao litígio, capaz de levar a cabo uma ação de controlo prévio das restrições a direitos fundamentais; (ii) e se é imperativa uma intervenção jurisdicional numa fase prévia à restrição desses mesmos direitos fundamentais ou se será suficiente a sua ratificação ulterior.

Em seguida, o Tribunal Constitucional revisita a sua própria jurisprudência no que concerne à restrição dos direitos fundamentais em causa, reiterando que a intenção do legislador constituinte foi a de limitar significativamente a possibilidade e a amplitude, quer de restrições legais, quer de atuações restritivas das autoridades públicas, no que toca à proteção atribuída à correspondência, às telecomunicações e a outros meios de comunicação privada; e quanto à repartição de competências, no inquérito, entre o Ministério Público e o Juiz de Instrução, não deixa de recordar, coincidentemente com jurisprudência pacífica, que é da competência do Ministério Público decidir e proceder à prática dos atos de investigação ou de recolha de provas, com a única ressalva dos que importem ofensa ou restrição de direitos fundamentais, que carecem, segundo os casos, de ser ordenados ou autorizados ou até realizados exclusivamente pelo juiz, sendo que, mesmo quanto a estes últimos, não deixa de continuar a reconhecer-se ao Ministério Público um poder de impulso processual, cabendo-lhe a faculdade de requerer a sua autorização e/ou a sua prática pelo juiz competente.

Ilustra até o Tribunal Constitucional a sua posição, nesta matéria, com a jurisprudência relativa à colheita coativa de vestígios biológicos para determinação do perfil genético, referindo que uma intervenção ulterior do Juiz de Instrução não teria a virtualidade de desfazer a restrição dos direitos entretanto irremediavelmente afetados com a medida (Acs. do TC nºs 155/2007 e 228/2007).

Debruçando-se então sobre a nova redação proposta para o art. 17º da Lei do Cibercrime pelo Decreto nº 167/XIV sob análise, o Tribunal Constitucional constata que a escolha das mensagens a apresentar ao juiz, para o controlo ex post previsto no nº 4 da norma exigirá algum tipo de pré-seleção por parte do Ministério Público e, nessa medida, ainda que a intervenção nos direitos fundamentais não se tenha transformado num espaço livre de controlo

jurisdicional, tal não evitará, porém, e entre o mais, a tomada de conhecimento indevida de dados de conteúdo e de tráfego relativos ao correio eletrónico de eventuais arguidos ou de terceiros, por parte do Ministério Público ou dos Órgãos de Polícia Criminal e tais intervenções, sendo abusivas, não são passíveis de integral reparação: ao contrário por exemplo do que sucede com os objetos apreendidos, que podem ser devolvidos incólumes ao legítimo proprietário, a violação de privacidade, quer quanto ao sigilo das comunicações, quer quanto à reserva de dados pessoais, não pode ser desfeita - o que o Ministério Público ou o Órgão de Polícia Criminal atuante viu, indevidamente, não pode deixar de estar visto, mesmo que a informação não seja junta aos autos.

Aqui chegados, afigura-se-nos portanto que a Sra. Juíza de Instrução, no despacho recorrido, mais não faz que dar cumprimento à sua tarefa de, enquanto entidade neutral no inquérito, procurar o equilíbrio entre os interesses da investigação e os direitos fundamentais em causa, garantindo, no fundo, que não serão vistas por outrem que não ela própria (e quem ela designe para a assessorar na tarefa) as mensagens de correio eletrónico que não veja como de «grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova».

Um procedimento como o preconizado pelo Recorrente levaria na prática o Ministério Público e os Órgãos de Polícia Criminal, num espectro de pessoas que pode em tese ser numericamente bastante alargado, a acederem efetivamente a um manancial massivo de informação pessoal sem qualquer interesse, ou com um interesse marginal, para a descoberta da verdade ou para a prova, com isso obliterando o que as garantias constitucionais procuram salvaguardar.

O despacho recorrido está pois plenamente de acordo com aquilo que nos parece dever retirar-se da jurisprudência constitucional, a qual, por sua vez, está alinhada com o que de mais relevante e atual se conhece da produção do TJUE e do TEDH.

*

Não terminaremos sem aqui deixar algumas observações finais, a respeito de outros tantos argumentos que por vezes se encontram entre os defensores de posição distinta daquela que aqui acolhemos.

§ 1 – A nossa Constituição e o Código de Processo Penal visam, não apenas a proteção dos arguidos ou de quem é visado pelas diligências investigatórias,

mas também a descoberta da verdade material e a prova e, nessa medida, aspiram à proteção da comunidade e à salvaguarda dos direitos e interesses das vítimas

Nada temos naturalmente a objetar a esta afirmação de princípio. A questão está em saber, perante uma dada realidade em que os vários direitos e interesses se encontram em conflito, como há de este conflito ser resolvido e nomeadamente qual o ponto ótimo de concordância prática entre os vetores contrastantes.

§ 2 - Arrogar-se o Juiz de Instrução a fazer a seleção da correspondência eletrónica implica adotar garantias de procedimento superiores às existentes em matéria de escutas telefónicas, previstas no art. 188º do Código de Processo Penal, o que não se compreende, dentro da lógica e da coerência internas do sistema

A base jurídica de apoio deste argumento não é inteiramente segura. Não nos esqueçamos que o art. 189º do Código de Processo Penal prescreve, no seu nº 1, que «o disposto nos artigos 187º e 188º é correspondentemente aplicável às conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone, designadamente correio eletrónico (...)». O que sucedeu, com o surgimento da Lei do Cibercrime em 2009, é que o âmbito de aplicação do apontado art. 189º passou a estar circunscrito às conversações ou comunicações a intercetar, e não às já realizadas e se encontrem armazenadas (Tiago Caiado Milheiro, Comentário Judiciário do Código de Processo Penal, Tomo II, 3ª edição, 2021, Almedina, pg. 827; vide ainda, em lugar paralelo, os Acs. da RP de 4/12/2019 e 7/03/2017, relatados por Moreira Ramos e Artur Vargues, respetivamente, in www.dgsi.pt).

Daí que exista efetivamente uma diferença de regime, sim, mas que resulta de uma opção legislativa em distinguir as comunicações passadas daquelas que estão ainda a decorrer ou decorrerão no futuro imediato, distinção esta que não temos motivo para rotular de desrazoável, sabendo-se, na verdade, que é de coisas diferentes aquilo de que se trata.

Uma coisa é a escuta telefónica, que se autoriza para o futuro imediato, cuja operacionalização carece pela sua natureza de ser acompanhada de forma próxima, dentro de prazos curtos, quantas vezes por referência a uma multiplicidade de alvos e que abrangem conversações que, aqui e ali, haverá até interesse em serem ouvidas em tempo real pelos Órgãos de Polícia Criminal por questões de eficácia da investigação e concatenação com outros procedimentos de tática policial e recolha de prova - compreende-se em suma

que o legislador tenha percebido a essencialidade de convocar, para execução e intervenção nos procedimentos, os Órgãos de Polícia Criminal e o Ministério Público.

Coisa diferente é a correspondência eletrónica passada, que por natureza se reporta a algo que já aconteceu e cuja análise não carece, por norma, de uma indagação imediata.

Também aqui se faz sentir o princípio da contenção máxima na restrição de direitos fundamentais. Aquilo que em sede de escuta real pode tolerar-se, à luz de critérios de necessidade, adequação, proporcionalidade e razoabilidade, pode já não ser de aceitar na análise do correio eletrónico passado, sendo certo que este, como dissemos há pouco, reporta-se amiúde a um vasto histórico privado da pessoa visada.

§ 3 – Sendo o Juiz de Instrução a primeira pessoa a abrir o suporte digital que contém os ficheiros de correio eletrónico, pode proceder, logo aí, à exclusão daqueles que forem manifestamente estranhos ao processo; e com isso fica garantida proteção suficiente dos direitos fundamentais em causa

A partir do momento em que começa a ler-se o correio eletrónico de alguém, ocorre por natureza uma ingerência nos direitos fundamentais do titular da conta e das pessoas com quem este se relacionou nos contactos estabelecidos. Esta ideia é incontornável. E é por isso mesmo que se exige uma intervenção ativa e não meramente formal ou de aparências do juiz dos direitos, liberdades e garantias: tendo só ele acesso ao correio eletrónico em busca de mensagens ou documentos com «grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova», eventualmente com a coadjuvação de terceiro(s) na sua dependência funcional, fica garantida a menor ingerência possível em tais direitos fundamentais. É a solução ideal do ponto de vista da investigação?

Decerto que não; mas esse é invariavelmente o ponto de partida e muitas vezes de chegada de uma discussão em torno de direitos e interesses conflitantes: o compromisso, a cedência, a concordância prática, a otimização possível de todos. E sendo certo, insista-se, que o Ministério Público pode deixar bem esclarecido o objeto da investigação e a finalidade práctico-jurídica da pesquisa a encetar no correio eletrónico, em ordem a que o Juiz de Instrução, dentro do inquérito de que não é o dominus, possa proceder a uma seleção suficientemente capaz.

§ 4 – Colocar o Juiz de Instrução perante uma imensidão de mensagens de correio eletrónico, como se estivesse com uma faca de abrir envelopes na mão, não é congruente com a realidade digital dos nossos dias

É inteiramente verdade que a tarefa do Juiz de Instrução não é fácil, neste contexto, por aí também se louvando, aliás, a postura da Sra. Juíza de Instrução ao assumir a posição que assumiu no despacho recorrido. Não deixa também de ser verdade, contudo, que o Juiz de Instrução não trabalha necessariamente sozinho, ao jeito de «faca de abrir envelopes na mão»; também aí o mundo está em mudança. Pode o Juiz de Instrução, nomeadamente: (i) recorrer ao serviço de pessoa(s) que nomeie para o auxiliar na execução dessa tarefa, sob sua dependência funcional, tarefa que, afinal de contas, diga-se, sempre teria que ser realizada por alguém; (ii) fazer uso de palavras-passe que o habilitem a uma pesquisa mais fina, dentro do objeto sob investigação (palavras-passe cuja definição até pode ter lugar com o prestimoso contributo, neste segmento, do Ministério Público e, se porventura tal for tido como compatível com a eficácia da investigação e o regime de sigilo dos autos, do próprio titular da conta de correio eletrónico); (iii) ou recorrer, desde que em ambiente seguro, a ferramentas de inteligência artificial.

§ 5 – A efetiva e maior compressão do direito à reserva da vida privada ocorre com a incorporação do conteúdo do correio eletrónico nos autos; não no momento em que se procede à sua análise

Conforme decorre do que já deixámos dito, não podemos ignorar que a leitura do correio eletrónico de uma conta titulada por terceiro, seja essa leitura feita por Juiz de Instrução, pelos Magistrados do Ministério Público ou por elementos dos Órgãos de Polícia Criminal, representa já uma ingerência nos direitos fundamentais em causa. O que se procura é minimizar essa ingerência, restringindo o acesso ao correio eletrónico à pessoa que, na arquitetura constitucional e processual penal, ocupa um papel neutral e que corporiza o equilíbrio entre os interesses da investigação e a máxima limitação na restrição de direitos fundamentais.

c) Confronto entre acórdão fundamento e acórdão recorrido:

No acórdão fundamento, está em causa situação em que na sequência de exame pericial complementar realizado em inquérito, foi extraído correio eletrónico de um telemóvel que, sem qualquer visualização, foi gravado em suporte autónomo, tendo o M.P. promovido que o Mmº Juiz de Instrução

Criminal procedesse à abertura e primeira visualização dos ficheiros que contêm correio eletrónico, excluísse os que pudessem contender com a reserva da vida privada e autorizasse o Ministério Público a selecionar o correio eletrónico que se afigurasse relevante para a descoberta da verdade, para depois promover a sua junção aos autos.

No acórdão recorrido, resulta do correspondente teor estar em causa situação em que o Ministério Público tinha promovido que se autorizasse a realização e junção aos autos de cópia digital forense dos suportes digitais, contendo os dados extraídos dos computadores telemóvel, “tablet” e “pen drives” apreendidos, incluindo toda a correspondência eletrónica, com vista a ulterior seleção, análise e decisão sobre a eventual junção aos autos.

No acórdão fundamento, o recurso incidiu sobre despacho que indeferiu a pretensão do Ministério Público, de proceder à seleção das mensagens de correio eletrónico e dos registos de comunicações de natureza semelhante relevantes para a prova, negando-lhe autorização para o efeito.

No acórdão recorrido o recurso incidiu sobre despacho que autorizou a realização e junção aos autos de cópia digital forense dos suportes digitais, contendo os dados extraídos dos computadores apreendidos, bem como do telemóvel, do “tablet” e das “pen drive”, incluindo toda a correspondência eletrónica, com vista a ulterior seleção, análise e decisão sobre a eventual junção aos autos, negando ao M.P. a possibilidade de proceder a essa seleção, mas facultando-lhe a possibilidade de indicar um órgão de polícia criminal a fim de ser nomeado, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 55º, nº 1, do Código de Processo Penal, para coadjuvar o juiz de instrução na pesquisa, identificação e seleção de ficheiros de correio eletrónico e outras comunicações de natureza semelhante que apresentem relevância para a investigação em curso, para ulterior autorização da sua efetiva apreensão e utilização probatória nos autos.

No acórdão fundamento, o Tribunal da Relação, concedendo provimento ao recurso do Ministério Público, revogou o despacho recorrido e determinou a sua substituição por outro que, após a abertura e primeira visualização pelo juiz de instrução e, após exclusão das mensagens/dados informáticos que possam contender com a reserva da vida privada e que não tenham relevância para a prova, faculte ao Ministério Público o acesso aos dados apreendidos, a fim de selecionar o correio eletrónico que se afigure relevante para a descoberta da verdade e para a prova (...) apresentando-os em seguida ao juiz

de instrução em ordem a determinar (ou não) a respetiva junção aos autos, nos termos previstos no artigo 179º, nº 3 do Código de Processo Penal.

No acórdão recorrido, o Tribunal da Relação negou provimento ao recurso, resultando da fundamentação, nomeadamente, na sua reta final, em síntese abrangente, resultar essa posição da necessidade de restringir (...) o acesso ao correio eletrónico à pessoa que, na arquitetura constitucional e processual penal, ocupa um papel neutral e que corporiza o equilíbrio entre os interesses da investigação e a máxima limitação na restrição de direitos fundamentais.

Sintetizando, para melhor apreensão dos termos do problema, o que resulta deste confronto é o seguinte:

No acórdão fundamento (processo nº 3217/17.5JFLSB).

- O recurso incidiu sobre o despacho proferido em 1ª instância que indeferiu a pretendida autorização para o Ministério Público proceder à seleção das mensagens de correio eletrónico e dos registos de comunicações de natureza semelhante relevantes para a prova;
- O Tribunal da Relação concedeu provimento ao recurso, facultando ao Ministério Público (após primeira triagem pelo juiz de instrução, excluindo mensagens/dados informáticos que possam contender com a reserva da vida privada e que não tenham relevância para a prova) o acesso aos dados apreendidos, a fim de selecionar o correio eletrónico que se afigure relevante para a descoberta da verdade e para a prova (...) apresentando-os em seguida ao juiz de instrução em ordem a determinar (ou não) a respetiva junção aos autos, nos termos previstos no artigo 179º, nº 3 do Código de Processo Penal.

No acórdão recorrido (processo nº 40/21.6TELSB-A.L1):

- O recurso incidiu sobre despacho em que a Mma. Juiz de Instrução a quo assumiu a competência para proceder à seleção das mensagens de correio eletrónico a juntar ao inquérito, por relevantes para a prova;
- O Tribunal da Relação negou provimento ao recurso, reservando inteiramente ao Juiz de Instrução Criminal o acesso ao correio eletrónico apreendido e seleção do correio com utilidade para a prova e, portanto, com relevo para junção ao inquérito.

Perante um tal enquadramento, oferece-se como evidente a prolação de dois acórdãos, ambos do Tribunal da Relação de Lisboa, que tendo subjacentes as mesmas normas jurídicas e perante idêntica questão de direito – a de saber se

a seleção, para inclusão nos autos de inquérito, de mensagens apreendidas, guardadas em ambiente digital, compete ao M.P. ou ao Juiz de Instrução – adotaram soluções diversas, porquanto o acórdão fundamento deferiu ao M.P. a possibilidade de proceder à seleção das mensagens com relevância para o inquérito, enquanto que o acórdão recorrido lhe negou essa possibilidade, reservando-a ao Juiz de Instrução Criminal;

No lapso temporal que intermediou a prolação dos dois acórdãos não se verificou modificação legislativa que interfira, directa ou reflexamente, na solução da questão de direito controvertida, ou seja, os acórdãos foram proferidos no domínio da mesma legislação;

Concomitantemente, verifica-se uma identidade das situações de facto subjacentes aos acórdãos em conflito, tanto quanto é certo que em ambos os casos na sequência de apreensões efetuadas em diligências de inquérito houve apreensão de correspondência guardada em ambiente digital e suscitou-se a questão da necessidade de selecionar a correspondência com relevo para a investigação.

Sendo certo, por fim, que as decisões em confronto são decisões expressas, não decisões meramente implícitas e, como decorre dos parâmetros anteriormente referidos, constituem acórdãos de tribunais superiores, no caso, do mesmo Tribunal da Relação.

Consequentemente, revela-se uma oposição de julgados, estando verificados todos os requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário de fixação de jurisprudência.

Deve, pois, prosseguir o presente recurso, nos termos previstos na parte final do nº 1 do art. 441.º do Código de Processo Penal.

III – Dispositivo:

Pelo exposto, acordam na 5ª Secção do Supremo Tribunal de justiça em julgar verificada a oposição de julgados, determinando, consequentemente, o prosseguimento do recurso extraordinário de fixação de jurisprudência, interposto pelo Ministério Público.

Sem tributação.

Notifique.

Supremo Tribunal de Justiça, 12 de janeiro de 2026

(processado pelo relator com recuso a meios informáticos e revisto por todos os signatários)

Jorge Jacob (Relator)

Ernesto Nascimento

Vasques Osório

Presidente da Secção: Helena Moniz

Acórdão do STJ de 30.10.2019, processo nº 2701/11.9 T3SNT.L1-A.S1. Texto integral em:

<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/19b4ee3a008439ad802584a300594b74?OpenDocument>↵

Idem↵

- Código de Processo Penal Comentado, anot. ao art. 437º.↵

• Tiago Caiado Milheiro, Comentário Judiciário do Código de Processo Penal, Tomo V, anot. ao art. 437º↵