

■ FORMAÇÃO CONTÍNUA ■

Direito probatório, substantivo e processual penal

2019

Jurisdição Penal e Processual Penal

Outubro 2019

INCLUI

*A Verdade do
Magistrado e a
Verdade do Escritor:
Alguma se Escreve
no Singular?*

Cláudia Cruz Santos

Diretor do CEJ

João Manuel da Silva Miguel, Juiz Conselheiro

Diretores Adjuntos

Paulo Alexandre Pereira Guerra, Juiz Desembargador

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, Procurador-Geral Adjunto

Coordenador do Departamento de Formação

Edgar Taborda Lopes, Juiz Desembargador

Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais

Helena Leitão, Procuradora da República

Grafismo

Ana Caçapo - CEJ

Capa

Bancos no edifício do CEJ

Foto

Paulo Rainho - CEJ

Chamada de capa:

Baseada na capa do livro “Nenhuma verdade se escreve no singular”

Bertrand Editora, 2017

Direito Probatório, Substancial e Processual Penal foi o nome da acção de formação que teve lugar a 22 de Fevereiro de 2019, organizada pela Jurisdição Penal do Centro de Estudos Judiciários.

A matéria é das mais relevantes em termos da prática judiciária e as reflexões que foram feitas pelo Juiz Conselheiro Santos Cabral (sobre prova directa e indirecta), pelo Juiz de Direito Tiago Caiado Milheiro (sobre prova por ADN) e pelo Procurador da República Rui Cardoso (apreensão de mensagens de correio electrónico) resultam agora espelhadas em texto, o que permite a apreciação e aproveitamento por todos/as interessados/as.

No *e-book* inclui-se ainda um texto da autoria da Professora (e Escritora) Cláudia Cruz Santos que corresponde à Acção de Formação “Retórica e Literatura” (19/11/2018), em que foi abordada a questão da verdade processual, matéria com toda a pertinência para a compreensão do tema geral desta publicação.

Esta “Coleção Formação Contínua” permite ao CEJ dar corpo ao objectivo de divulgar em “canal aberto” o resultado das formações que organiza em primeira linha para os/as magistrados/as portugueses/as, mas também para a restante comunidade jurídica.

(ETL)

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Ficha Técnica

Nome:

Direito probatório, substantivo e processual penal – 2019

Jurisdição Penal e Processual Penal:

Rui Cardoso – Procurador da República, Coordenador da Jurisdição e Docente do CEJ

Helena Susano – Juíza de Direito e Docente do CEJ*

José Quaresma – Juiz Desembargador e Docente do CEJ

Alexandre Au-Yong Oliveira – Juiz de Direito e Docente do CEJ

Susana Figueiredo – Procuradora da República e Docente do CEJ

Patrícia Naré Agostinho – Procuradora da República e Docente do CEJ

Valter Santos Batista – Procurador da República e Docente do CEJ

Coleção:

Formação Contínua

Plano de Formação 2018/2019:

Direito probatório, substantivo e processual penal – 22 de fevereiro de 2019 (programa)

Retórica e Literatura – 19 de novembro de 2018 (programa)

Conceção e organização:

Jurisdição Penal e Processual Penal

Intervenientes:

Cláudia Cruz Santos – Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Escritora

Santos Cabral – Juiz Conselheiro, Supremo Tribunal de Justiça

Tiago Caiado Milheiro – Juízo de Execução da Maia

Rui Cardoso

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes – Juiz Desembargador, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

* Coordenadora da Jurisdição até 30/09/2019.

Notas:

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos/as seus/suas Autores/as não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):

AUTOR(ES) – **Título** [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet: <URL:>. ISBN.

Exemplo:

Direito Bancário [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na

internet: <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf.

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

Identificação da versão	Data de atualização
1.ª edição –28/10/2019	05/11/2019


Direito probatório, substantivo e processual penal

– 2019 –

Índice

1. A Verdade do Magistrado e a Verdade do Escritor: Alguma se Escreve no Singular?	9
Cláudia Cruz Santos	
2. Prova directa e indirecta	23
Santos Cabral	
3. Prova por ADN – recolha, preservação, comparação e valoração	35
Tiago Caiado Milheiro	
4. Apreensão de mensagens de correio electrónico e de natureza semelhante	61
Rui Cardoso	

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



**1. A Verdade do Magistrado e a Verdade do Escritor:
Alguma se Escreve no Singular?**

Cláudia Cruz Santos

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

1. A VERDADE DO MAGISTRADO E A VERDADE DO ESCRITOR: ALGUMA SE ESCRIVE NO SINGULAR?

Cláudia Cruz Santos*

1. Considerações introdutórias
2. A descoberta da verdade como uma das finalidades do direito processual penal
3. Algumas notas soltas sobre o sentido da verdade que o magistrado procura

1. Considerações introdutórias

O gentil convite, endereçado pelo Centro de Estudos Judiciários, para participar, a 19 de Novembro de 2018, na Acção de Formação Contínua “Retórica e Literatura”, com uma comunicação intitulada “A Verdade do Magistrado e a Verdade do Escritor – Alguma se Escreve no Singular?”, adquiriu para mim um significado especial na medida em que foi precisamente no Largo do Limoeiro que, no final de Junho de 2016, escrevi as primeiras páginas do meu romance *Nenhuma Verdade se Escreve no Singular*¹, sem imaginar, na altura, que tais ideias dispersas viriam, depois, a ser publicadas sob a forma de livro.

Esta feliz circunstância levou-me a resolver esboçar algumas ideias sobre a verdade e a distinta importância que, pelo menos a um primeiro olhar, ela adquire para o magistrado ou para o escritor. A verdade parece importar necessariamente muito mais ao magistrado do que ao escritor. Este está livre da verdade, pelo menos no domínio da ficção, e não só não precisa de lhe prestar tributo como pode até estar, pelo menos em alguns casos, dispensado da coerência. O seu único limite é o da sua própria imaginação.

O magistrado, pelo contrário, parece estar mais amarrado à verdade, ainda que se possa questionar que verdade é essa e que peso adquire ela no contexto da sua actividade decisória. O enfrentamento desta problemática não prescinde, porém, de uma precisão: tomarei como exemplo apenas a actuação do magistrado no processo penal, quer se trate do magistrado do Ministério Público, quer se trate do juiz.

No já longínquo século XV, D. Duarte I, no seu Leal Conselheiro, tratando as virtudes do juiz perfeito, dava destaque à capacidade de descobrir a verdade (além da rectidão de carácter, do conhecimento, da temperança ou aptidão para julgar sem parcialidade e da fortaleza ou capacidade de julgar sem medo)².

Mais recentemente, António Henriques GASPAR, a propósito de uma distinção entre o sentido da actuação do juiz da *common law* e do juiz continental, explica que cabe a este uma “tarefa de enunciação da verdade judiciária”, esclarecendo que “a dimensão factual – verdade judiciária ou processual – constitui, no rigor das coisas, o *punctum saliens* do julgamento e

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito de Coimbra.

¹ *Nenhuma Verdade se Escreve no Singular* foi publicado pela Bertrand no final de 2017.

² Cfr. António Pedro BARBAS HOMEM, *Judex Perfectus – Função Jurisdicional e Estatuto Judicial em Portugal 1640-1820*, Almedina: 2003, p. 600.

onde se manifesta a interioridade espiritual do acto de julgar. Especialmente no domínio das causas penais, a reconstituição histórico-processual dos factos e a determinação da culpabilidade ou da não culpabilidade constitui o momento decisivo da complexidade do acto de julgar, assumindo a enunciação dos factos a construção da verdade processual. Nos sistemas continentais, esta é tarefa do juiz (...). O juiz é, antes do mais, um “ministro da verdade”, e na enunciação da verdade como base de toda a decisão manifesta-se a dimensão essencial do acto de julgar”³.

2. A descoberta da verdade como uma das finalidades do direito processual penal

É sabido que há vários institutos onde conflituam as finalidades do processo penal⁴ – de descoberta da verdade, por um lado, e de não desprotecção excessiva dos direitos fundamentais do arguido, por outro lado –, e é também seguro que a teleologia do processo penal, num Estado de Direito, supõe a constante procura da solução que mais cabalmente contribua para a *concordância prática*⁵.

Desta específica teleologia do direito processual penal – recortada, de resto, pelo próprio texto constitucional – resultam algumas ideias que estruturam o direito processual penal em qualquer Estado que se pretenda de Direito: a descoberta da verdade não é finalidade que se possa perseguir a qualquer preço; as autoridades judiciais estão vinculadas na sua actuação também pelo respeito pelos direitos fundamentais; a comunidade sobrevive mesmo que alguma criminalidade real não seja objecto de punição (como o confirmam a existência de “cifras negras”); o papel do Ministério Público é tanto acusar caso existam indícios suficientes da prática do crime e de quem é o seu agente, como é arquivar quando tais indícios não sejam obtidos no prazo para tal legalmente admitido; a função do Tribunal é tanto condenar quando existe suporte probatório para uma convicção processualmente fundada sobre a responsabilidade do agente, como absolver sempre que assim não for.

A importância da descoberta da verdade não pode, portanto, ser usada como discurso legitimador monopolista para a desprotecção em medida insuportável dos direitos fundamentais do arguido, sob pena de assim se contribuir não para o aperfeiçoamento da nossa justiça penal (a justiça penal própria de um Estado de Direito) mas porventura para o seu deslizamento em um sentido contrário àquele que deve ser o da própria justiça, o da democracia e o da liberdade.

Por outro lado, e cumpre sublinhá-lo, há casos em que o formalismo imposto para a produção

³ Vd. António Henriques GASPAR, *Justiça, Reflexões Fora do Lugar Comum*, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, p. 22 ss. O Autor não deixa de sublinhar, porém, que essa tarefa de reconstrução da verdade se trata de “uma reconstrução processual”, “não isenta dos riscos de distância em relação à verdade ontológica. Na reconstituição objectiva e na apreciação das provas, a objectividade resulta sempre de alguma subjectividade (...)”.

⁴ Sobre as finalidades do processo penal, cfr. Jorge de FIGUEIREDO DIAS, “O novo Código de Processo Penal”, *Textos Jurídicos I*, Ministério da Justiça, 1987, p. 14.

⁵ Nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, *ult. ob. cit.*, p. 13, sendo as finalidades do processo com frequência antinómicas, cumpre “operar a concordância prática das finalidades em conflito; de modo a que de cada uma se salve, em cada situação o máximo conteúdo possível, optimizando os ganhos e minimizando as perdas axiológicas e funcionais”, mas sempre com o limite intransponível da dignidade humana.

da prova obedece cumulativamente aos propósitos de protecção dos direitos fundamentais do arguido e de favorecimento da descoberta da verdade. É o que sucede, por exemplo, com as exigências associadas à prova por reconhecimento previstas no artigo 147.º do CPP. Ou seja: o afastamento de requisitos necessários à valoração da prova não só atinge as garantias do arguido como contamina a possibilidade de descoberta da verdade, tornando-a menos certa, menos segura, menos verdadeira, poder-se-á dizer. Incumpridos os requisitos da prova por reconhecimento, atingem-se os direitos fundamentais do cidadão. Mas prejudica-se também a descoberta da verdade porque nos desviamos do caminho mais seguro para dar à prova por reconhecimento a segurança devida. E, quando assim é, *não só não se favorece a concordância prática como, pelo contrário, se prejudica o núcleo essencial de ambas as finalidades do processo*.

Nos nossos dias, parece urgente a reafirmação de que esta verdade cuja descoberta constitui finalidade do direito processual penal não é, sem mais, a verdade ontológica ou a verdade histórica, porque existem limites específicos à investigação impostos pelo contexto axiológico que o processo penal também é. Como escreveu Maria Fernanda PALMA, “a investigação criminal, vivendo de uma lógica da singularidade, próxima da criatividade artística, da invenção e de alguma base probabilística, não tem, obviamente, em termos lógicos uma capacidade de atingir a certeza e a verdade, mas sobretudo de suscitar credibilidade e plausibilidade”, pois que “uma estrita lógica de verdade é confrontada com o significado jurídico-constitucional da investigação criminal num processo penal de estrutura acusatória e orientado por princípios de Estado de Direito como o da mínima restrição possível dos direitos fundamentais pelo Direito Penal e pelo Processo Penal”⁶.

Da afirmação de que existem restrições, no processo penal, à descoberta de uma verdade histórica – ou uma “verdade verdadeira”⁷ – não resulta a exclusão da descoberta da verdade

⁶ Cfr. Maria Fernanda PALMA, “Introdução ao direito da investigação criminal e da prova”, *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, Coord. Maria Fernanda Palma/Augusto Silva Dias/Paulo de Sousa Mendes/ Carlota Almeida, Almedina: 2014, p. 10 e p. 13.

⁷ João RAPOSO usa como sinónimos os conceitos de “verdade histórica”, “verdade material” ou “verdade verdadeira” (“O princípio da verdade material – um contributo para a sua fundamentação constitucional”, *Liber Amicorum* de José de Sousa e Brito, Org. Augusto Silva Dias/João António Raposo/ João Lopes Alves/Luís Duarte d’Almeida/Paulo de Sousa Mendes, Almedina: 2009, p. 836 ss) e entende que “porque o princípio da culpa tem uma base ontológica, e não meramente formal, a culpa, que surge na Constituição como pressuposto irrenunciável da pena criminal, tem que ser igualmente uma culpa efectivamente demonstrada no processo penal, assente na demonstração efectiva de todos os elementos da responsabilidade criminal e não numa demonstração presumida, por exemplo, por o réu, como acontece em processo civil, não ter impugnado especificadamente um dos factos constantes da acusação”. Afirma, ainda, a existência de uma “fundamentação constitucional mais ampla para o princípio da verdade material”, decorrente dos “fins e das funções constitucionais do Direito Penal”. Depois de invocar várias previsões constitucionais para concluir que o princípio da verdade material tem consagração constitucional, o Autor questiona-se sobre a possibilidade de se lhe atribuir um conteúdo mínimo e admite que uma solução não será inconstitucional apenas por não permitir a descoberta da verdade, na medida em que se reconhecem outras finalidades ao processo penal, acabando por concluir que “inconstitucional por violação do conteúdo mínimo do princípio da verdade material será então apenas a norma que, em absoluto, não se legitime à luz de uma das outras finalidades constitucionalmente impostas ao processo penal, ou que, legitimando-se embora à luz de uma dessas finalidades, falhe ao operar a necessária concordância prática, não conseguindo salvar, na regulamentação da situação que prevê, o máximo conteúdo possível de ambas as finalidades contraditórias”. Também Fernando CONDE MONTEIRO, depois de afirmar que “o direito processual penal busca obter a verdade material”, se questiona sobre as dificuldades inerentes a investigar factos que aconteceram no passado, concluindo que “o conceito de verdade em debate está condicionado por um conjunto de pressupostos de natureza jurídico-penal e jurídico-processual-penal” (“O problema da verdade em direito processual penal (considerações epistemológicas)”, *Que Futuro para o Direito Processual Penal – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo*

como finalidade do direito processual penal ou a afirmação que por vezes lhe anda associada de que bastaria uma qualquer verdade formal. O que se pretende significar é outra coisa: se a verdade que se quer descobrir através do processo penal é aquela verdade que a doutrina vem apodando de “material” por contraposição a uma verdade formal que se tende a associar (ainda que por vezes de modo simplista) ao processo civil ou ao sistema penal anglo-saxónico, sempre se terá de admitir que existem limites intransponíveis à descoberta dessa verdade, que resultam de outras finalidades igualmente importantes do processo penal, como a protecção perante o Estado dos direitos fundamentais das pessoas. O que equivale a afirmar que podemos ter de nos conformar com a impossibilidade de descobrir a verdade material, retirando daí todas as devidas conclusões inerentes à consagração constitucional da presunção de inocência como verdadeiro pilar do nosso direito processual penal. Mas isto não significa, segundo se crê, que a verdade cuja descoberta constitui finalidade do processo penal seja a verdade formal ou, porventura com mais exactidão, uma verdade diferente da “verdade verdadeira”. Significa, singelamente, que existem limites à descoberta desta “verdade verdadeira” que se procura⁸ e que, por isso, a verdade nunca pode ser alcançada à custa da compressão insuportável de direitos fundamentais, nomeadamente porque assim já não se contribui para a realização da justiça – o que permite concluir que a descoberta da verdade e a realização da justiça não caminham necessariamente de braço dado. Quando se descobre a verdade através da tortura, já não se contribui para a realização da justiça. Quando se absolve invocando, justificadamente, o *in dubio pro reo*, não se descobre a verdade, mas estar-se-á ainda a contribuir para a realização da justiça

Repita-se: a importância da descoberta da verdade histórica ou material não pode, portanto, ser usada como discurso legitimador monopolista para a desprotecção em medida insuportável dos direitos fundamentais do arguido⁹. Ou seja: a realização da justiça¹⁰ não pode

Dias por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coord. Mário Ferreira Monte/Maria Clara Calheiros/Fernando Conde Monteiro/Flávia Noversa Loureiro, Coimbra Editora: 2009, p. 327 ss).

⁸ Compreende-se, porém, a preocupação manifestada por Paulo de SOUSA MENDES com a invocação da verdade material. Nas suas palavras, “não é preciso demonizar a verdade material, nem evocar o trágico passado das confissões extraídas através de tortura, nem sequer recordar o renascimento da verdade material no período do nacional-socialismo (...) para se criticar o princípio da verdade material num Estado de direito liberal e democrático pelo risco que comporta de transformar o arguido num mero objeto de prova”. E acrescenta que “a verdade no processo não é encontrada, mas é construída através de um autêntico procedimento retórico de produção dos factos” (*Causalidade Complexa e Prova Penal*, Coimbra, Almedina: 2018, ps. 86-88). Ainda assim, não se crê que no processo penal se deva perseguir *outra* verdade, mas tão-somente que se tem de admitir que tal verdade nem sempre pode ser alcançada e que os aplicadores deverão conformar-se com isso, compreendendo que estão, ainda assim, a contribuir para a realização da justiça.

⁹ Sobre os perigos de «uma política criminal com uma dimensão populista que utiliza o direito penal como instrumento, não tanto para responder à tutela de bens jurídicos, mas antes para fazer prevalecer uma certa forma de “simbologia penal de governação”», cfr. José Mouraz LOPES, «A contaminação do sistema penal português pelo “populismo penal”», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, vol. I, UC/IJ, 2017, p. 801. Igualmente preocupado com a defesa de uma “política criminal do ser humano”, Manuel GUEDES VALENTE (“Os direitos humanos e o direito penal: uma (re)humanização emergente”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, vol. II, UC/IJ, 2017, p. 285) dá conta de que “os princípios do populismo e da retórica penal (política) têm dominado o discurso punitivo em vários espaços do globo terrestre e assentam na ideia de que o Direito penal garantista ou assente em primados do garantismo é incapaz de prevenir e reprimir os fenómenos criminógenos, badalados em toda a imprensa mundial: terrorismo, tráfico de armas, tráfico de droga, tráfico de seres e de órgãos humanos, corrupção, crimes previdenciários ou tributários, crimes ambientais, crimes cibernéticos, crime económico-financeiro, sendo de destacar o branqueamento de bens (mais conhecido por branqueamento de capitais)”. Maurice CUSSON evidencia a necessidade do pensamento criminológico nestes tempos de alarmismo: “o problema criminal contemporâneo está demasiado imbricado na trama da nossa vida quotidiana para poder ser combatido através de meios simples, brutais e expeditos. Para o combater sem atentar

ser invocada para se defender a necessidade imperiosa de descoberta da verdade, mesmo que à custa da desconsideração das normas jurídicas que os aplicadores vejam como empecilhos à descoberta daquela verdade, sobretudo nos casos dos processos ditos mais complexos e da criminalidade dita geradora de maior abalo social¹¹.

Na justiça penal dos nossos dias, porventura com alguma frequência e com a justificação explícita ou implícita de por essa via se estar a contribuir para a descoberta da verdade (vista, erroneamente, como sinónimo de realização da justiça), têm vindo a admitir-se, por vezes através de uma “burla de etiquetas”, derrogações de soluções cunhadas em nome da não desprotecção excessiva de direitos fundamentais do arguido¹². Alguns desses exemplos serão aqui enunciados, remetendo-se o seu tratamento mais detido para outros estudos que, autonomamente, lhes foram dedicados.

Esta tendência concentra-se, sobretudo, no processo penal atinente à criminalidade mais grave, mais organizada¹³ e/ou de investigação mais complexa, no âmbito da qual se vem

contra os nossos valores é preciso estudá-lo e conhecê-lo, evitando desvalorizá-lo ou dramatizá-lo. É para responder a esta necessidade de análise e de conhecimento que a criminologia existe” (CUSSON, Maurice, *Criminologia. Só pelo conhecimento se pode evitar a criminalidade*, 3.ª ed., Casa das Letras: 2006, p. 13). Analisando também o modo como “os novos riscos” se relacionam com o paradigma da mínima intervenção penal, desafiando-o, cfr. Fernando TORRÃO, “Direito penal, globalização e pós-modernidade (desconstrução do paradigma liberal?)”, *Multiculturalismo e Direito Penal*, Org. Teresa Beleza/Pedro Caeiro/Frederico Costa Pinto, Grupo de Professores de Direito e Processo Penal Jorge de Figueiredo Dias, Almedina: 2014, p. 59 ss.

¹⁰ Fernanda PALMA, numa reflexão sobre a justiça e o direito, relembra a afirmação de Lothar Philips de que a justiça é “um conceito nervoso, frenético e altamente instável”. Questionando a possibilidade de uma invocação directa da Constituição quando o direito pareça não conduzir a uma solução justa, conclui que “nem sempre, porém, a interpretação da Constituição deve conduzir a um desenvolvimento criativo. Quando estão em causa restrições de direitos fundamentais, é altamente duvidoso que o apelo a uma ordem valorativa possa ser justificável” (“Constitucionalidade e Justiça: Novos Desafios para a Justiça Constitucional”, *Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL*, ano 1, n.º 1, 2000, ps. 22 e 29).

¹¹ Manifestando, já há alguns anos, a sua preocupação com a utilização de “processos paralelos (...) por razões de eficácia no combate ao crime grave” e com a existência de “graves suspeitas sobre a legalidade de procedimentos investigatórios e nomeadamente daqueles de cariz excepcional e que por força da lei devem ser controlados pelos juízes mas que se suspeita que nem sempre o sejam”, cfr. Germano MARQUES DA SILVA, “Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado (a democracia em perigo?)”, *Lusíada. Direito. Lisboa*, n.º 3, 2005, ps. 71 e 72.

¹² Profeticamente, já no início do século, sobre essa tendência, cfr. Anabela RODRIGUES, «A defesa do arguido: uma garantia constitucional em perigo no “admirável mundo novo?”», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 12, n.º 4, 2002, p. 549 ss. Também Flávia Noversa LOUREIRO reflecte sobre como a protecção dos direitos fundamentais pode tender a uma limitação num processo penal que é “sensibilíssima bandeira ao vento das mudanças sociais” [“A (I)mutabilidade do paradigma processual penal, respeitante aos direitos fundamentais em pleno século XXI”, *Que Futuro para o Direito Processual Penal – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coord. Mário Ferreira Monte/Maria Clara Calheiros/Fernando Conde Monteiro/Flávia Noversa Loureiro, Coimbra Editora: 2009, p. 269 ss].

¹³ Na doutrina portuguesa, a associação entre a criminalidade organizada e a perda pelo agente da qualidade de cidadão foi tratada, entre outros, por Augusto SILVA DIAS, que analisou a proposta de Jakobs de distinção entre um Direito Penal do inimigo, para o agente do crime organizado, e de um Direito Penal do cidadão, para os restantes. Além do crime organizado, Jakobs dá como exemplos o terrorismo, a criminalidade económica e os crimes sexuais – nestes domínios, tornar-se-iam aceitáveis as “medidas excepcionais de combate ao inimigo, que podem ser de carácter substantivo ou processual (entre estas, contam-se o “alargamento dos prazos de prisão preventiva, previsão de crimes incaucionáveis, inversão do ónus da prova, generalização de métodos de investigação e de prova excepcionais como as escutas telefónicas e os agentes provocadores e infiltrados, alargamento das buscas e revistas domiciliárias nocturnas” (Os criminosos são pessoas? Eficácia e garantias no combate ao crime organizado”, *Que Futuro para o Direito Processual Penal?*, coord. de MONTE, Mário (dir.)/CALHEIROS, Maria/ MONTEIRO, Fernando Conde/LOUREIRO, Flávia, Coimbra Editora, 2009, p. 688 ss). Especificamente no âmbito dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores, Maria João ANTUNES questiona a tendência, desde logo em instrumentos de direito europeu e internacional, “de haver uma tutela para além do bem jurídico individual da

expandindo a admissibilidade de soluções não aceitáveis no universo da criminalidade dita “comum”. A interrogação central foi já enunciada, nomeadamente, por Maria Fernanda PALMA: “o Estado de Direito com as suas garantias deverá ceder perante a urgência e a necessidade de conter o flagelo da criminalidade altamente organizada, quer a violenta quer a económica e financeira?”¹⁴. A questão, hoje nuclear, também já tinha sido suscitada por Maria João ANTUNES: “emergem agora interrogações sobre as respostas que a lei, a doutrina e a jurisprudência vão dar aos problemas colocados pelo terrorismo e pela criminalidade violenta ou altamente organizada. Saber como é que num sistema de coordenadas definido por um eixo horizontal, que distingue a criminalidade grave da pequena criminalidade, se vai inscrever um universo processual que, actualmente, também reclama um tratamento diferenciado ao nível da criminalidade grave”¹⁵.

A tendência para se desconsiderarem normas orientadas para a protecção de direitos fundamentais, sobretudo do arguido, é notória em certas interpretações ou correntes jurisprudenciais, sendo que algumas já mereceram a nossa atenção em estudos como “O direito processual penal, as suas finalidades conflituantes e alguns problemas de burla de etiquetas”¹⁶ ou “Prazos de duração máxima do inquérito (as consequências para a sua violação)”¹⁷. Concentremo-nos, pois, de forma muito sucinta, nestes dois exemplos de tal tendência, que este estudo pretende, apenas, enunciar nos seus tópicos essenciais.

De forma simplificada a propósito daquele primeiro exemplo (que consiste em admitir a valoração, como prova testemunhal produzida na audiência de julgamento, de uma repetição de contributos dados em sede de reconhecimento ilegal em momento anterior do processo), antecipe-se a conclusão a que se chegou a propósito de uma “análise de caso”: o reconhecimento sem cumprimento de requisitos legais (de comparação com terceiros, nomeadamente) feito “a quente” logo depois da morte da vítima e com intervenção policial prejudica a possibilidade de um verdadeiro reconhecimento posterior. Admitir como prova testemunhal produzida na audiência de julgamento o contributo probatório de quem fez antes o reconhecimento ilegal invocando o princípio da livre apreciação da prova testemunhal é uma forma de fazer entrar pela janela aquilo que o legislador não deixou entrar pela porta. E é, ademais, um modo de prejudicar não apenas a finalidade do processo de não desprotecção excessiva dos direitos fundamentais do arguido, mas também um obstáculo à obtenção da

liberdade e da autodeterminação sexual, no que diz respeito à exploração sexual de crianças e à pornografia infantil” [“Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores”, *Revista do CEJ*, n.º 8 (especial), 2008, p. 208].

¹⁴ Cfr. Maria Fernanda PALMA, “Apresentação Científica do Congresso”, *2.º Congresso de Investigação Criminal*, Coord. Cient. Maria Fernanda Palma/Augusto Silva Dias/Paulo de Sousa Mendes, Almedina: 2010, p. 13.

¹⁵ Cfr. Maria João ANTUNES, «Direito processual penal – “direito constitucional aplicado”», *Que Futuro para o Direito Processual Penal*, coord. de MONTE, Mário (dir.)/CALHEIROS, Maria/ MONTEIRO, Fernando Conde/LOUREIRO, Flávia, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, ps. 753 e 754. Tratando especificamente um exemplo do nosso tempo “fértil em situações conflituais, que nos colocam perante dilemas de muito difícil e polémica resolução”, cfr. Maria da Conceição Ferreira da CUNHA, “Uso da tortura e impedimento de actos terroristas”, *Multiculturalismo e Direito Penal*, Org. Teresa Beleza/Pedro Caeiro/Frederico Costa Pinto, Grupo de Professores de Direito e Processo Penal Jorge de Figueiredo Dias, Almedina: 2014, p. 33 ss. O problema, se não se suscita num concreto processo penal já instaurado, convoca questões que lhe são, até certo ponto, próximas.

¹⁶ Cfr. Cláudia Cruz SANTOS, “O direito processual penal, as suas finalidades conflituantes e alguns problemas de burla de etiquetas”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, vol. II, 2017, p. 815 ss.

¹⁷ Cfr. Cláudia Cruz SANTOS, “Prazos de duração máxima do inquérito (as consequências para a sua violação)”, *RPCC*, ano 26, n. 1 a 4, janeiro-dezembro 2016, p. 549 ss.

outra finalidade do processo que é a descoberta da verdade.

No entendimento vertido no Acórdão do tribunal de recurso relativo ao caso sucintamente tratado na publicação antes mencionada, tem-se no horizonte uma hipótese em que António¹⁸ encontrou na beira da estrada uma vítima que tinha sido baleada e que estava moribunda, viu um vulto que se afastava, de costas, e gritou por auxílio, mas o outro continuou o seu caminho. Carlos era um vizinho da vítima, com idade avançada, que se dizia ter com ela um relacionamento conflituoso e, algum tempo depois da consumação do crime, foi levado para a GNR, interrogado durante horas e levado a movimentar-se perante António, que o “reconheceu”, sem que Carlos tivesse sido constituído arguido e avisado dos seus direitos, nomeadamente o de se fazer acompanhar por defensor. Considerou-se, no Acórdão do primeiro tribunal *ad quem* chamado a pronunciar-se (em decisão depois confirmada pelo Supremo Tribunal de Justiça), que Carlos foi levado para a GNR mas não foi detido (foi porque quis ir, livremente); foi privado da liberdade e interrogado porque se achava que podia ser agente de um crime de homicídio mas não era suspeito nem prestou declarações perante órgão de polícia criminal; foi exibido perante António que apesar das dúvidas o reconheceu como o vulto vislumbrado ao longe aquando da descoberta da vítima mas nunca existiu prova por reconhecimento; voltou a ser reconhecido por este António em audiência de julgamento (sempre com muitas dúvidas), mas também aqui não houve nenhuma prova por reconhecimento, antes prova testemunhal, que pode ser livremente apreciada.

Em tal perspectiva vai implícita (ou porventura explícita) a ideia de que através da mudança dos nomes dados às coisas se podem derrogar garantias consagradas no texto constitucional e/ou no Código de Processo Penal. Cabe-nos evidenciar que assim não é, assim não pode ser. Carlos foi detido fora de flagrante delito e levado para as instalações da GNR; foi detido porque era suspeito da prática de um crime de homicídio; sendo detido porque era suspeito e tendo prestado declarações perante órgão de polícia criminal, verificavam-se logo duas circunstâncias de constituição obrigatória de arguido; tendo sido constituído arguido, como deveria ter sido mas não foi, tinha vários direitos que não lhe foram reconhecidos, nomeadamente o de ser informado de todos os direitos inerentes à qualidade de arguido, o direito a ser assistido por defensor e o direito de não prestar contributos probatórios não desejados e que lhe seriam desfavoráveis; foi objecto de reconhecimento no posto da GNR contribuindo de modo enganoso para a sua autoincriminação e sem que se tivessem cumprido os requisitos previstos no artigo 147.º do CPP; admitiu-se em audiência de julgamento aquela prova de reconhecimento ilícita e insusceptível de valoração chamando-se-lhe prova testemunhal e invocando-se o princípio da sua livre apreciação.

Mas o apagamento de normas orientadas para a protecção de direitos fundamentais sob o pretexto da importância da descoberta da verdade é visível em vários outros exemplos. Um deles prende-se com a desconsideração dos prazos de duração máxima do inquérito previstos no artigo 276.º do Código de Processo Penal, entendendo-se que são meramente indicativos. Na perspectiva oposta, que sustento, a consideração do processo penal como direito

¹⁸ Os nomes são fictícios.

constitucional aplicado que tem como pedra de toque a presunção de inocência¹⁹ impede que se aceitem violações significativas dos prazos de duração máxima do inquérito. No fundo, o que inapagavelmente subjaz à ideia de que se pode investigar sem prazo é *a convicção de que o arguido é culpado: ainda não se encontraram indícios bastantes da sua culpa, mas com mais tempo eles encontrar-se-ão*. Pelo contrário, a presunção de inocência levada a sério em todas as suas implicações teria como consequência a conclusão oposta: não se encontraram elementos suficientes para sustentar a responsabilidade criminal do investigado dentro do prazo dado pelo legislador, por isso ele é, até que surja prova em contrário (essa prova que pode levar à reabertura do inquérito), inocente. Ou seja: violações dos prazos de duração máxima do inquérito levam necessariamente implícita uma derrogação da presunção de inocência.

Como se deixou muito claro logo na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal português, que não pode deixar de assumir peso significativo na interpretação das normas concretas, *“a celeridade é também reclamada pela consideração dos interesses do próprio arguido, não devendo levar-se a crédito do acaso o facto de a Constituição, sob influência da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, lhe ter conferido o estatuto de um autêntico direito fundamental. Há, pois, que reduzir ao mínimo a duração de um processo que implica sempre a compressão da esfera jurídica de uma pessoa que pode ser – e tem mesmo de presumir-se – inocente. Como haverá ainda que prevenir os perigos de uma estigmatização e adulteração irreversível da identidade do arguido (...)”*.

Aceitar-se uma investigação muito para além do tempo admitido pelo legislador radica, pois, na pressuposição de que o arguido é culpado e que, com mais tempo, se descobrirá a prova dessa culpa. Mas significa também que não se compreende o sentido que deve ter a finalidade de descoberta da verdade no processo penal de um Estado de direito porque não se compreende que foram estabelecidos limites a esse objectivo – *que não é uma missão* –, os limites inerentes ao devido processo legal. Aceitar a violação dos prazos de duração máxima do inquérito significa desconsiderar que, como escreveu Michele TARUFFO, *“o processo constitui um contexto jurídico”*, acrescentando-se que *“no processo os factos em relação aos quais se há-de investigar a verdade são identificados sobre a base de critérios jurídicos, representados essencialmente por normas que se consideram aplicáveis para decidir a controvérsia específica”*²⁰.

Nas adequadas palavras de Perfecto Andrés IBAÑEZ, *“administrar justiça só se pode efectivar com critérios racionais, sobre problemas do mundo real e dificilmente poderia sustentar-se (e menos aceitar-se) hoje uma forma de exercê-la que flua por um sistema que ignore um dado empírico. Deste modo, não cabe dúvida de que a qualidade de verdade que pode produzir, em*

¹⁹ Para um aprofundamento deste tópico, cfr., muito recentemente, Giulio ILLUMINATI/Bruna CAPPARELLI, *“O processo penal como direito constitucional aplicado”*, *Direito Penal e Política Criminal*, PUCRGs: Porto Alegre, 2015, ps. 35 ss. Os Autores, depois de recordarem que *“o processo penal como direito constitucional aplicado é uma definição pertencente à doutrina alemã e provavelmente reconduzível a Eberard Schmidt, nos anos 50”*, afirmam que *“a presunção de inocência resume todas as garantias do processo penal”* para, depois, concluírem que *“porque todos somos presumidos inocentes, não se podem aplicar tratamentos rigorosos contra uma pessoa sem necessidade”*.

²⁰ Cfr. Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 90 ss.

geral, o processo, tem, em todo o caso, uma dimensão inevitavelmente formal, na medida em que a sua busca está sujeita a limitações procedimentais de diversos tipos e se deve dar por concluída em algum momento legalmente prefixado”²¹.

Não é um arqueólogo nem um historiador, o aplicador do direito – e o Ministério Público sabe-o bem, claro, em todos os muitos inquéritos que são arquivados porque num dado tempo não lhe foi possível obter indícios suficientes da verificação de crime ou de quem foram os seus agentes, mas não em outros inquéritos, porventura surpreendentemente. Seria útil avaliar o número de inquéritos em Portugal em que há despacho de arquivamento com o fundamento previsto no n.º 2 do artigo 277.º do CPP. Quantos arquivamentos por insuficiência de provas houve em processos por furto, roubo, violência doméstica ou violação? Ou em processos por corrupção, tráfico de influência ou branqueamento de capitais? Pelo menos alguns, supõe-se. Porque o aplicador do direito sabe, na maioria dos casos, que não pode investigar sem tempo, afinal não é um arqueólogo nem um historiador e a investigação própria do processo penal atinge o osso da existência de pessoas ainda vivas. E não é um arqueólogo ou um historiador²², o aplicador do direito, precisamente porque o mundo do direito lhe impõe, num Estado de direito, limites que têm uma natureza axiológica específica.

3. Algumas notas soltas sobre o sentido da verdade que o magistrado procura

Não constitui propósito deste estudo uma ponderação detida dos vários sentidos que o conceito de *verdade* pode assumir²³. Para os efeitos aqui tidos por relevantes, crê-se bastante a afirmação de que existem limites, no processo penal, à descoberta da verdade dita material.

²¹ Cfr. Perfecto Andrés IBAÑEZ, *Valoração da Prova e Sentença Penal*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 34. Sobre a inevitabilidade do arquivamento quando se ultrapassa o prazo previsto para a investigação, Aury LOPES JR/Gustavo BADARÓ (*Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, p. 126 ss) consideram que a continuação do processo, além do prazo razoável, já não é legítima e viola “o Princípio da Legalidade, fundante do Estado de Direito, que exige limites precisos, absolutos e categóricos – incluindo o limite temporal – ao exercício do poder penal estatal”. Ainda de forma mais enfática, aduzem que “tão ilegítimo como é a admissão de uma prova ilícita, para fundamentar uma sentença condenatória, é reconhecer que um processo viola o direito de ser julgado num prazo razoável e, ainda assim, permitir que ele prossiga e produza efeitos. É como querer extrair efeitos legítimos de um instrumento ilegítimo, voltando à absurda máxima de que os fins justificam os meios”.

²² Apesar de se acreditar que existem diferenças entre a actividade do juiz e a do historiador, não se enjeitam algumas semelhanças. Sobre elas, Paulo de SOUSA MENDES (“A prova penal e as regras da experiência”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 1002) sublinha que “por definição, o juiz historiador tem de reconstituir um facto individual que ele mesmo não percepcionou”.

²³ Sobre o assunto, cfr. José de FARIA COSTA, “Consenso, verdade e direito”, *Linhas de Direito Penal e de Filosofia – alguns cruzamentos reflexivos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 93 ss. O Autor toma como objecto de reflexão o consenso visto enquanto “étimo fundante do assentimento geral” (“que não se confunde com a ideia de consentimento ou sequer de acordo”, na medida em que “o consentimento, de maneira diferente do consenso, é um acto de realização individual que só pode ter lugar a bens ou valores disponíveis”). Escolhe, assim, como objecto um “consenso” delimitado com grande precisão, que se não confunde necessariamente com o consenso inerente às práticas restaurativas. Não obstante, várias das considerações que tece sobre a “problemática da verdade” devem ser acompanhadas neste ponto da investigação. Tem-se em conta, sobretudo, a sua ideia de que “a verdade que se alcança no momento da aplicação da norma (...) é tão-só uma verdade intra-sistemática processualmente válida. Não é a verdade ontológica. Não é a verdade do juízo existencial. Não é a verdade sequer do juízo histórico. É a verdade que as regras processuais permitem (...)”.

A verdade a que se pode chegar no processo penal é uma *verdade construída através da comunicação*. E julga-se que é assim – ainda que porventura seja *menos* assim – mesmo em sistemas processuais penais, como o português, em que não se deixa a sujeitos processuais configurados como partes todo o esforço de produção da prova necessária ao estabelecimento da verdade, antes se imputando também ao tribunal o dever de carrear para o processo, ainda que supletivamente, o material probatório necessário à formação da sua convicção. Ou seja: em um eixo tradicional de compreensão da verdade que se procura através do processo penal que tende a associar o sistema inquisitório à verdade material e o sistema acusatório à verdade formal, um sistema como o adoptado pelo legislador português não ocupa nenhum dos lugares extremos.

Todavia, por mais que este princípio da investigação que visa completar a base essencialmente acusatória do nosso direito processual penal *afaste*, mais do que em sistemas puramente acusatórios, essa verdade processual penal da verdade formal, ainda assim parece poder afirmar-se que a verdade que se logra atingir através do processo penal pode não ser equivalente à verdade histórica²⁴. Através do processo penal, só pode ser a “verdade verdadeira” aquela que se procura desvendar, porque seria necessariamente ilegítima a ideia de que se pode condenar alguém numa pena criminal com um pressuposto que seja diferente dessa verdade. Todavia, o reconhecimento de que existem outras finalidades no direito processual penal, nomeadamente a protecção dos direitos fundamentais das pessoas perante o Estado, impõe o reconhecimento de que existem limites a essa pretensão de descoberta da

²⁴ Jorge de FIGUEIREDO DIAS, a propósito de uma reflexão sobre a admissibilidade dos acordos sobre a sentença, reconhece que a verdade que se procura através do processo penal, se não é uma verdade meramente formal porque se não limita aos contributos das “partes”, também não coincide necessariamente com a “facticidade histórica do real acontecido”. Nas suas palavras, «naturalmente que essa verdade não é a narrativa construída pela acusação e a defesa, dita “verdade formal”. Mas também não é integralmente a factualidade (a “facticidade”) histórica do real acontecido, mesmo que na sua relevância para as exigências normativas do caso: é sim esta facticidade *combinada* com as – e por consequência *condicionada e limitada* por as – exigências impreteríveis de garantia dos direitos das pessoas face ao Estado. O resultado desta combinação pode, assim, ser algo de substancialmente diferente, ou mesmo oposto, do real acontecido» (in *Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal* cit., p. 49). João Conde CORREIA afirma, de modo enfático, que “é inquestionável que uma decisão penal, brilhante do ponto de vista substantivo, será injusta se tiver sido lograda com base na tortura (...). Para que a decisão seja, efectivamente, justa, também o processo que a ela conduz tem de ser justo” (*O “Mito do Caso Julgado” e a Revisão Propter Nova*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, ps. 149-150). Muito crítico quanto à aceitação, cada vez mais ampla, da verdade negociada no âmbito da justiça penal, Sergio MOCCIA (últ. ob. cit., p. 112) refere-se ao «abandono da “cultura da prova”», associada pelo Autor a «uma diminuição perigosa do sistema das garantias, acentuando-se uma desvalorização progressiva da dimensão “cognitiva” do processo, entendida como técnica de verificação dos factos fundada no contraditório». Também Winfried HASSEMER deixa claro o seu entendimento de que «um processo penal próprio de um Estado de Direito conhece (...) limites à averiguação da verdade, que geralmente são de importância decisiva (...). A busca da verdade no processo penal é, por isso, relativa às vias legítimas através das quais se pode atingir. Faz sentido, por isso, falar não de “verdade objectiva”, mas antes de “verdade forense” ou obtida de acordo com as “formalidades judiciais”». E, tal como MOCCIA, também HASSEMER tem uma visão muito crítica das soluções informais no processo penal, nomeadamente as relacionadas com o consenso, que associa a um certo “comércio com a justiça” (*Crítica al Derecho Penal de Hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prision preventiva*, trad. de Patricia Ziffer, 2.ª ed., 1ª reimp, Buenos Aires: Ad Hoc, 2003, p. 86, p. 96 ss). A rejeição da descoberta da verdade *material* como finalidade do processo é clara no pensamento de Tomás Vives ANTÓN, para quem “o problema da verdade no processo penal tem de abordar-se a partir de uma definição das posições dos distintos participantes, que se aproxime, na medida do possível, dessa situação ideal de comunicação para que a decisão seja a que teria de se adoptar em um discurso sem outra coacção que não seja a do melhor argumento, em um discurso livre de dominação” (“El proceso penal de la presunción de inocencia”, *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coord. Científica Maria Fernanda Palma, Coimbra: Almedina, 2004, p. 29).

“verdade verdadeira”, pelo que em certos casos teremos de nos conformar, em nome das outras finalidades, com a impossibilidade de a alcançarmos.

No meu romance *Nenhuma Verdade se Escreve no Singular*, há uma personagem que funciona como *pivot* de várias histórias e que é juíza. Chama-se Amália e é confrontada, na sala de audiências do seu tribunal, com a necessidade de descobrir a verdade. Mas Amália começa a compreender que há muitas verdades e um dos primeiros momentos em que se confronta com essa angústia acontece por ocasião do julgamento de uma mulher e de três homens, todos acusados por crime de roubo.

“Andreia contou muitas coisas, durante muito tempo. Disse que tinha sido apenas, como sempre, um instrumento nas mãos dos homens. Desta vez nas mãos de Rui, de Bruno e de Alcides. Que a ideia de roubar António tinha sido apenas deles. Que só fora usada como isco, sem nunca imaginar tudo o que iria acontecer depois, o nariz partido, o sangue, os gritos. Contou que nascera pobre, fora pouco à escola e continuava pobre. A mãe, que preferira manter o marido a defender a filha, escolheu a versão em que quis acreditar e essa não foi a versão de Andreia, por isso deu consigo na rua aos quinze anos. Um vizinho mais velho acolheu-a, mas percebeu depressa que não por mera generosidade. Começou cedo a consumir drogas, trabalhou em muitos sítios como aquele, compreendeu agora que está a envelhecer. Quer tratar-se. Quer mudar de vida.

Amália ouve-a atentamente, na sua máquina do tempo. Porque numa sala de audiências de um tribunal, num julgamento penal, viaja-se muito no tempo. Há o antes, o agora e o depois. O antes em que o crime aconteceu, o agora em que é preciso decidir, o futuro que é imprevisível, mas que o juiz precisa de encaminhar no sentido da paz e da segurança. Há que rumar ao passado, quase com cuidado de historiador, para descobrir o que sucedeu. Quem fez o quê? Quem tem culpa? Quanta culpa, afinal? Reconstrói-se, no presente, o passado. E há que decidir neste presente que temos o que fazer no futuro próximo (“pena de prisão ou não?”), crendo que tal decisão pode condicionar no sentido desejado um futuro mais longínquo. Esse futuro longínquo que é afinal o resto da vida de Andreia e dos outros. Demasiados segmentos temporais, pensa Amália. Demasiadas piruetas no tempo. Algumas coisas desvendadas, mas demasiadas coisas indemonstradas.

Sente-se uma viajante no tempo, Amália. Está cansada. Sobretudo cansada de viver tanto no tempo dos outros, enquanto o tempo da sua própria vida teima em fugir-lhe (...) E a única verdade – a única – que naquele momento, naquela sala de audiências, consegue antever é esta: não faz nenhuma ideia daquilo que realmente quer. São sempre mais fáceis, as verdades dos outros. Apesar de serem com frequência várias e tão diversas”.

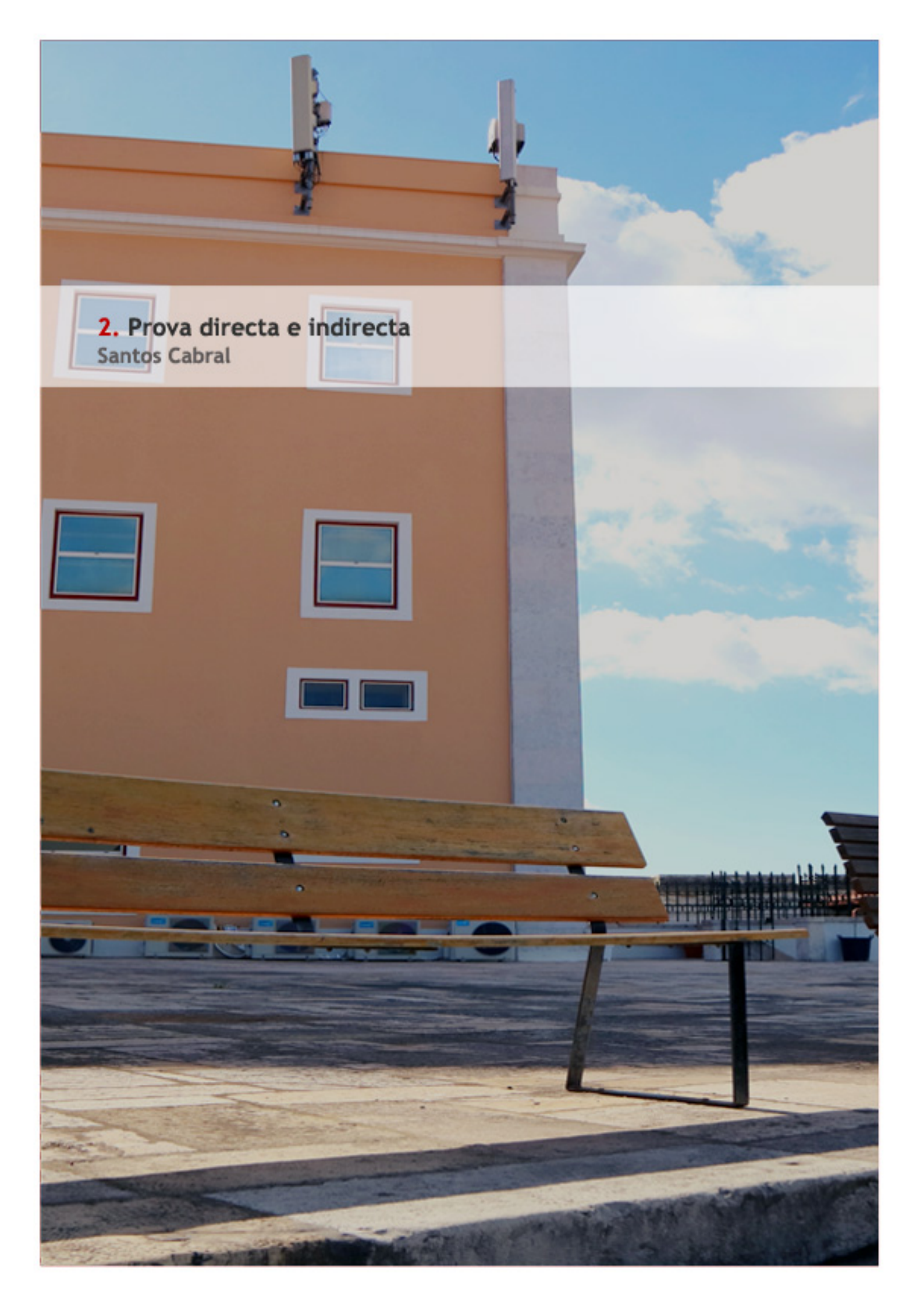
Se hoje voltasse a ter o destino desta Amália angustiada pendente das minhas opções enquanto criadora do enredo, talvez introduzisse na história alguém que a ouvisse e que a aconselhasse. E esse alguém dir-lhe-ia, porventura, que precisa de se conformar com a evidência de não ter uma bola de cristal que lhe permita ver sempre a verdade passada e deslindar a verdade futura, e que por isso podem existir por vezes dúvidas que são inultrapassáveis; dir-lhe-ia que é também para suavizar as arestas da sua função que existe o

princípio *in dubio pro reo*; recordar-lhe-ia a centralidade da presunção de inocência e remataria com uma ideia batida que não podemos deixar que se transforme numa ideia gasta – para um juiz que nunca é omnisciente, há um imperativo que é também uma salvação: é sempre preferível absolver um culpado do que condenar um inocente.

Vídeo da apresentação



<https://educast.fcn.pt/vod/clips/16mebzngcn/streaming.html?locale=pt>



2. Prova directa e indirecta
Santos Cabral

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

2. PROVA DIRECTA E INDIRECTA

Santos Cabral*

Vídeo da apresentação

Prova indiciária

I

Uma abordagem do tema da prova indiciária, e da sua evolução, necessariamente que tem de resultar numa visão holística que apele ao contexto em que a mesma evoluiu ao longo dos tempos.

Na verdade, uma perspectiva histórica da teoria da prova imprime a ideia de que os indícios têm sido um elemento essencial nalguns dos grandes processos criminais e hoje, mais do que em qualquer outro momento histórico, impõe-se a noção da sua importância.

Diversos factores se conjugam nesta relevância, realçando-se entre estes a impressionante evolução que se verificou na área da investigação criminal, que vai desde o ADN até às mais elaboradas tecnologias. Iguamente convocam o apelo à prova indiciária as imposições relativas ao combate a novos tipos de criminalidade em que os sinais, ou indícios, são factores essenciais para descodificar situações complexas nas quais surgem formas de actuação criminosa até agora quase desconhecidas.

A prova indiciária assume um papel essencial nestes novos domínios relativo a crimes complexos, e de difícil prova, como os que estão conexonados com a grande criminalidade económica. Falamos dum âmbito criminal em que é difícil a produção de prova, envolvendo a especificidade inerente a um universo multifacetado em que o crime económico, bem como o crime organizado, se entrecruzam em organizações herméticas que recorrem a operações labirínticas em que as práticas criminais surgem no seguimento de pactos de cumplicidade e auxílio mútuo.

A resistência à admissibilidade da prova indirecta, ou a sujeição da prova indiciária a critérios de exigência inultrapassáveis, pode conduzir a uma justiça formal, sem correspondência com a realidade.

Não surpreende, assim, que a secundarização da prova indiciária, ou a sua neutralização, assumam hoje um papel fundamental na tentativa de desresponsabilização dos agentes numa criminalidade económica, e financeira, de nível superior.

A relevância da prova indiciária como elemento fundamental na prova penal não é um mero acto de vontade desprovido de quaisquer regras, e derivado dum poder discricionário, mas,

* Juiz Conselheiro, Supremo Tribunal de Justiça.

pelo contrário, depende de princípios, e regras, de natureza objectiva que se impõem ao julgador.

Por vezes, embora se reconheça a importância da prova indiciária em abstracto, não se consegue, em concreto, ultrapassar uma necessidade psicológica de comprovar exaustivamente que o indício apontado como premissa deve conduzir de forma inexorável a uma conclusão.

Directamente relacionada com tal incapacidade de superar tal dúvida metódica a questão que muitas vezes se coloca é do grau de conhecimento (*stock of knowledge* no dizer dos autores anglo-saxónicos) que o julgador deve estar apetrechado para afirmar, ou não, a existência duma relação de causa e efeito entre o indício e o facto indiciado, ou seja, o conhecimento que deve estar presente para afirmação duma inferência que leva ao conhecimento acima de qualquer dúvida^{1 2}.

Como referimos em anterior artigo dedicado a este tema³ maior parte das vezes a premissa maior integrante da prova indiciária é uma regra de probabilidade. Como refere Stein as regras da experiência quotidiana só podem levar a apreciações aproximativas.

Certamente que não é um grau de absoluta certeza que deve estar presente em cada inferência que se faz do facto indiciante ao facto indiciado. Como afirma Marieta⁴, corroborado pela totalidade dos Autores que se debruçaram sobre esta matéria, a prova indiciária é uma prova de probabilidades e é a soma das probabilidades que se verifica em relação a cada facto indiciado que determinará a certeza⁵. Todavia, a transposição da soma de probabilidades que dá a convergência dos factos indiciados para a certeza sobre o facto, ou factos probandos, que consubstanciam a responsabilidade criminal do agente é uma operação em que a lógica se interliga com o domínio da livre convicção do juiz.

Convicção sustentada, e motivada, mas que, nem por isso deixa de significar a passagem do domínio da possibilidade para a formatação de uma íntima convicção sobre a certeza do facto.⁶

¹ Como refere Patrícia Silva Pereira (“Prova indiciária no âmbito do Processo Penal”, pág. 117 e seguintes), podemos reconduzir as várias referências a quatro diferentes níveis de convicção: indícios para além da presunção de inocência, correspondente ao crivo do direito internacional criminal *guilt beyond reasonable doubt*; indícios fortes ou sinais claros correspondente ao crivo do *clear evidence* ou *dringend tatverdacht*; indícios suficientes ou prova bastante correspondente ao crivo da *reasonable suspicion* ou *probable cause* ou *hinreichende tatverdacht*; e, por fim, indícios fundados em suspeitas fundadas, fundado receio, e imputação do crime correspondente ao crivo *boa fide suspicion* ou *anfangsverdacht*.

² Para Renata Andrade (A Importância da prova indiciária em processo penal), *Quanto mais próximo de 100% for o standard estabelecido pelo julgador, mais culpados ficarão soltos e maiores serão os efeitos a impunidade danosos à sociedade, ainda mais em uma longa série de casos criminais. De outra parte, quanto mais baixo for o grau em que esse standard for estabelecido, maior será o número de inocentes condenados numa longa série de casos, ferindo-se gratuitamente o precioso direito fundamental, consistente na liberdade de inocente, que o Estado deve tutelar.*

Disponível em <https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/7076/1/renataalmadadeandrade.pdf>.

³ Prova indiciária e as novas formas de criminalidade [José António Henriques dos Santos Cabral JULGAR n.º 17](#)).

⁴ La Prueba em Processo Penal, pág. 59.

⁵ Acórdão do STJ de 27-05-2010.

⁶ Acórdão do STJ de 23-02-2011.

Na verdade, a máxima da experiência, em que assenta a prova indiciária, é uma regra que exprime aquilo que sucede na maior parte dos casos, mais precisamente, é uma regra extraída de casos semelhantes.

A experiência permite formular um juízo de relação entre factos, ou seja, é uma inferência que permite a afirmação que uma determinada categoria de casos é normalmente acompanhada de uma outra categoria de factos. Parte-se do pressuposto de que “em casos semelhantes existe um idêntico comportamento humano” e este relacionamento permite afirmar um facto histórico, não com plena certeza, mas, como afirma Tonini⁷ como uma possibilidade mais ou menos ampla.⁸

A máxima da experiência é uma regra e, assim, não pertence ao mundo dos factos, consequentemente origina um juízo de probabilidade e não de certeza.

As inferências lógicas aptas a propiciar a prova indiciária podem, também, consistir em conhecimentos técnicos que fazem parte da cultura media ou leis científicas aceites como válidas sem restrição.

Em matérias que impliquem especiais competências técnicas científicas ou artísticas, e que se fundamentam naquelas leis, é evidente que a margem de probabilidade será proporcional á certeza da afirmação científica.

Como refere Delleplane⁹ só quando a premissa maior é uma lei, que não admite excepções, a inferência que consubstancia a prova indiciária revestirá a natureza de uma dedução rigorosa.

A inferência só é certa, por excepção, quando se apoia numa lei geral e constante, ou seja, quando deixa de ser uma inferência analógica para passar a ser uma dedução rigorosa. Noutras circunstâncias estaremos sempre perante uma probabilidade, ou seja, na esteira de Moreno¹⁰ a teoria dos indícios reduz-se á teoria das probabilidades e a prova indiciária resulta do concurso de vários factos que demonstram a existência de um terceiro que é precisamente aquele que se pretende averiguar.

Note-se que a concorrência de vários indícios numa mesma direcção, partindo de pontos diferentes, aumenta as probabilidades de cada um deles com uma nova probabilidade que resulta da união de todas as outras.

No mesmo sentido se pronuncia Clement Duran quando refere que o princípio da normalidade se torna o fundamento de toda a presunção abstracta. Tal normalidade deriva da circunstância de a dinâmica das forças da natureza e, entre elas, das actividades humanas existir uma tendência constante para a repetição dos mesmos fenómenos.

⁷ La Prova Penale, pág. 16 e seguintes.

⁸ Acórdão STJ de 12-03-2009.

⁹ Nueva Teoria de la Prueba, pág. 56 e seguintes.

¹⁰ La prueba de indícios, pág. 145.

O referido princípio está intimamente ligado com a causalidade: as mesmas causas produzem sempre os mesmos efeitos e tem justificação na existência de leis mais ou menos imutáveis que regulam de maneira uniforme o desenvolvimento do universo.

O princípio da causalidade significa formalmente que a todo o efeito precede uma causa determinada, ou seja, quando nos encontramos face a um efeito podemos presumir a presença da sua causa normal.

Dito por outra forma, aceite uma causa, normalmente deve produzir-se um determinado efeito e, na inversa, aceite um efeito deve considerar-se como verificada uma determinada causa. O princípio da normalidade fundamenta a eleição da concreta causa produtora do efeito para a hipótese de se apresentarem como abstractamente possíveis várias causas.

A análise das características próprias do facto permitirá excluir, normalmente a presença de um certo número de causas pelo que a investigação fica reduzida a uma só causa que poderá considerar-se normalmente como a única produtora do efeito. Provado no caso concreto tal efeito deverá considerar-se provada a existência da causa.

Do exposto resulta que o princípio da normalidade, como fundamento que é de toda a presunção abstracta, concede um conhecimento que não é pleno, mas sim provável.

Só quando a presunção abstracta se converte em concreta, após o sopesar das contraprovas em sentido contrário e da respectiva valoração judicial, se converterá o conhecimento provável em conhecimento certo ou pleno.

Só este convencimento, alicerçado numa sólida estrutura de presunção indiciária – quando é este tipo de prova que está em causa –, pode alicerçar a convicção do julgador.

Num hipotético conflito entre a convicção em consciência do julgador no sentido da culpabilidade do arguido e uma valoração da prova que não é capaz de fundamentar tal convicção será esta que terá de prevalecer.

Para que seja possível a condenação é imprescindível que, por procedimentos legítimos, se alcance a certeza jurídica, que não é desde logo a certeza absoluta, mas que, sendo uma convicção com génese em material probatório, é suficiente para, numa perspectiva processual penal e constitucional, legitimar uma sentença condenatória.

A força da prova indiciária prende-se com a certeza do indício, a força do raciocínio inferencial, o grau de probabilidade da inferência efectuada e a gravidade da presunção resultante. De todos esses factores há-de resultar a certeza possível num processo judicial, certeza que deverá ultrapassar a dúvida razoável^{11 12 13}.

¹¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07-04-2011.

¹² Como se refere no Acórdão do Tribunal Constitucional de 17-10-2018 *Ora, na prova por utilização de presunção judicial, a qual pode sempre ser infirmada por contraprova, na passagem do facto conhecido para a prova do facto desconhecido, intervêm juízos de avaliação através de procedimentos lógicos e intelectuais que permitem fundamentamente afirmar, segundo as regras da normalidade, que determinado facto, que não está directamente*

A forma como se explana aquela prova, fundando a convicção do julgador, tem de estar bem patente o que se torna ainda mais evidente no caso da prova indiciária pois que aqui, e para além do funcionamento de factores ligados a um segmento de subjectividade que estão inerente aos princípios da imediação e oralidade, está, também, presente um factor objectivo, de rigor lógico que se consubstancia na existência daquela relação de normalidade, de causa para efeito, entre o indício e a presunção que dele se extrai.¹⁴

Como tal, a enunciação da prova indiciária como fundamento da convicção do juiz tem de se expressar no catalogar dos factos base, ou indícios, que se considere provados e que vão servir de fundamento á dedução, ou inferência, e, ainda, que na sentença se explicita o raciocínio através do qual, e partindo de tais indícios, se concluiu pela verificação do facto punível e da participação do arguido no mesmo. Esta explicitação, ainda que sintética, é essencial para avaliar a racionalidade da inferência.

II

Como já oportunamente tivemos ocasião de afirmar,^{15 16} são dois os elementos da prova indiciária.

Em primeiro lugar o indício, que será todo o facto certo e provado com virtualidade para dar conhecer outro facto que com ele está relacionado.

Em segundo lugar é necessária a existência da presunção que é a inferência que, aliada ao indício, permite demonstrar um facto distinto.

A presunção é a conclusão do silogismo construído sobre uma premissa maior:

A lei baseada na experiência, na ciência ou no sentido comum que, apoiada no indício-premissa menor, permite a conclusão sobre o facto a demonstrar.

Não faz a nossa lei processual penal qualquer referência a requisitos especiais em sede de demonstração dos requisitos da prova indiciária. Por qualquer forma é incontornável a afirmação de que os mesmos devem ser graves e concordantes¹⁷, convergindo na direcção da mesma conclusão facto indiciante.

provado é a natural consequência, ou resulta com toda a probabilidade próxima da certeza, ou para além de toda a dúvida razoável, de um facto conhecido. Quando o valor da credibilidade do id quod e a consistência da conexão causal entre o que se conhece e o que não se apurou de uma forma directa atinge um determinado grau que permite ao julgador inferir este último elemento, com o grau de probabilidade exigível em processo penal, a presunção de inocência resulta ilidida por uma presunção de significado contrário, pelo que não é possível dizer que a utilização deste meio de prova atenta contra a presunção de inocência ou contra o princípio in dubio pro reo. O que sucede é que a presunção de inocência é superada por uma presunção de sinal oposto prevalecente, não havendo lugar a uma situação de dúvida que deva ser resolvida a favor do Réu.

¹³ Acórdão da Relação do Porto de 14-01-2015.

¹⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26-10-2011.

¹⁵ Revista Julgar - N.º 17 – 2017, Coimbra Editora.

¹⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09-02-2012.

¹⁷ Acórdão da Relação de Coimbra de 21-11-2011.

Na prova indiciária devem estar presentes condições relativas aos factos indiciadores, à combinação ou síntese dos indícios, à combinação das inferências indiciárias; e à conclusão das mesmas^{18 19 20}.

Assim, os indícios devem estar comprovados e é relevante que esta comprovação resulte de prova directa, o que não obsta a que a prova possa ser composta, utilizando-se, para o efeito, provas directas imperfeitas, ou seja, insuficientes para produzir cada uma em separado prova plena^{21 22 23}.

Porém, estamos em crer que a exclusão de indícios contingentes e múltiplos, que não deixam dúvidas acerca do facto indiciante como prova de um facto judiciário, e pela simples circunstância de serem resultado de prova indirecta, é arbitrária e ilógica e constitui uma consequência de preconceitos considerando a prova indiciária como uma prova inferior.

Directamente relacionada com a questão da unidade, ou pluralidade de indícios situa-se a questão dos indícios periféricos, ou instrumentais, em relação ao facto probando. Significa o exposto que os factos indiciantes não têm de coincidir necessariamente com os que conformam o facto sujeito a julgamento, ou algum dos seus elementos ou bem a autoria material do facto ilícito, mas podem tratar-se de factos que estão em conexão, ou relação directa com aqueles, situando-se na sua periferia, sendo indicativos da realidade do facto que se pretende provar. Isto significa que devem ser concomitantes, ou seja, que devem acompanhar-se entre si por constituir diversos aspectos fácticas de um determinado facto penalmente relevante e que, em consequência têm uma existência comum e em paralelo^{24 25}.

É evidente que, consoante a génese do acto criminoso, assim, também, os indícios aparecem com uma densidade e formatação diversa.

Em crimes complexos, como é o caso da criminalidade económica, um dos instrumentos mais poderosos susceptível de ser utilizado pela investigação criminal é a denominada *intelligence*. A mesma assume uma natureza essencial numa área em que é cada vez mais evidente que a investigação do caminho do dinheiro “sujo” é a forma mais eficaz para localizar determinados tipos de delinquência e, também, que a privação dos produtos da actividade criminosa constitui uma importante eficácia dissuasora.

A convicção sobre o valor da informação financeira como elemento de «intelligence» é relativamente nova e alterou o perfil das investigações nesta área. Abandonou-se a lógica de

¹⁸ Dellepiene, obra citada pág. 93; André Martinez Arrieta, “La Prueba indiciaria” en La prueba en El proceso Penal.

¹⁹ Para Mittermeier a força dos indícios determina-se pelo cumprimento em cada caso e para cada um dos indícios das condições exigidas; pelo seu número; pela sua natureza e concordância: pelas suas relações com as presunções informativas.

²⁰ Acórdão do STJ de 9-10-2012.

²¹ Para Clement Duran, *La prueba Penal*, pág. 639, a prova indiciária pode realizar-se por qualquer meio probatório incluindo outra presunção (com recusa do velho aforismo *praesumptio de praesumptione non praesimitur*). No mesmo sentido, Echandia, Teoria General da Prueba judicial.

²² MENDES PAIS.

²³ Confrontar Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15-09-2011.

²⁴ Clement Duran, obra citada, pág. 640.

²⁵ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 09-09-2015.

que as finanças seriam uma área a que seriam alheios os investigadores criminais e a ideia de que «*intelligence*» é só a informação adquirida secretamente ou através de fontes confidenciais. Hoje, a *intelligence* na área financeira é o conhecimento derivado de análises dos dados financeiros que oferece pistas à investigação, revelando indicadores que contribuem para a detecção e a prevenção do delito.

Os indícios oferecidos por tal actividade de *intelligence* apresentam-se múltiplos e de diferente natureza (documental, pericial, etc.) sendo necessária uma articulação e perspectiva global, sobre os mesmos e o seu significado.

Os indícios devem também ser independentes e, conseqüentemente, não devem considerar-se como diferentes os que constituam momentos, ou partes sucessivas, de um mesmo facto.

A exigência formulada por alguns autores no sentido de existência de um determinado número de indícios concordantes não se afigura de todo razoável e antes se reconduz a uma exigência matemática de algo que se situa no domínio da lógica.

Apenas se pode formular a exigência daquela pluralidade de indícios quando os mesmos considerados isoladamente não permitirem a certeza da inferência.

Quando o indício mesmo isolado é veemente, embora único, e, eventualmente, assente apenas na máxima da experiência, o mesmo será suficiente para formar a convicção sobre o facto.

Os indícios devem ser concordantes, ou seja, conjugar-se entre si, de maneira a produzir um todo coerente e natural, no qual cada facto indiciário tome a sua respectiva colocação quanto ao tempo, ao lugar e demais circunstâncias²⁶.

As inferências devem ser convergentes, ou seja, não podem conduzir a conclusões diversas e a ligação entre o facto base e a consequência que dele se extrai deve ajustar-se às regras da lógica e às máximas da experiência.

Por igual forma deve estar afastada a existência de contra indícios pois que tal existência cria uma situação de desarmonia que faz perder a clareza e poder de convicção ao quadro global da prova indiciária.

O contra-indício destina-se a infirmar a força da presunção produzida e, caso não tenha capacidade para tanto pela sua pouca credibilidade, mantém-se a presunção que se pretendia elidir.

Verificados os respectivos requisitos pode-se afirmar que o desenrolar da prova indiciária pressupõe três momentos distintos: a demonstração do facto base ou indício que, num segundo momento faz despoletar no raciocínio do julgador uma regra da experiência, ou da ciência, que permite, num terceiro momento, inferir outro facto que será o facto sob julgamento.

²⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 21-11-2011.

Assim, em primeiro lugar é necessário que os indícios sejam verificados, precisados e avaliados.

Em seguida tem lugar a sua combinação ou síntese. Esta operação intelectual efectiva-se com a colocação respectiva de cada facto ou circunstância acessória, e a sua coordenação com as demais circunstâncias e factos, e dá lugar à reconstrução do facto principal.

Esta síntese de factos indicadores constitui a pedra de toque para avaliar a exactidão e valor dos indícios assim como, também, releva para excluir a possibilidade de falsificação dos indícios.

Ao ocupar-se da prova por concurso de indícios, e estabelecer que condições devem estes reunir para fazer prova plena, os autores exigem, uniformemente, a concordância de todos os indícios²⁷ pois que, sendo estes factos acessórios de um facto principal, ou partes circunstâncias de um único facto, de um drama humano, devem – necessariamente – ligar-se na convergência das três unidades: o tempo, o lugar e acção, por forma a que cada indício esteja obrigado a combinar-se com os outros, ou seja, a tomar o seu lugar correspondente no tempo e espaço e todos a coordenar-se entre si, segundo a sua natureza e carácter, ou segundo relações de causa-efeito.

O terceiro momento reside no exame da relação entre facto indiciante e facto probando, ou seja, o funcionamento da presunção.

Como refere Duran a essência da prova indiciária reside na conexão entre o indício base e o facto presumido, fundamentada no princípio da normalidade conectado a uma máxima da experiência.

A máxima da experiência constitui a origem de toda a presunção, em combinação com o facto presumido que é o ponto de partido inverso e é o fundamento da mesma por aplicação do princípio da normalidade²⁸.

III

Aquele contra quem funciona a prova indiciária pode tentar infirmar a mesma por duas vias: ou através da contraprova que vise desvirtuar a força probatória do indício ou através da prova dum facto que se encontra em oposição com o potencial facto presumido²⁹.

Importa distinguir entre contraprova dirigida a desvirtuar o indício e impedir a formação da presunção e a prova do contrário cujo objectivo é destruir a presunção formatada de acordo com o procedimento de inferência adequado.

²⁷ Deve afirmar-se que concordância e convergência são conceitos distintos. Como afirma Delleplane: a primeira refere-se aos indícios ou factos indicadores a segunda às deduções ou inferências judiciais.

²⁸ Vg a venda de objecto a preço muito abaixo do preço de custo ou a posse dos papinhos de droga.

²⁹ Vouga.

Como refere Rosenberg³⁰, a contra-prova pretende colocar em crise a realidade de um determinado indício. Através da mesma questiona-se a sua densidade e credibilidade, semeando a dúvida no espírito do julgador, abalando o seu valor probatório. Tenta-se provar que o fato indiciário não existiu, quer demonstrando que não ficou provado, quer invocando uma outra razão que coloque em dúvida a sua existência³¹.

A estratégia que vise anular o indício pode ser assumida em dois planos distintos: ou por contra-prova directa, visando demonstrar de forma imediata que o facto nunca existiu ou que a sua genética enferma de patologia processual que inviabiliza o seu aproveitamento, ou através de contraprova indirecta através da qual se pretende provar um facto que é incompatível com o indício, ou indícios, sobre os quais assenta a presunção, abalando a força probatória deste.

Como refere Clement Duran os "contra-indícios" são aqueles factos com cuja prova se pretende desvirtuar a realidade do facto indiciado, seja pela incompatibilidade entre ambos, seja pelo infirmar do indício.

Nos contra-indícios deverá o juiz recorrer "às regras de experiência e a afirmação de um processo lógico e linear". Ao aceitar a tese da defesa e os seus contra-indícios, tal como ocorre nos indícios, o juiz terá de verificar se os mesmos estão provados por prova directa (que, no caso, teria de ser apresentada pela defesa) tendo igualmente de verificar se os contra-indícios são concordantes entre si e enfraquecem ou afastam a utilização dos indícios condenatórios, o que o juiz deverá fazer recorrendo sempre às regras de experiência e da lógica, não podendo simplesmente aderir a uma tese apenas porque ela se mostra plausível e susceptível de abalar a tese da acusação³².

Uma das questões suscitadas pela instrumentalização dos "contra-indícios" é a relevância que o tribunal lhes deve conceder quando se demonstra a sua inexactidão ou falsidade, ou seja se decidir na comprovação de tais circunstâncias qual a sua consequência.

A simples constatação de que a justificação avançada pelo arguido no sentido da exculpação é falsa ou até mesmo, a convicção de que não é crível ou é inconsistente, não pode ser usada como indicação da sua autoria do crime imputado.

Importa, todavia, acentuar que, se a descoberta da falsidade da invocação, só por si, não pode fundamentar uma convicção de culpa, já terá um outro significado caso, paralelamente, existam outros indícios.

Efectivamente, se não é admissível ponderar as inexactidões e falsidades do arguido como ponto de partida conducente a uma convicção da autoria do crime praticado, tal não invalida que se valorize tal falsidade, caso a mesma logre a corroboração de outros indícios.

³⁰ L Rosenberg, La carga de la Prueba, Buenos Aires, Edicion jurídica Europa America, 1956, pág. 69.

³¹ Gomez Colomer Derecho Jurisdiccional, Tomo II, volume I, Barcelona, Bosch, 1981, pág. 300.

³² A utilização da prova indiciária no crime de abuso de informação privilegiada, Faculdade de Direito, Universidade Católica do Porto. Disponível em:

<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/23802/1/M%C3%A1rcia%20Maria%20Teixeira%20Gomes.pdf>.

Como considerou o TC espanhol³³ "a futilidade da versão alternativa do arguido, ainda que não possa substituir a necessidade da prova da sua autoria dos factos, pode servir como elemento de corroboração dos indícios a partir dos quais se infere a sua culpa."³⁴


Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/1ibchp6g7q/streaming.html?locale=pt>

³³ Acórdão 174/1985, 17 de Dezembro.

³⁴ Importa referir a inadmissibilidade legal de valorar o exercício do direito ao silêncio do arguido como indício pois que o exercício de um direito constitucional não pode, simultaneamente, constituir um indício de prova da culpa.



3. Prova por ADN - recolha, preservação, comparação e valoração

Tiago Caiado Milheiro

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

3. PROVA POR ADN – RECOLHA, PRESERVAÇÃO, COMPARAÇÃO E VALORAÇÃO

Tiago Caiado Milheiro*

- I. Considerações gerais (§§ 1 a 4)
 - II. A génese do recurso à prova por ADN. “Primeiros passos”. Amostra-problema (§§5 a 9)
 - III. A comparação directa e/ou o recurso à base de dados de perfis de ADN (§§10, 11)
 - IV. Comparação directa
 - A. Recolha de amostras referência
 - a) Generalidades (§§12 a 14)
 - b) Suspeito ou arguido (§15)
 - b1) Consentimento (§§16, 17)
 - b2) Não consentimento (§18)
 - b2.1) Recolha coerciva (§19)
 - b2.1.1) Coerção e princípio do nemo tenetur se ipsum accusare (§20)
 - b2.1.2) Pressupostos da coerção (§§21, 22)
 - b2.1.3) Mecanismos de coerção (reserva judicial) e intensidade (§§23 a 26)
 - b2.1.4) Valoração da recusa injustificada ou irrazoável (§27)
 - B. Recolha, preservação e perícia (§§28 a 32)
 - C. Valoração probatória (§§33 a 41)
 - V. Interconexão de dados de perfis de ADN (§§42 a 47)
- Bibliografia
Apresentação *Power Point*
Vídeo

I. Considerações gerais

§ 1 O nosso CPP não contempla nenhum artigo específico relativo ao ADN. Não existe uma individualização e descrição da *prova por ADN*. Esta é o resultado da “fusão” de uma recolha de vestígios (*exame*) seguido de *prova pericial*.

Pelo que, será nos normativos relativos ao *exame* (meio de obtenção de prova) e *perícia* (meio de prova), conjugando com as *disposições gerais da prova*, que se descortinará o enredo disciplinar da *prova por ADN*.

§ 2 Não há qualquer restrição ao uso desta prova. A mesma visa o apuramento dos factos com relevância jurídico-processual elencados no artigo 124.º. Naturalmente, com as limitações que emergem da barreira levantada pelo artigo 126.º CPP.

Ao contrário, por exemplo, das apreensões de correspondência ou das escutas telefónicas, não se estabelece um *catálogo* de crimes que permita o uso da prova por ADN. Não obstante, para além da necessidade, a proporcionalidade é um princípio a sopesar, nomeadamente em casos de *recusa* de recolha de vestígios.

Ou seja, absteve-se o legislador de firmar um elenco fechado e taxativo, através de um juízo de proporcionalidade legal, prévio e abstracto, reconhecendo à prova por ADN uma aptidão

* Juízo de Execução da Maia.

probatória que se espraia por uma variada tipologia de crimes. É, assim, a *necessidade* probatória, a “bússola” do uso da prova por ADN, atendendo aos direitos fundamentais que são comprimidos, à luz do artigo 18.º, n.º 2, CRP, de molde a não resvalar para excessos desproporcionais e desadequados aos fins do processo penal (o que será mais premente nos casos de *recusa*, quer da vítima, quer do arguido, mas também de um terceiro a quem seja necessário recolher vestígios).

§ 3 Num outro prisma, a lei não determina a sua utilização como prova *exclusiva* para obter um resultado probatório. Em determinados crimes podem ter um maior “peso” e relevância (v.g. crimes sexuais), *acentuando-se* a sua necessidade probatória. Mas *não* afasta a obtenção de prova através de outros meios.

§ 4 Também a prova por ADN não é única, nem lhe é inerente qualquer tendência de *singularidade*. Pode cruzar-se com outras diligências de prova, como seja os reconhecimentos, buscas, reconstituições de facto. E tanto estas diligências podem conduzir à necessidade de produção da prova por ADN, como suceder precisamente o contrário. É de uma ligação de *complementaridade* que se trata.

II. A génese do recurso à prova por ADN. “Primeiros passos”. Amostra-problema.

§ 5 A prática do crime é o “ponto de partida”. Tentar apurar quem o perpetrou, quando e de que forma são questões para as quais se procura obter resposta. E é através das provas que se almeja reconstituir no presente o que ocorreu no passado.

Relativamente à prova por ADN são os vestígios biológicos (v.g. sangue, sémen, cabelos, pele) que a “alimentam”. Ou seja, estes são a condição para o recurso àquela prova.

§ 6 A importância do “rasto biológico” implica especial atenção por parte das polícias. Pela sua perenidade, potencial contaminação, perigo de adulteração, ocultação ou destruição, após a notícia do crime, *as medidas cautelares* para preservação dos vestígios (artigo 249.º CPP) são, nas raras vezes, o ponto chave do sucesso da investigação.

§ 7 Descoberta a “localização” de vestígios biológicos segue-se a *recolha de amostras*. Apelida-se de *amostra problema* “a amostra, sob investigação, cuja identificação se pretende estabelecer” [utilizando a definição vertida no artigo 2.º/c L 5/2008 (LADN)].

A recolha de amostra problema pode ser no *lugar, coisas e pessoas* que se encontrem no local do crime ou em outro local (artigo 171.º/1 CPP). Ou seja, não existe qualquer limitação *espacial, pessoal ou temporal* na recolha. Se os vestígios biológicos se revelam pertinentes para descobrir a verdade material *devem ser recolhidos*. Tanto se podem encontrar na vítima (v.g. sémen que o agressor deixou no seu corpo), num terceiro (v.g. cabelo do suspeito), no local do crime (v.g. via pública) ou em qualquer outro local (v.g. veículo). *Temporalmente* os vestígios podem ser recolhidos *imediatamente* após o crime (artigo 171.º/2 e 249.º/2/a CPP; v.g. sangue resultante de um esfaqueamento), como podem ser encontrados com base em

outras diligências probatórias (v.g. prova testemunhal que viu agressor a retirar as luvas logo a seguir ao crime, o que permite apreendê-las e recolher pele que se encontrava nas mesmas; escutas telefónicas do qual resulta o local da violação; reconstituição que indicia objectos onde existia sangue).

§ 8 Pode suceder que os vestígios se encontrem em locais ou coisas *não* livremente acessíveis. Existe um *dever* dos cidadãos em disponibilizar o acesso a lugares e coisas onde se encontrem vestígios (artigo 171.º CPP), sob pena de compulsão “*por decisão da autoridade judiciária competente*” (artigo 172.º/1 CPP). O acesso “forçado” para recolha deve ser conjugado com outras normas do processo e princípios constitucionais (v.g. busca domiciliária para examinar lugar ou coisa apenas pode ser autorizada por juiz). O que importa reter é a existência de um *dever de colaboração com a investigação criminal*. Sendo certo que, em caso de recusa, a decisão dependerá da autoridade judiciária que deverá conjugar os interesses da investigação, mas também os interesses pessoais dos visados (aqueles que têm o dever de disponibilizar).

§ 9 Especial conflito de interesses, de natureza constitucional, poderá existir na recolha de vestígios *na* vítima do crime (artigos 171.º/1 CPP). Em princípio, sendo “interessada” na descoberta do criminoso, prestará a sua colaboração. Mas poderá recusar por motivos de diversa índole e que, inclusive, podem assentar na sua vontade em não se *sujeitar* a um processo criminal (o que nos reconduz, em princípio, aos crimes públicos). Perante uma recusa só através de despacho judicial (artigos 172.º/1 e 154.º/3 CPP) será possível *compelir* a vítima à recolha. Deverá ponderar-se os princípios da proporcionalidade, adequação, necessidade, não excesso. Sopesar a gravidade do crime, natureza do mesmo, essencialidade probatória, revitimização, interesse público na punição. E, igualmente, deve-se considerar a *intensidade* da intrusão. Note-se que, perante uma recusa e inexistência de autorização judicial para uso de compulsão, eventualmente, ainda será possível a recolha de amostras da vítima, através da apreensão da roupa, por exemplo.

III. A comparação directa e/ou o recurso à base de dados de perfis de ADN

§ 10 Feita a recolha da amostra problema a etapa seguinte é tentar estabelecer uma identificação. Saber de quem é aquele vestígio é a premissa que motiva a recolha.

Para tanto é necessário obter um *match* com uma *amostra referência*, o que pode ser logrado através de uma comparação directa ou através do recurso à base de dados de perfis de ADN. Na primeira situação existiu uma recolha de uma amostra referência com a qual se pretende comparar a amostra problema. No segundo caso não se conseguiu localizar e recolher, no decurso do processo criminal, uma amostra referência e pretende-se lograr uma identificação da amostra problema através de uma comparação com amostras referência que existam na base de dados (mas o entrecruzamento com perfis de ADN de amostras problema que ali se encontrem armazenados também se poderá revelar útil para a investigação criminal, como veremos adiante).

§ 11 Não se tratam de diligências de prova excludentes, ou seja, são duas vias investigatórias que relevam. Ambas com as suas valias e cuja utilização muito dependerá dos “trilhos” que estão a ser seguidos pela investigação criminal.

Esta teleologia é subjacente à LADN, segundo a qual a *inserção* de amostras problema na base de dados de perfis de ADN consiste na *regra* sujeita a validação pela autoridade judiciária (artigo 18.º, n.ºs 3, 4 e 6, LADN). Ou seja, a lei visa incentivar o recurso à base de dados de perfis de ADN como um meio de eleição na investigação de criminalidade em que seja necessário identificar vestígios biológicos (o que também emerge das situações de obrigatoriedade de inserção dos perfis de ADN de condenado ao abrigo do artigo 8.º, n.ºs 2 e 3, LADN).

IV. Comparação directa

A. Recolha de amostras referêcia

a) Generalidades

§ 12 Existindo amostra-problema (vide II) a “etapa” seguinte é tentar comparar-se com outras amostras para lograr a identificação de uma pessoa. Conforme definição do artigo 2.º/d, LADN “a amostra utilizada para comparação” é a *amostra referêcia*.

A recolha de amostra referêcia tanto pode incidir sobre o arguido ou suspeito, como na vítima, ou até terceiras pessoas. Premissa para essa recolha é a existência de uma amostra problema e interesse da investigação criminal em esclarecer a que pessoa “pertence” o vestígio.

§ 13 A recolha de amostras referêcia pode ser feita logo em seguida ao crime (v.g. situação de flagrante delito em que é detido um suspeito de furto qualificado a fugir, existindo sangue na janela por onde o mesmo foi visto a sair), ou na sequência de um conjunto de diligências de prova (v.g. declarações de assistente, vítima, testemunhas, escutas telefónicas, apreensões, declarações de co-arguido, reconhecimentos, reconstituições de facto), através das quais se identificaram pessoas e existe uma necessidade, para fins de investigação criminal, em apurar se as amostras problema lhes “pertencem”.

§ 14 Imprescindível é a necessidade probatória da *recolha*. Esta pode ser efectuada em território nacional ou no estrangeiro, caso exista convenção que o permita ou mecanismo de cooperação internacional. No âmbito da UE esse pedido de recolha pode ocorrer ao abrigo de uma decisão europeia de investigação.

b) Suspeito ou arguido

§ 15 A recolha de amostras *para efeito de comparação directa* pode ser em *suspeito ou arguido* (ao contrário da recolha *para efeito de interconexão na base de dados de perfis de ADN* que apenas pode ser a *arguido*).

Mas não é inócua a qualidade processual.

A omissão de constituição como arguido de um suspeito verificada a premissa legal (artigos 57.º a 59.º CPP) poderá “inquinar” a prova por ADN, pelas garantias acrescidas conferidas ao arguido. Por exemplo, se for arguido, tratando-se de pessoa especialmente vulnerável é obrigatório estar assistido por advogado no *acto de consentimento* – sob pena de nulidade insanável e proibição de prova (cf. artigo 64.º, n.º 1, al. d), do CPP), o que também sucederá caso se revele necessário ou conveniente (artigo 64.º, n.º 2, do CPP, embora nestes casos exista possibilidade de renúncia).

Já no caso de suspeito não é necessário advertir que pode constituir advogado. Mas se o suspeito quiser estar na presença de advogado aquando da recolha tem esse direito.

Note-se que, existindo despacho judicial a ordenar a recolha, não existe obrigatoriedade da presença de advogado, já que o próprio juiz já verificou a legalidade do acto.

b1) Consentimento

§ 16 Existindo uma necessidade probatória na recolha da amostra este exame pode ser realizado existindo *consentimento* do suspeito ou arguido.

Logrado consentimento o exame pode ser ordenado pelas polícias. Relembre-se que, a prova por ADN abarca um exame e perícia, pelo que será conveniente que o consentimento também abranja a realização da perícia. Perícia esta que pode ser ordenada por MP, PJ ou OPC se estiver abrangido pela delegação do inquérito.

§ 17 Um consentimento processualmente válido deve ser: *livre, esclarecido e informado*, sem se verificar nenhuma situação passível de se subsumir no artigo 126.º CPP (v.g. informação falsa sobre as consequências da recusa, da existência de outra prova, ou de benefícios inexistentes). Como mencionámos, não só se deve esclarecer se consente na recolha da amostra, como elucidar da *finalidade*, onde se inclui a perícia para comparar perfis de ADN.

Tratando-se de arguido o consentimento deve ser na presença de Defensor nos casos vertidos no artigo 64.º/1 CPP ou se necessário ou conveniente – 64.º/2 CPP.

Verificados estes requisitos, e existindo aceitação, deve o consentimento ficar documentado no processo, após o qual se poderá “avançar” com diligências de recolha.

b2) Não consentimento

§ 18 Em contraponto o suspeito ou arguido podem *não* consentir na recolha de amostras (v.g. sangue, cabelo, saliva). Esta recusa pode ser expressa ou implícita [ou seja, o seu comportamento demonstra, inequivocamente, que se pretende eximir ao exame (v.g. convocado várias vezes para o exame falta)].

Do mesmo modo, existem situações de incapacidade para consentir (artigos 154.º/3 e 172.º/2 CPP), ou seja, a pessoa em causa é incapaz de expressar de forma plena a sua vontade. Pelo que, mesmo que haja consentimento, este não é processualmente válido, inquinando a prova. Apenas será de afastar a proibição de prova nas situações em que as autoridades estão de boa-fé, não sendo perceptível a incapacidade que posteriormente se vem invocar.

b2.1) Recolha coerciva

§ 19 Perante o não consentimento, ou incapacidade para consentir, que impede a recolha voluntária de amostras, as polícias (ou o MP) não poderão, em caso algum, efectivar a mesma. Trata-se de uma “barreira” apenas ultrapassável por despacho judicial. Existem duas opções. Enveredar por outras vias investigatórias, nomeadamente, procurar recolher as amostras em lugares, coisas ou pessoas, que contenham vestígios biológicos do arguido ou suspeito (v.g. escova de cabelo, de dentes, copo de água) ou considerar absolutamente necessário a recolha na pessoa daqueles para obtenção de uma prova fidedigna. Neste último caso, deverá o MP promover ao JI a *imposição* dessa recolha. Reserva jurisdicional cuja omissão redundará numa proibição de prova.

b2.1.1) Coerção e princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*

§ 20 A recolha coerciva não colide com o princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*, nem com o direito ao silêncio. Aliás, é o que resulta, inequivocamente, do artigo 7.º/3 Directiva 2016/343 relativa à presunção de inocência. É igual a posição do TC, conforme acs. 155/2007 e 228/2007, ressaltando que o *direito ao silêncio, não abrange elementos obtidos do arguido por meio de poderes coercivos, mas que existam independentemente da vontade do sujeito, por exemplo as colheitas, por expiração, de sangue, de urina, assim como de tecidos corporais com finalidade de análises de ADN, ou a colheita de saliva por zaragatoa bucal*. Argumentação que tem a sua origem no TEDH (acórdão Saunders v. Reino Unido, de 17 de Dezembro de 1996).

b2.1.2) Pressupostos da coerção

§ 21 Na fase de inquérito a recolha coerciva implica um *pedido* ao JI. Relativamente à decisão do uso de compulsão deverá, desde logo, verificar se é *necessária*. Ou seja, da (in)existência de outros meios que permitam, com o mesmo grau de fidedignidade, descobrir se o vestígio biológico da amostra problema pertence ao suspeito ou arguido. Está aqui presente uma indagação a nível da eficácia/ineficácia investigatória. Sendo certo que, em regra, a prova por ADN é sempre uma “mais valia”. A “impressão digital genética” é um auxiliar cada vez mais

imprescindível da investigação criminal, pelo que, o indeferimento por desnecessidade apenas deverá ocorrer quando é manifesta.

§ 22 Tarefa mais árdua terá o juiz na *compatibilização* dos direitos cuja compressão é inerente a uma recolha coerciva. Esta, como referimos, tem como *conditio sine quo non* um pedido e decisão judicial de compulsão (cfr. artigos 154.º, n.º 3 e 172.º/1/2 CPP). O despacho (no sentido do deferimento ou indeferimento) deverá ser *fundamentado*, sopesando, para efeito de juízo decisório, os direitos à integridade, autodeterminação corporal, autodeterminação informativa genética e privacidade do visado *versus* o interesse punitivo estadual na descoberta da verdade material e punição dos agentes do crime (interesse de ordem pública, de bem-estar geral, de realização da justiça e busca da verdade material), e, igualmente, o interesse da vítima. O *direito à prova e à realização da justiça*, também é um interesse constitucionalmente tutelado da vítima e com respaldo no artigo 67.º-A CPP, pelo que, esta “relação triangular” é um novo paradigma para aferir da admissibilidade da prova. Apesar de não existir um *catálogo* de crimes que habilite o uso de uma recolha coerciva, a *gravidade* do ilícito constitui um dos elementos a ponderar para indeferimento/deferimento. O crivo de análise, quanto aos pressupostos de necessidade, proporcionalidade, adequação e não excesso, será mais “apertado” quanto menor a moldura abstracta do crime que se investiga. Por exemplo, apesar de a nossa lei não impedir uma recolha coerciva para prova da injúria (v.g. que tenha consistido num comportamento de cuspir, revelando-se pertinente aferir se a saliva que se recolheu do ofendido é do suspeito), a menor gravidade do crime impõe uma redobrada atenção na compatibilização dos interesses juridicamente relevantes que estão em “jogo”.

b2.1.3) Mecanismos de coerção (reserva judicial) e intensidade

§23 Decidindo-se pelo deferimento o juiz deverá fazer constar do despacho o *dever* do suspeito, ou arguido, se submeter ao exame. Mas, esta advertência, poderá ser insuficiente no sentido de “convencer” o visado a colaborar. Nesse mesmo despacho, ou posteriormente, a pedido do MP, poderá também advertir-se que a omissão de colaboração impeditiva da recolha da amostra será cominada com crime de desobediência e/ou condenação em multa.

§ 24 Poderá, contudo, (também) revelar-se insuficiente, *mantendo* o suspeito, ou arguido, a recusa. Não comparecendo perante a entidade que faria a recolha. Ou, estando presente, refuta verbalmente a recolha ou adopta comportamento impeditivo da mesma. Nestas situações existe a possibilidade de *uso de força física*. Mas, quer a sua utilização, quer o seu *quantum*, devem ser delimitados por um juiz de acordo com critérios da proporcionalidade, adequação, necessidade, não excesso. Sempre o mesmo poderá fazer constar do despacho que, *mantendo-se a recusa*, após a advertência de desobediência ou multa, é legítimo o uso da força adequada, proporcional e necessária à recolha, que não afronte a dignidade humana. Se é certo que a “consignação” em despacho dessa possibilidade poderá ser mais um elemento para que o suspeito, ou arguido, cumpra o dever de se submeter à recolha, nos casos em que resiste, esta fórmula genérica será insuficiente para dar cobertura à multiplicidade de casos da vida real que podem ocorrer e suscitar dúvidas sobre a intensidade e método coercivo que se pode utilizar.

§ 25 A questão da proporcionalidade (e respeito pela dignidade humana) coloca-se, essencialmente, no momento da efectivação da recolha coactiva da amostra e não aquando da ponderação em abstracto dos interesses constitucionais que estão em “jogo” (juízo esse realizado *ex ante* no momento da prolação do despacho judicial). Após a autorização do uso de força física, e explicado ao visado, a manutenção de uma postura de *não* colaboração, principalmente, em casos de resistência activa, poderão despoletar dúvidas sobre se a força e o método que é necessário utilizar em concreto para fazer quebrar a resistência do suspeito, ou arguido, viola a proporcionalidade (ou a dignidade da pessoa humana). Nestes casos, melhor será colocar a questão ao juiz, de modo a evitar uma *proibição de prova*. De todo modo, essa prova ficará inquinada se o uso da força atinge a dignidade da pessoa humana e/ou se revelar desproporcional (a intensidade da força poderá variar considerando a gravidade do crime em causa; *objectivamente* se, em regra, puxar um cabelo com força, ou agarrar uma pessoa para o retirar poderão situar-se num plano aceitável, apertar o pescoço com força e violência para extrair saliva já resvalará para a desproporcionalidade; mas, por exemplo, segurar o suspeito ou arguido e ordenar que abra a boca para lograr uma amostra de saliva pode conter-se na força admissível).

§ 26 Conforme assinalámos a recusa da recolha não consiste num obstáculo intransponível para obtenção de uma amostra do suspeito, ou arguido, que permita obter o seu perfil de ADN e, assim, concretizar a comparação com a amostra problema. Podem realizar-se diversas diligências de prova, com o fito de localizar e identificar locais e/ou coisas (ou pessoas) em que o mesmo “deixe” vestígios biológicos (escovas, copos de águas, roupa, etc).

b.2.1.4) Valoração da recusa injustificada ou irrazoável

§ 27 Bastante controverso será a possibilidade de valorar, como indício de culpabilidade, uma recusa totalmente injustificada ou irrazoável. Tratando-se de um *dever* do suspeito, ou arguido, que não está abrangido pelo direito à não autoincriminação, nem pelo direito ao silêncio, não deverá adoptar-se uma resposta absolutista sobre a possibilidade/impossibilidade de analisar esse *comportamento* de uma forma global, ou seja, interligado, conjugado e entrecruzado com a demais prova. Nunca no sentido de inverter o ónus da prova, mas apenas como mais um elemento que, numa determinada dinâmica processual, é passível de ser interpretado e valorado.

B) Recolha, preservação e perícia

§ 28 O *iter* da prova por ADN implica a recolha, preservação e a realização de uma perícia que consiste na comparação dos perfis de ADN.

§ 29 Relativamente à *recolha* a mesma deve ser concretizada por médico ou pessoa habilitada, ou seja, aquela que tenha os conhecimentos necessários para a diligência. E tem como limite a saúde do visado, devendo fazer-se uso do método menos invasivo, que respeite a dignidade humana, em regra, através da utilização da zaragatoa bucal (artigo 10.º LADN, também aplicável à comparação directa).

§ 30 *Preservar* a amostra é, igualmente, um momento crucial na prova por ADN, para o seu sucesso e fidedignidade. Essa preservação inicia-se, desde logo, no momento da recolha da amostra, o que implica cautelas para evitar a destruição e contaminação do vestígio. Necessidade de preservação que se mantém no transporte e entrega, até à realização da perícia. E mesmo posteriormente, caso se revele pertinente uma contraprova.

§ 31 Tal como sucede em outras provas, mas com especial pertinência na prova por ADN, é necessário zelar pela denominada *cadeia de custódia*. O que implica a *descrição* de como se realizou a recolha, preservação, envio, recepção, guarda da amostra e *cumprimento* de procedimentos de segurança/preservação. Revela-se pertinente a consagração, por parte das entidades que devem zelar pela preservação, de regras internas de boas práticas, regulamentos, instruções, ordens de serviço. E que devem ser conhecidas pelos interessados para que possam sindicar se foi respeitada a *cadeia de custódia*. A sua importância é patente na disciplina normativa do artigo 18.º/5, LADN, estabelecendo-a como condição para a inserção – “*Constitui pressuposto obrigatório para a inserção dos dados a manutenção da cadeia de custódia da amostra respetiva*”. Significa que, nas situações em que se suscitam dúvidas sobre a cadeia de custódia, a validade e força probatória da prova por ADN é “abalada” (v.g. dúvida de quem é o vestígio ou se existiram adulterações/alterações).

§ 32 Para encerrar o “ciclo processual” do qual surgirá a prova por ADN realiza-se uma perícia. Vigora em Portugal o sistema da perícia oficial, estando a mesma a cargo do INMLCF ou do LPC. São estas as entidades a quem é reconhecida competência técnica para realizar as comparações de perfis de ADN.

C) Valoração probatória

§ 33 O relatório pericial deverá estar fundamentado (artigo 157.º do CPP), explicitando a metodologia, a base científica, resultados e probabilidades. A falta de fundamentação, inexistência de fundamentação bastante ou, apenas, a existência de uma conclusão, consiste numa irregularidade que afecta a validade do acto (artigo 123.º, n.º 2, do CPP), pelo que deve ser ordenada a *completude* da motivação ou a junção desta.

§ 34 O resultado da comparação de perfis de ADN pode confirmar, ou infirmar, suspeitas. Mas, quando pertinente, *a perícia deve ser feita e, se foi realizada, deve ser valorada*. A não valoração da perícia, nos termos do artigo 163.º, n.º 1, do CPP, ou a não realização, quando necessária, poderá motivar um requerimento de abertura de instrução (para o JI reanalisar essa prova), invocação de invalidades e, em caso de indeferimento, recurso.

§ 35 A existência de um *match* apenas prova que o vestígio biológico em causa tem o perfil de ADN do suspeito ou arguido. Não prova o crime. Terão que sopesar-se os demais elementos probatórios.

§ 36 Deve distinguir-se a *força probatória da perícia* [caso a comparação de perfis de ADN seja *positiva*, essa *conclusão pericial* deve ser *respeitada* pelo tribunal (excepto se, fundamentadamente, a coloque em causa)] e o seu “*peso*” probatório no cômputo de uma análise global da prova.

Sob este último prisma a valoração está sujeita à regra da livre apreciação da prova (artigo 127.º CPP). Deverá exarar-se o motivo pelo qual o tribunal “atribuiu” uma maior, ou menor, aptidão probatória. O que depende de várias circunstâncias: local onde foi encontrado o vestígio, razões para se encontrar naquele local, coisa ou objecto, cadeia de custódia, prova de fraude ou adulteração, conexão com outra prova. A prova de ADN pode, *isoladamente*, convencer o tribunal do crime ou, pelo contrário, da sua inexistência. Ou, *conjugada* com outra prova, convencer da culpabilidade ou da inocência. Ou gerar dúvidas que, por apelo ao *in dubio pro reo*, conduzem ao arquivamento ou absolvição.

§ 37 Estaremos perante uma *prova por ADN proibida*, insusceptível de ser utilizada, quando se afrontem, de forma intolerável, direitos fundamentais do arguido. Serão exemplos os casos de recolha coerciva sem despacho judicial ou que atente contra a saúde do visado; o uso de um método de coerção desproporcional; consentimento não esclarecido e informado; falta de assistência de advogado quando obrigatória; utilização de amostra após juiz ordenar destruição. Bem como o catálogo de *proibições* vertidas no artigo 126.º CPP.

§ 38 O auto de consentimento é um documento autêntico que prova a existência da *declaração de consentimento* (cfr. artigo 99.º, n.º 1, do CPP). Para destruir esta força probatória deverá ser carreada para os autos prova que permita concluir pela falsidade do mesmo (cfr. artigo 169.º do CPP). Contudo, provando-se um “vício” do consentimento, caso se revele necessário, e se verifiquem todos os pressupostos legais, nada obsta a que se submeta o arguido a *nova* recolha de amostras e perícia.

§ 39 A consagração da perícia oficial e as garantias de imparcialidade das entidades que a realizam permitem afastar a inconstitucionalidade relativa a uma impossibilidade de nomeação de consultor técnico, conforme se extrai do ac. TC 133/2007. A sua ausência não inquina, portanto, a força probatória da comparação de perfis de ADN.

§ 40 Visando acautelar o direito ao contraditório o artigo 11.º LADN consagra um importante princípio. *Deve* ser preservada uma parte bastante e suficiente da amostra para realização de *contra-análise*, salvo em caso de manifesta *impossibilidade*. Se era possível preservar amostra suficiente, mas tal não foi feito, inviabilizando uma contra-análise requerida pelo arguido, deparamo-nos com uma proibição de valoração de prova, por comprimir desproporcionalmente as garantias de defesa do arguido, concretamente a possibilidade de contraditar a fiabilidade da prova (artigo 32.º da CRP). No entanto, essa *contaminação* pressupõe a existência de motivos para a realização de uma segunda perícia.

§ 41 Dita o artigo 156.º, n.º 7, do CPP que o exame e amostras recolhidas têm como finalidade *exclusiva* a identificação no âmbito de uma investigação criminal em curso, ou relativa a *processos já instaurados*. Exemplo: vários processos de furto qualificado em que se encontrou sangue ou cabelos nos locais do crime. Num desses processos é detido um suspeito cujo perfil coincide com o vestígio biológico analisado, após realização coactiva de exame e perícia. Atento o mesmo *modus operandi* dos outros furtos qualificados, em processos *instaurados*, esta amostra é usada *também* para comparar com os vestígios deixados nos *outros* locais do crime, o que é admitido por aquela norma. O que não pode suceder é que, com base nessa

amostra, se abram *novos* inquéritos para tentar apurar se aquele indivíduo cometeu mais crimes. Controverso é quando a recolha e exame foi lograda mediante *consentimento*. Deverá *informar-se* o suspeito ou arguido da possibilidade de utilização em *outros processos*? Se não tiver dado o consentimento será necessário despacho judicial para permitir essa utilização num outro processo? Ou a admissibilidade da utilização é *ope legis*?

V. Interconexão de dados de perfis de ADN

§ 42 Quando não é possível a localização da pessoa com quem se pretende comparar o perfil de ADN ou, foi localizada, mas não é possível comparação directa, inexistindo amostra referência (v.g. casos de recusa ou impossibilidade), revela-se pertinente a comparação com os perfis de ADN que se encontram na base de dados, ao abrigo da L 5/2008, ou seja, a comparação através de interconexão de dados no âmbito da base de dados de perfis de ADN. Trata-se de um precioso *meio de investigação* que não se deve descurar.

§ 43 A vontade legislativa no sentido de “eleger” a base de dados como um dos meios ao dispor da investigação fica bem patente se atentarmos na norma que determina a inserção *automática* dos perfis de ADN das amostras problema na base de dados, sujeita a validação da autoridade judiciária (artigo 18.º/3/4/6, LADN).

§ 44 Inserido o perfil de ADN da amostra problema o programa informático CODIS faz um “varrimento” (artigo 19.º/1 LADN – interconexão automática e 19.º-A, LADN). Pode existir, por exemplo, um *match ou hit* com amostras problema ou amostras referência de pessoas condenadas (artigo 19.º/6, LADN).

§ 45 Um *hit* com amostras problema não é inócuo e pode vir a constituir uma importante “pista” para descobrir o autor do crime. Por exemplo, através da interligação de várias amostras problemas depura-se o *modus operandi* e perfil do criminoso.

§ 46 A existência do *hit* é comunicado ao processo da amostra problema. Mas os *dados pessoais* correspondentes ao perfil coincidente e o relatório pericial *apenas* são comunicados “se o juiz competente, oficiosamente ou na sequência de requerimento escrito fundamentado do Ministério Público ou do arguido, sem prejuízo do regime do segredo de justiça, decidir por despacho fundamentado que esta comunicação é adequada, necessária e proporcional, tendo em conta, nomeadamente, o relatório relativo à recolha da «amostra problema»” (artigo 20.º/1/2, LADN). Contudo, existe uma excepção contemplada no artigo 20.º/8, LADN: “Nos casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada em que seja urgente a identificação de suspeitos para a descoberta da verdade, e não sendo possível recorrer às autoridades judiciárias em tempo útil, a comunicação prevista nos n.os 1 e 2 pode ser efetuada diretamente aos órgãos de polícia criminal, sem prejuízo de a diligência ter de ser de imediato comunicada para validação pelo juiz competente, no prazo máximo de 72 horas”.

§ 47 Também o *iter* constitutivo de uma prova de ADN resultante do recurso à base de dados assenta na *recolha, preservação e valoração*. A *recolha* de amostras para efeitos de

interconexão com perfis de ADN existentes na base de dados pode ser *consentida ou coerciva* [artigo 8/1 e 4, LADN; ao contrário da comparação directa essa recolha não pode incidir sobre suspeito, mas apenas em relação ao arguido], existindo um direito à informação (artigo 9.º, LADN), mais se devendo respeitar o modo de recolha estatuído no artigo 10.º, LADN e as regras de salvaguarda do contraditório contempladas no artigo 11.º, LADN. No que concerne à *preservação*, atento o artigo 18.º/5, LADN, constitui pressuposto obrigatório para a inserção dos dados a manutenção da cadeia de custódia da amostra respetiva. E por fim, em termos de *valoração*, a prova por ADN que resulta do recurso à base de dados nunca pode, por si só, fundamentar uma decisão desfavorável ao arguido, como resulta do artigo 3.º, n.º 4 e 38.º, LADN. Trata-se de uma limitação ao valor probatório de tal interconexão. Do mesmo modo, a força probatória ficará abalada provando-se vícios na cadeia de custódia. E as interconexões não permitidas ou com perfis de ADN que já deveriam ter sido destruídos conduzem a uma proibição de prova.

Bibliografia consultada

Comentário Judiciário do Código de Processo Penal, tomo II, 2019, Almedina (anotações de Pedro Soares de Albergaria, António Latas e Maria do Carmo Silva Dias, aos artigos relativos aos exames e perícias).

“Prova por ADN e o papel do Juiz de Instrução Criminal” (2014) e “A intervenção judicial na Lei 5/2008” (2015) (Tiago Caiado Milheiro), cujos textos podem ser consultados em www.cfbdadosadn.pt/pt/estudosjurisprudencia.

Apresentação Power Point

1

Prova por ADN

Resultado de recolha de vestígios (exame) seguido de prova pericial

Inexistência de um catálogo de crimes

Ausência de normas que a imponham como prova exclusiva para obter um resultado probatório

Podem cruzar-se com outras diligências de prova (reconhecimentos, buscas, reconstituições de facto)

2

Prova por ADN

O crime

Os vestígios biológicos (sangue, sémen, cabelos, pele)

Notícia do crime e medidas cautelares para preservação dos vestígios (art. 249.º CPP)

Recolha de amostras problema [definição no art. 2.º/c L 5/2008 (LADN) – “a amostra, sob investigação, cuja identificação se pretende estabelecer”].

No lugar, coisas e pessoas que se encontrem no local do crime ou outro local (art. 171.º/1 CPP)

Vestígios recolhidos imediatamente após o crime (art. 171.º/2 e 249.º/2/a CPP) ou encontrados com base em outras diligências probatórias

3

Prova por ADN

A recolha de vestígios na vítima do crime (arts. 171.º/1 CPP), Recusa. Necessidade de despacho judicial (arts. 172.º/1 e 154.º/3 CPP). Proporcionalidade, necessidade, não excesso. Ponderar gravidade do crime, natureza do mesmo, essencialidade probatória, revitimização, interesse público na punição

Dever dos cidadãos disponibilizarem o acesso a lugares e coisas onde se encontrem vestígios (art. 171.º), sob pena de compulsão “por decisão da autoridade judiciária competente” (art. 172.º/1). Deve ser conjugado com outras normas do processo e princípios constitucionais (v.g. busca domiciliária para examinar lugar ou coisa apenas pode ser autorizado por juiz)

4

Prova por ADN

Procurando o autor do crime

Comparação directa e recurso à base de dados de perfis de ADN

Diligências de prova que não são auto-excludentes.

Duas vias investigatórias a sopesar

Teleologia subjacente à LADN com inserção de amostras problema– regra pelo INMLCF e LPC sujeita a validação pela autoridade judiciária – ou amostras de condenado

5

Comparação directa - Recolha de vestígios

A recolha de amostras referência (definição no art. 2.º/d LADN – “a amostra utilizada para comparação”)

Em regra: Prévios resultados probatórios (declarações de assistente, vítima, testemunhas, escutas telefónicas, apreensões, declarações de co-arguido, reconhecimentos, reconstituições de facto). Ou flagrante delito.

Identificação de um suspeito

Da necessidade de recolha de amostras (exame) – releva para despacho judicial

Da constituição como arguido. A recolha para efeitos de comparação directa pode ser em suspeito ou arguido (ao contrário da recolha para efeitos de interconexão na base de dados de perfis de ADN que apenas pode ser a arguido)

6

Comparação directa - Recolha de vestígios

Recolha de amostras referência na pessoa suspeito ou arguido ou em lugares ou objectos que permitam uma conexão com aquele

V.g. buscas a veículos automóveis ou habitação do suspeito/arguido para recolha de vestígios (cabelos pentes, saliva escovas de dentes, sangue arma do crime)

Obtenção de vestígios biológicos do suspeito/arguido em locais e objectos por onde passe ou toque – cigarros – conhecidos em virtude de vigilância ou outra prova – testemunha – desde que não seja meio enganoso (art. 126.º CPP) – amostras descartadas

Da necessidade de, não obstante, fazer recolha de amostras no próprio suspeito/arguido

7

Comparação directa - Recolha de vestígios

Decisão investigatória de recolher amostras em suspeito ou arguido

Da relevância de decidir da constituição de arguido – omissão pode vir a inquinar a prova

Se for arguido em caso de detenção para recolher amostras ou sendo pessoa especialmente vulnerável é obrigatório estar assistido por advogado – sob pena de nulidade insanável e proibição de prova (art. 64.º, n.º1 – e sempre que necessário ou conveniente – n.º 2 – nestes casos possibilidade de renúncia)

Se suspeito não é necessário advertir que pode constituir advogado. Mas se o suspeito quiser estar na presença de advogado tem esse direito

Se estiver num outro país decisão europeia de investigação ou mecanismos de cooperação internacional

8

Comparação directa - Recolha de vestígios

Consentimento/Não consentimento

Consentimento: livre, esclarecido e informado e sem a verificação de nenhuma situação passível de se subsumir no art. 126.º CPP (v.g. informação falsa sobre as consequências da recusa, da existência de outra prova, ou de benefícios inexistentes)

Na presença de advogado nos casos do 64.º/1 CPP ou se necessário ou conveniente – 64.º/2 CPP

Se existir consentimento o exame pode ser ordenado pelas polícias

Consentimento para recolha diferente de consentimento para perícia

Perícia pode ser ordenada por MP, PJ ou OPC se estiver abrangido pela delegação do inquérito

Se consentir no exame e não perícia? Dever de esclarecimento

9

Comparação directa - Recolha de vestígios

Não consentimento

Situações de incapacidade para consentir (art. 154.º/3 e 172.º/2 CPP)

Recusa expressa ou implícita – actuação demonstra que de facto quer eximir-se ao exame

Recolha coerciva não colide com o princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare* nem direito ao silêncio (art. 7.º/3 Directiva 2016/343 presunção de inocência)

Reforma de 2007 ao CPP. Ac do TC 155/2007 e 228/2007 – O direito ao silêncio, não abrange *elementos obtidos do arguido por meio de poderes coercivos, mas que existam independentemente da vontade do sujeito, por exemplo as colheitas, por expiração, de sangue, de urina, assim como de tecidos corporais com finalidade de análises de ADN, ou a colheita de saliva por zaragatoa bucal.* – ac. TEDH Saunders

10

Comparação directa - Recolha de vestígios

Compulsão se necessário – (in)existência de outros meios de recolha que permitam com o mesmo grau de fidedignidade afirmar que são vestígios biológicos do suspeito ou arguido/eficácia-ineficácia investigatória

“Impressão digital genética” é um auxiliar cada vez mais imprescindível da investigação criminal

Pedido e decisão de compulsão - (cfr. art. 154.º, n.º 3 e 172.º, /1/2 CPP). Na realização de um exame e perícia coactiva de ADN estão em causa os direitos à integridade, à autodeterminação corporal e autodeterminação informativa genética e privacidade do visado vs o interesse punitivo estadual na descoberta da verdade material e punição dos agentes do crime (interesse de ordem pública de bem-estar geral de realização da justiça e busca da verdade material), bem como o interesse da vítima

Comparação directa - Recolha de vestígios

Não há catálogo de crimes (ex. escutas), *mas* a gravidade do crime será sempre um dos elementos a ponderar no indeferimento/deferimento do exame e perícia coactiva. Moldura abstracta menor - crivo de análise quanto aos pressupostos de necessidade, proporcionalidade, adequação e não excesso mais “apertado”- o direito à prova e à realização da justiça, também é um interesse constitucionalmente tutelado da vítima (art. 67.º-A CPP) – relação triangular da prova novo paradigma

Mecanismos de coerção (reserva judicial) – advertência de crime de desobediência, condenação em multa – poderá ser pedido pelo MP e constar logo do despacho judicial

Mantém recusa. Possibilidade de força física. Uso e *quantum* a serem delimitados por um juiz de acordo com os critérios da proporcionalidade, adequação, necessidade, não excesso

Muitas das vezes, a questão da proporcionalidade coloca-se no momento da *efectiva* recolha coactiva das amostras e não aquando da ponderação em abstracto dos interesses constitucionais que estão em “jogo” (juízo esse realizado *ex ante* aquando da prolação do despacho judicial).

Comparação directa - Recolha de vestígios

Poderá *compelir-se* o arguido para a recolha da amostra, mas o uso da força nunca pode colocar em causa a dignidade da pessoa humana

Dúvidas quanto à violação da proporcionalidade no caso concreto - questão ser dirimida pelo juiz - proibição de prova

Ofende o princípio da proporcionalidade e da dignidade humana, a força e o método que é *necessário* utilizar *em concreto* para fazer *quebrar a resistência* do arguido.

Não está em causa o exercício de um direito à não autoincriminação, nem o direito ao silêncio. Valoração se for recusa injustificada ou irrazoável?

Comparação directa - Recolha, preservação e perícia ¹³

Recolha – quem pode recolher – médico ou pessoa habilitada

Limites – saúde do visado – deve usar-se o método menos invasivo, que respeite a dignidade humana, em regra através da utilização da zaragatoa bucal (art. 10.º LADN).

Cadeia de custódia – recolha (descrição), preservação (descrição), envio (descrição), recepção de quem vai analisar a amostra e procedimentos de segurança/preservação

Cadeia de custódia – apenas algumas normas processuais para preservação e conservação. Regras não normatizadas no CPP, mas que devem existir quer para quem faz a recolha ou perícia (pequena abordagem na norma de medidas cautelares e exame e na LADN – art. 18.º/5, pressuposto de inserção - alude-se). Podem abalar a força probatória. Dúvida sobre de quem é o vestígio ou sobre adulterações/alterações

Perícia no INMLCF ou laboratório de polícia científica

Comparação directa - Valoração ¹⁴

Relatório pericial – necessidade de fundamentação (a perícia deve ser fundamentada (art. 157.º do CPP) falta dessa fundamentação, ou de fundamentação bastante, ou apenas a existência da conclusão, trata-se de uma irregularidade que afecta o acto (art. 123.º, n.º 2 do CPP), pelo que deve ser ordenada a *motivação* da perícia)

Pode afirmar ou infirmar suspeitas (a não valoração da perícia nos termos do art. 163.º, n.º 1 do CPP ou a não realização quando necessária poderá motivar um requerimento de abertura de instrução, para o JI reanalisar essa prova ou recurso)

O ADN apenas prova que o vestígio biológico em causa tem o perfil de ADN de suspeito ou arguido. Não prova o crime. Sopesar demais elementos probatórios

Regra do art. 127.º CPP – análise motivada – local onde foi encontrado o vestígio, razões para se encontrar naquele local, coisa ou objecto, cadeia de custódia, prova de fraude ou adulteração, conexão com outra prova

Pode por si convencer o tribunal do crime, pode por si convencer da absolvição, pode conjugada com outra prova convencer da culpabilidade ou pelo contrário da inocência, pode gerar dúvidas por si ou conjugada com outra prova

Comparação directa - Valoração

Prova proibida: recolha coerciva sem despacho judicial, que atente contra a saúde do visado, coerção desproporcional, consentimento não esclarecido e informado, não assistência do advogado quando obrigatória, utilização de amostra de um processo anterior ou após juiz ordenar destruição – o consentimento deverá abarcar a utilização em outros processos? - catálogo do art. 126.º

Auto de consentimento faz fé, (cfr. art. 99.º, n.º 1 do CPP), cabendo ao visado carrear para os autos a prova que permita concluir pela falsidade do mesmo (cfr. art. 169.º do CPP).

Cabe igualmente referir que estando o consentimento viciado e caso se revele necessário, e se verifiquem todos os pressupostos legais, nada obsta a que se submeta o arguido a nova recolha de amostras e perícia.

Nomeação de um consultor técnico (pelo arguido, assistente, ou partes civis), para assistir à realização da perícia, propor determinadas diligências, formular observações e objecções. Ac do TC 133/2007

Comparação directa - Valoração

Direito ao contraditório – princípio vertido no art. 11.º
LADN - Seja preservada uma parte bastante e suficiente da amostra para realização de contra-análise, salvo em caso de manifesta impossibilidade, de modo a permitir o cabal exercício do contraditório.

Se era possível preservar amostra suficiente para contra-análise, mas tal não foi feito, impossibilitando uma contra-análise requerida pelo arguido, deparamo-nos com uma proibição de valoração de prova, por comprimir desproporcionalmente as garantias de defesa do arguido, concretamente a possibilidade de contraditar a fiabilidade da prova (art. 32.º da CRP) – caso existam motivos para uma segunda perícia

Comparação directa - Valoração

Finalidade exclusiva de identificação no âmbito de uma investigação criminal em curso, ou em processos já instaurados

156.º, n.º 7 do CP Imaginemos vários processos de furto qualificado em que se encontrou sangue ou cabelos nos locais do crime. Num desses processos é detido um suspeito cujo perfil coincide com o **vestígio biológico analisado, após realização coactiva de exame e perícia**. Atento o mesmo *modus operandi* dos outros furtos qualificados, em processos instaurados, esta amostra é usada para comparar com os vestígios deixados nos outros locais do crime, o que é admitido por aquela norma. O que não pode suceder é que com base nessa amostra se abram novos inquéritos para tentar apurar se aquele indivíduo cometeu mais crimes.

Depende de consentimento? Tem que ser pedido e existir despacho judicial? Ou *ope legis*?

Interconexão de dados de perfis de ADN

Lei 5/2008, de 12 de Fevereiro

Não é possível a identificação da pessoa com quem se pretendia comparar o perfil de ADN ou foi identificada mas não é possível comparação directa, inexistindo a amostra referência (**recusa ou impossibilidade**)

Comparação com os perfis de ADN que se encontram na base de dados (*comparação através de interconexão de dados no âmbito da base de dados de perfis de ADN*).

Interconexão - amostras problema

19

Paradigma – base de dados auxiliar da investigação

Inserção automática dos perfis de ADN das amostras problema na base de dados, sujeita a validação da autoridade judiciária (art. 18.º/3/4/6 LADN)

Programa informático CODIS faz varrimento (art. 19.º/1 LADN – interconexão automática e 19.º-A LADN). Pode existir um match ou hit com amostras problema ou amostras referência de pessoas condenadas (art. 19.º/6 LADN)

Relevância de hits com amostras problema: *através da interligação de várias amostras problemas, e apurando o modus operandi e perfil do criminoso, conseguir descobrir o agente do ilícito.*

Comunicação da coincidência ao processo da amostra problema. Mas os dados pessoais correspondentes ao perfil coincidente e o relatório pericial apenas são comunicados “se o juiz competente, oficiosamente ou na sequência de requerimento escrito fundamentado do Ministério Público ou do arguido, sem prejuízo do regime do segredo de justiça, decidir por despacho fundamentado que esta comunicação é adequada, necessária e proporcional, tendo em conta, nomeadamente, o relatório relativo à recolha da «amostra problema»” (art. 20.º/1/2 LADN).

Excepção 20.º/8 LADN - 8 - Nos casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada em que seja urgente a identificação de suspeitos para a descoberta da verdade, e não sendo possível recorrer às autoridades judiciárias em tempo útil, a comunicação prevista nos n.os 1 e 2 pode ser efetuada diretamente aos órgãos de polícia criminal, sem prejuízo de a diligência ter de ser de imediato comunicada para validação pelo juiz competente, no prazo máximo de 72 horas.

Interconexão - amostras condenados

20

Auxílio à investigação

Recolha e perícia a pessoas condenadas – pena de 3 anos de prisão ou mais, ainda que substituída, ou medida de segurança de internamento, ainda que suspensa (art. 8.º/2/3 LADN) – releva gravidade do crime ao contrário de amostras problema

É “sempre ordenada na sentença”, a “recolha de amostra em arguido”

Obrigatoriedade sem ponderação” - não inconstitucional, mesmo que substituída (ac. TC 333/2018)

Inserção automática - “com a consequente inserção do respetivo perfil de ADN na base de dados” (art. 8.º/2/3 LADN)

Programa informático CODIS faz varrimento. Pode existir um match ou hit com amostras problema (art. 19.º/6 LADN)

Comunicação da coincidência ao processo da amostra problema. Mas os dados pessoais correspondentes ao perfil coincidente e o relatório pericial apenas são comunicados “se o juiz competente, oficiosamente ou na sequência de requerimento escrito fundamentado do Ministério Público ou do arguido, sem prejuízo do regime do segredo de justiça, decidir por despacho fundamentado que esta comunicação é adequada, necessária e proporcional, tendo em conta, nomeadamente, o relatório relativo à recolha da «amostra problema»” (art. 20.º/1/2 LADN).

Excepção 20.º/8 LADN - 8 - Nos casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada em que seja urgente a identificação de suspeitos para a descoberta da verdade, e não sendo possível recorrer às autoridades judiciárias em tempo útil, a comunicação prevista nos n.os 1 e 2 pode ser efetuada diretamente aos órgãos de polícia criminal, sem prejuízo de a diligência ter de ser de imediato comunicada para validação pelo juiz competente, no prazo máximo de 72 horas.

Interconexão - amostras arguido

Auxílio à investigação

Recolha de amostra em arguido em processo criminal pendente com vista à interconexão.

É necessário despacho judicial (art. 8.º/1 LADN) - que “pondera a necessidade da sua realização, tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado”

Mas também – art. 19.º-A/1 LADN “1 - A autoridade judiciária competente pode determinar a interconexão de perfis de ADN anteriormente obtidos de amostras recolhidas a arguido em processo criminal pendente, nos termos do Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro, ou por identificação de amostra problema para **investigação criminal**”

Podem existir um match ou hit com amostras problema (art. 19.º/6 LADN)

Comunicação da coincidência ao processo da amostra problema. Mas os dados pessoais correspondentes ao perfil coincidente e o relatório pericial apenas são comunicados “se o juiz competente, oficiosamente ou na sequência de requerimento escrito fundamentado do Ministério Público ou do arguido, sem prejuízo do regime do segredo de justiça, decidir por despacho fundamentado que esta comunicação é adequada, necessária e proporcional, tendo em conta, nomeadamente, o relatório relativo à recolha da «amostra problema»” (art. 20.º/1/2 LADN).

Exceção 20.º/8 LADN - 8 - Nos casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada em que seja urgente a identificação de suspeitos para a descoberta da verdade, e não sendo possível recorrer às autoridades judiciárias em tempo útil, a comunicação prevista nos n.os 1 e 2 pode ser efetuada diretamente aos órgãos de polícia criminal, sem prejuízo de a diligência ter de ser de imediato comunicada para validação pelo juiz competente, no prazo máximo de 72 horas.

Recolha, preservação, valoração

Recolha – consentida ou coerciva [art.º 8/1 e 4 LADN], direito à informação (art. 9.º), modo de recolha (art. 10.º), princípio do contraditório (art. 11.º)

Preservação – cadeia de custódia 18.º/5 LADN- Constitui pressuposto obrigatório para a inserção dos dados a **manutenção da cadeia de custódia da amostra respetiva.**

Valoração: Nunca pode, por si só, fundamentar uma decisão desfavorável ao arguido, como resulta do art. 3.º, n.º 4 e 38.º LADN - limitação ao valor probatório de tal interconexão; cadeia de custódia – requisito de valoração; interconexões não permitidas ou com perfis de ADN que já deveriam ter sido destruídos- proibição de prova

Prova por ADN

Bibliografia

Comentário Judiciário do Código de Processo Penal –
Tomo II, 1.^a edição, Almedina

Anotações aos exames e perícias – António Latas, Maria do
Carmo Silva Dias, Pedro Soares de Albergaria

Obrigado!


CEJ, Lisboa, 22.2.2019

Tiago Caiado Milheiro

Vídeo da apresentação



<https://educast.fccn.pt/vod/clips/1ibchp6giu/streaming.html?locale=pt>

A photograph of a building with a light orange facade and a white vertical pillar. Two antennas are mounted on the roof. In the foreground, there is a wooden bench on a paved area. The sky is blue with white clouds.

4. Apreensão de mensagens de correio electrónico e de natureza semelhante

Rui Cardoso

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

4. APREENSÃO DE MENSAGENS DE CORREIO ELECTRÓNICO E DE NATUREZA SEMELHANTE¹

Rui Cardoso*

- I. Introdução
 - II. A origem histórica da LCC
 - III. Regime geral de apreensão de dados informáticos
 - IV. Apreensão de dados informáticos armazenados de mensagens de correio electrónico ou semelhantes
 - 1. Introdução
 - 2. O que há a proteger?
 - V. Âmbito de aplicação do artigo 17.º da LCC
 - 1. Aspectos gerais
 - 2. O que é o correio electrónico
 - 3. Registos de comunicações de natureza semelhante
 - 4. Mensagens de correio electrónico ou semelhantes abertas e não abertas
 - VI. A correspondente aplicação do regime de apreensão de correspondência previsto no CPP
 - 1. A apreensão de correspondência no CPP
 - 2. Conjugação do artigo 17.º da LCC com o artigo 179.º do CPP
 - 3. Procedimentos de selecção e apreensão
 - 3.1. Posições discordantes
 - 3.2. Nossa posição
 - VII. Prazos para apresentação ao juiz
 - VIII. Conhecimentos fortuitos
 - IX. Mensagens de correio electrónico ou semelhantes não apreendidas
 - X. Conclusões
- Apresentação *Power Point*
Vídeo

I. Introdução

É cada vez mais relevante a utilização como meio de prova no processo penal das mensagens de correio electrónico e de natureza semelhante que são encontradas apreendidas em sistemas informáticos, sistemas esses que são cada vez mais e mais diversos, incluindo agora também objectos que há uns anos eram de pura mecânica, como relógios e automóveis. Não obstante, e apesar de a Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, autodenominada Lei do Cibercrime (LCC), ter já nove anos, continua escassa a jurisprudência existente sobre algumas das questões, não sendo raro encontrar-se acórdãos de tribunais superiores que ignoram a sua existência.

Propomo-nos abordar integralmente o regime de apreensão de correspondência electrónica, previsto no artigo 17.º da LCC, nomeadamente âmbito objectivo e subjectivo de aplicação, as

¹ Nota do autor: o presente texto, que serviu de base à apresentação feita na Acção de Formação Contínua realizada no Centro de Estudos Judiciários, em Lisboa, no dia 22.02.2019, constitui, no essencial, numa republicação daquele publicado na Revista do Ministério Público n.º 153 (Janeiro-Março de 2018). Foram feitas algumas actualizações nesta data (15.10.2019), assim assinaladas em nota de rodapé (como NdA – Nota de Actualização), e inserido um novo capítulo (o IX), sobre conhecimentos fortuitos. Esse novo capítulo obrigou a uma actualização das conclusões. Em vários pontos, foram ainda introduzidas algumas informações técnicas adicionais, cujo conhecimento é imprescindível na procura das melhores soluções jurídicas.

* Procurador da República e docente do CEJ.

competências dos órgãos de polícia criminal (OPC's), do Ministério Público e do juiz, prazos, procedimentos práticos e consequências da inobservância das formalidades. Para isso, como veremos, um dos pontos essenciais estará na concretização da *correspondente aplicação do regime da apreensão de correspondência previsto no Código de Processo Penal (CPP)*.

Apesar de tal poder suceder também na fase de instrução ou mesmo na de julgamento, este meio de obtenção de prova é normalmente utilizado durante o inquérito e é nesses casos que as dúvidas têm surgido, nomeadamente na repartição de competências entre Ministério Público e juiz de instrução. A abordagem às questões procedimentais será assim feita visando apenas a fase de inquérito. Para as posteriores, bastará fazer simples adaptações, retirando o Ministério Público das decisões, havendo uma relação directa entre o juiz e os OPC's.

Frequentemente, o artigo 17.º da LCC tem sido objecto de análise considerando apenas as mensagens de correio electrónico e esquecendo os “registos de comunicações de natureza semelhante”, o que não se nos afigura adequado, pois algumas das respostas encontradas poderiam ser válidas para as primeiras, mas não o são para as segundas. Como veremos, não existe fundamento para tal distinção e diferenciação da tutela de direitos.

II. A origem histórica da LCC

A LCC estabelece as disposições penais materiais e processuais, bem como as disposições relativas à cooperação internacional em matéria penal, relativas ao domínio do cibercrime e da recolha de prova em suporte electrónico, transpondo para a ordem jurídica interna a Decisão-Quadro n.º 2005/222/JAI do Conselho, de 24 de Fevereiro de 2005, relativa a ataques contra sistemas de informação, e adaptando o direito interno à Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa (STE 185), doravante CCiber, adoptada em Budapeste em 23 de Novembro de 2001, aprovada pela Assembleia da República através da Resolução n.º 88/2009, de 15 de Setembro, e ratificada pelo Decreto de Presidente da República n.º 91/2009, da mesma data – cfr. artigo 1.º.

A Decisão-Quadro n.º 2005/222/JAI do Conselho não contém disposições de natureza processual, contrariamente ao que sucede com a CCiber, que o faz no seu Capítulo II. Sobre a busca e apreensão de dados informáticos armazenados (*search and seizure of stored computer data*, no original inglês) rege o artigo 19.º. Porém, não contém previsão específica similar à do artigo 17.º da LCC, pois não versa directamente a “apreensão de correio electrónico ou registos de comunicações de natureza semelhante”.

A inspiração para o artigo 17.º da LCC não está, pois, nem na CCiber, nem na Decisão-Quadro n.º 2005/222/JAI. A origem desse artigo está apenas na Proposta de Lei n.º 289/X/4.ª, tendo ele a mesma exacta redacção que o artigo 19.º desta.

A mera leitura da Exposição de Motivos dessa Proposta de Lei evidencia que o Governo, reconhecendo a “desadequação da ordem jurídica nacional às novas realidades a implementar”, não pretendeu fazer uma mera extensão do regime das buscas e apreensões

previsto no CPP à prova digital, antes assumindo a vontade de proceder a uma *adaptação desse regime*, superando-o quando necessário: “a forma como a busca e a apreensão estão descritas no CPP exigiam alguma adequação a estas novas realidades”. *O legislador propôs-se adaptar estes regimes, não aplicá-los integral e acriticamente.*

III. Regime geral de apreensão de dados informáticos

Antes de abordarmos o regime *especial* de apreensão de dados informáticos armazenados de mensagens de correio electrónico ou semelhantes, há que conhecer o regime *geral* de apreensão de dados informáticos armazenados, hoje previsto nos artigos 14.º a 16.º da LCC.

Prescreve o n.º 1 do artigo 16.º que “quando, no decurso de uma pesquisa informática ou de outro acesso legítimo a um sistema informático, forem encontrados dados ou documentos informáticos necessários à produção de prova, tendo em vista a descoberta da verdade, a autoridade judiciária competente autoriza ou ordena por despacho a apreensão dos mesmos.”.

O acesso aos dados a apreender pode ser feito através de uma pesquisa, regulada no artigo 15.º, ou através de outro acesso legítimo a um sistema informático. Neste último grupo devem ser incluídas as perícias, se estas forem realizadas antes da apreensão², mas não só. Cremos que aí também se inclui o acesso aos dados que estejam na disponibilidade ou controlo de outra entidade³, por esta concedido, previsto no n.º 1 do artigo 14.º⁴.

Apesar de tal não resultar da letra do n.º 1 do artigo 16.º, os dados informáticos obtidos através da injunção prevista no artigo 14.º também devem ser objecto de apreensão, desde que necessários à produção de prova, tendo em vista a descoberta da verdade. Tal como também as coisas corpóreas voluntariamente entregues devem ser objecto de formal apreensão – artigo 178.º, n.º 1, do CPP.

Como regime-regra, a apreensão deve ser feita por ordem ou autorização da autoridade judiciária competente, que, no inquérito, será o Ministério Público – n.º 1. Os OPC's podem efectuar apreensões, sem prévia autorização da autoridade judiciária, (i) no decurso de pesquisa informática legitimamente ordenada e executada nos termos do artigo 15.º (ou (i.a) voluntariamente consentida por quem tiver a disponibilidade ou controlo desses dados, desde que o consentimento prestado fique, por qualquer forma, documentado, ou (i.b) em casos de

² Assim, DAVID SILVA RAMALHO, *Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital*, Coimbra: Almedina, 2017, p. 134-140.

³ Disponibilidade significa posse física dos dados, com possibilidade de acesso imediato; controlo, ausência de posse física, mas possibilidade de acesso remoto com domínio sobre a sua produção (e não apenas de acesso ou consulta). Cfr. parágrafo 173 do Relatório Explicativo da CCiber: “A expressão “posse ou controlo” refere-se à posse física dos dados em questão no seio do território da Parte que emite a ordem, bem como a situações em que os dados a serem produzidos não se encontram na posse física da pessoa mas sendo possível, contudo, a esta última exercer livremente o seu controlo sobre a produção dos dados a partir do território da Parte emissora da ordem”. Reconduzindo as expressões do artigo 14.º, n.º 1, às da CCiber, vd. DAVID SILVA RAMALHO, *ob. cit.*, p. 268-270.

⁴ Mas não a intercepções de comunicações electrónicas, prevista no artigo 18.º, que só se aplica aos dados em trânsito.

terrorismo, 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), bem como (ii) quando haja urgência ou perigo na demora – n.º 2⁵. Neste caso, as apreensões são sempre sujeitas a validação pela autoridade judiciária (Ministério Público, durante o inquérito), no prazo máximo de 72 horas⁶ – n.º 4. O incumprimento desta validação (ausência ou extemporaneidade) constitui mera irregularidade, pois, contrariamente ao que fez para a pesquisa (artigo 15.º, n.º 4, alínea a)), o legislador não cominou aqui o vício como de nulidade, o que se compreende e é similar ao regime de busca e apreensão do CPP, já que a violação da privacidade dá-se com a pesquisa, não com o acto formal de apreensão.

Estabelece o n.º 3 que “[c]aso sejam apreendidos dados ou documentos informáticos cujo conteúdo seja susceptível de revelar dados pessoais ou íntimos, que possam pôr em causa a privacidade do respectivo titular ou de terceiro, sob pena de nulidade esses dados ou documentos são apresentados ao juiz, que ponderará a sua junção aos autos tendo em conta os interesses do caso concreto.”. Aplica-se apenas a dados ou documentos informáticos *já apreendidos*, cujo conteúdo seja susceptível de revelar dados pessoais ou íntimos, mas não quaisquer dados pessoais ou íntimos: apenas aqueles que possam pôr em causa a privacidade do respectivo titular ou de terceiro⁷. Durante o inquérito, o Ministério Público deverá apresentar estes dados, apesar de já apreendidos, ao juiz de instrução em suporte autónomo com requerimento fundamentado sobre a sua relevância para a prova dos factos em investigação. O juiz de instrução apreciará o requerido pelo Ministério Público e decidirá sobre a sua junção ou devolução (em caso de apreensão pela forma prevista no n.º 7, alínea a)) ou destruição (em caso de apreensão pela forma prevista no n.º 7, alínea b)).

As apreensões relativas a sistemas informáticos utilizados para o exercício da advocacia e da actividade médica estão sujeitas, com as necessárias adaptações, às regras e formalidades previstas no artigo 180.º do CPP; para o exercício da actividade bancária, estão sujeitas, com as necessárias adaptações, às regras e formalidades previstas no artigo 181.º do CPP; para o exercício da profissão de jornalista, estão sujeitas, com as necessárias adaptações, às regras e formalidades previstas no Estatuto do Jornalista (artigo 11.º da Lei 64/2007) – n.º 5. O regime

⁵ NdA. Note-se que o Decreto-Lei n.º 137/2019, de 13.IX, que aprovou a nova estrutura organizacional da Polícia Judiciária, veio atribuir competência às autoridades de polícia criminal dessa polícia para, no âmbito de despacho de delegação genérica de competência de investigação criminal, ordenar pesquisa em sistema informático, como definido na LCC, sempre que não seja possível, dada a situação de urgência e perigo na demora, aguardar pela decisão de autoridade judiciária. As autoridades de polícia criminal da Polícia Judiciária têm agora um regime de competência para ordenar pesquisas informáticas bem mais amplo do que as demais.

⁶ Este prazo apenas se inicia com a conclusão da pesquisa e elaboração do respectivo auto (se em cumprimento de ordem de autoridade judiciária) ou relatório (na sua ausência), que, dependendo da dimensão e complexidade do sistema informático, poderá demorar mais ou menos tempo, por vezes dias ou semanas. Note-se ainda que a pesquisa informática pode iniciar-se no local onde está o sistema (v. g., durante uma busca), aí sendo feito apenas o estritamente necessário para determinar se poderá ou não haver dados relevantes para a prova nesse sistema (havendo, poderá proceder-se à apreensão do sistema informático (computador, *tablet*, etc.), ao abrigo do disposto no artigo 178.º do CPP) e só mais tarde ser concluída, com a procura de *todos* os dados específicos e relevantes aí armazenados e, nesse momento, consequente apreensão ao abrigo do disposto no artigo 16.º da LCC.

⁷ NdA. Para TIAGO CAIADO MILHEIRO, “Comentário ao artigo 189.º”, in *Comentário Judiciário ao Código de Processo Penal*, António Gama *et al*, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 846, “o legislador não pretendeu que todos os documentos eletrónicos sejam objeto de apreciação por parte de um juiz. Mas apenas os documentos que impliquem uma especial ponderação de valores em virtude de uma forte intrusão de privacidade como sejam os diários”, com o que concordamos (embora outros exemplos possam ser encontrados, como imagens íntimas).

de segredo profissional ou de funcionário e de segredo de Estado previsto no artigo 182.º do CPP é aplicável com as necessárias adaptações – n.º 6.

Seguindo a previsão do n.º do artigo 19.º da CCiber, o n.º 7 do artigo 16.º prevê, não taxativamente, várias formas de apreensão de dados informáticos, devendo ser escolhida aquela mais adequada e proporcional, tendo em conta os interesses do caso concreto:

- a) A apreensão do suporte onde está instalado o sistema ou apreensão do suporte onde estão armazenados os dados informáticos, bem como dos dispositivos necessários à respectiva leitura;
- b) A realização de uma cópia dos dados, em suporte autónomo, que será junto ao processo;
- c) A preservação, por meios tecnológicos, da integridade dos dados, sem realização de cópia nem remoção dos mesmos;
- d) Ou a eliminação não reversível ou bloqueio do acesso aos dados.

Ao não permitirem o aproveitamento dos dados informáticos como meio de prova no processo, e assim falhando logo o requisito previsto no n.º 1 (“necessários à produção de prova”), as duas últimas não constituem verdadeiras formas de apreensão, antes meios de protecção de prova ou forma de imposição de limites de acesso a esses dados⁸, que por isso devem ser cumulados com uma das duas primeiras formas de apreensão.

Quando a apreensão é feita por cópia dos dados, em suporte autónomo, esta deverá ser feita em duplicado, sendo uma das cópias selada e confiada ao secretário judicial dos serviços onde o processo correr os seus termos e, se tal for tecnicamente possível, os dados apreendidos deverão ser certificados por meio de assinatura digital. Esta assinatura digital não é uma “identificação digital do autor da apreensão”⁹, mas antes uma certificação digital de que a cópia é absolutamente igual ao original, não tendo nem mais nem menos *bits*. Isso poderá ser feito por diversas formas técnicas, nomeadamente por *hashing*. Este “é um método de representação de uma colecção de dados através de um número único, que resulta da aplicação de um algoritmo matemático a esses mesmos dados. Dois ficheiros com exactamente a mesma sequência de bits, devem produzir o mesmo código hash quando se utiliza o mesmo algoritmo.”¹⁰.

⁸ Cfr. DAVID SILVA RAMALHO, *ob. cit.*, p. 140-141.

⁹ Até porque em 2009, e até este momento, o processo, na fase de inquérito, é apenas o que existe no papel, assim se se excluindo actos processuais electrónicos (artigos 99.º, 100.º e 275.º do CPP), únicos onde uma assinatura digital seria válida.

¹⁰ PEDRO PENHA LEITÃO DA COSTA MARQUES, *Informática Forense – Recolha e preservação da prova digital*, p. 34 e seguintes, acessível em:

<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/13191/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Recolha%20e%20preserva%C3%A7%C3%A3o%20da%20prova%20digital.pdf> (consulta em 26.03.2018).

IV. Apreensão de dados informáticos armazenados de mensagens de correio electrónico ou semelhantes

1. Introdução

Dispõe o artigo 17.º da LCC, sob a epígrafe “Apreensão de correio electrónico e registos de comunicações de natureza semelhante” 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 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.”.

O legislador resolveu algumas das questões que se suscitavam na doutrina, nomeadamente quanto às mensagens de correio electrónico armazenadas (*webmail*) ainda nos servidores dos fornecedores de serviço de correio electrónico (ESP – *e-mail service providers*), estabelecendo claramente que, sendo possível aceder-lhes legitimamente através de sistema inicial a que se acede (legitimamente), também aí se procede a pesquisa informática (artigos 15.º, n.º 5, e 17.º da LCC), mas a forma de remissão para o regime de apreensão de correspondência previsto no CPP é, em nossa opinião, merecedora de crítica e tem gerado muitas dúvidas na doutrina e na jurisprudência.

2. O que há a proteger?

A matéria em análise – que respeita às mensagens de correio electrónico, mas também aos registos de comunicações de natureza semelhante – contende com direitos fundamentais, como é frequente em processo penal: directamente, com o direito à inviolabilidade da correspondência e das telecomunicações.

A Constituição da República Portuguesa (CRP), no seu artigo 26.º, n.º 1, a todos reconhece os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

Depois, no seu artigo 34.º, sob a epígrafe “Inviolabilidade do domicílio e da correspondência”, consagra que “[...] o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis” (n.º 1) e que “[é] proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.” (n.º 4).

Para GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹¹, “[o] conteúdo do direito ao sigilo da correspondência e de outros meios de comunicação privada (n.ºs 1 e 4) abrange toda a espécie de

¹¹ *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 544.

correspondência de pessoa a pessoa (cartas postais, impressos), cobrindo mesmo as hipóteses de encomendas que não contêm qualquer comunicação escrita, e todas as telecomunicações (telefone, telegrama, tele-fax, etc.). A garantia do sigilo abrange não apenas o conteúdo da correspondência, mas o «tráfego» como tal (espécie, hora, duração, intensidade de utilização). No âmbito normativo do art. 34º cabe o chamado correio electrónico, porque o segredo da correspondência abrange seguramente as correspondências mantidas por via das telecomunicações. O envio de mensagens electrónicas de pessoa a pessoa («email») preenche os pressupostos da correspondência privada”. São manifestações de direitos fundamentais comuns: dignidade da pessoa, desenvolvimento da personalidade, garantia da liberdade individual, autodeterminação existencial e privacidade¹².

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 *mensagens electrónicas* (Copland v. Reino Unido), o uso da *internet* (Copland v. Reino Unido), e *dados armazenados em servidores informáticos* (Wieser e Bicos Beteiligungen GmbH v. Áustria) e *em diferentes suportes* (Petri Sallinen e outros v. Finlândia; Iliya Stefanov v. Bulgária).

A correspondência merece tutela desde o momento do envio, fechada, até ao momento da abertura pelo destinatário. Como afirma COSTA ANDRADE¹³, “é precisamente este facto – estar fechada – que define a fronteira da tutela penal do sigilo de correspondência e dos escritos, em geral.”. Daí que, após aberta, a correspondência fique sujeita ao regime geral de apreensão, previsto no artigo 178.º do CPP.

Por outro lado, e seguindo o mesmo Autor¹⁴, “a tutela do sigilo das telecomunicações, tanto constitucional como processual penal, está [...] *vinculada ao processamento da comunicação sob o domínio da empresa fornecedora do serviço de telecomunicações*”. Esta tutela “só existe enquanto dura o processo dinâmico de transmissão, isto é, até ao momento em que a comunicação entra na esfera de domínio do destinatário. Vale dizer, até ao momento em que ela é recebida e lida pelo destinatário e, neste sentido, termina o processo de telecomunicação à distância. Assim, depois de recebido, lido e guardado no computador do destinatário, um e-mail deixa de pertencer à área de tutela das telecomunicações, passando a valer como um normal escrito.”. Isto porque essa tutela radica na “*específica situação de perigo decorrente do domínio que o terceiro detém – e enquanto o detém – sobre a comunicação (conteúdo e dados)*. Domínio que lhe assegura a possibilidade fáctica de intromissão arbitrária, subtraída ao controlo do(s) comunicador(es).”.

No que respeita às mensagens de correio electrónico ou registos de comunicações de natureza semelhantes, como veremos, é muito difícil ou mesmo impossível determinar quando é que

¹² *Ob. cit.*, p. 539.

¹³ *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 758.

¹⁴ “*Bruscamente no verão passado*”, *a reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 158-159.

terminou a comunicação¹⁵ e se a mensagem já foi ou não aberta/lida¹⁶. Poderá, assim, não existir segredo de telecomunicações, porque estas podem já ter terminado; não existir segredo de correspondência, porque este pode ter cessado com a abertura.

Não significa isto que não existam direitos fundamentais a tutelar. Recentemente, no acórdão 403/2015¹⁷, o Tribunal Constitucional fez importantíssimas considerações sobre o acesso aos dados das comunicações, *mesmo depois de estas terminadas*, considerando que tal colide com o *direito à autodeterminação comunicativa*, protegido no artigo 34.º da CRP, que “serve para defender vários bens jurídico-constitucionais, entre eles: o direito ao desenvolvimento da personalidade e o direito à reserva da intimidade da vida privada”, e, dentro deste último, para defender “a esfera pessoal perante as ingerências públicas ou privadas, ou seja, o interesse das pessoas que comunicam em impedir ou em controlar a tomada de conhecimento, a divulgação e circulação do conteúdo e circunstâncias da comunicação”. O direito ao desenvolvimento da personalidade comporta a liberdade de comunicar e, “nesta dimensão relacional, do “eu” com o “outro”, o objeto de proteção é a comunicação individual, isto é, a comunicação que se destina a um recetor individual ou a um círculo de destinatários previamente determinado, liberdade de comunicar que “abrange a faculdade de comunicar com segurança e confiança e o domínio e autocontrole sobre a comunicação, enquanto expressão e exteriorização da própria pessoa”.

Pelo exposto, em matéria de apreensão de dados informáticos armazenados de mensagens de correio electrónico ou de registos de comunicações de natureza semelhante, nunca estaremos nem completamente dentro, nem completamente fora quer do âmbito do segredo das telecomunicações, quer do âmbito do segredo da correspondência. Mas estaremos sempre perante perigo de ofensa de direitos fundamentais, como ao desenvolvimento da personalidade, à garantia da liberdade individual, à autodeterminação existencial e privacidade, e por isso com necessidade de tutela adequada.

O legislador deveria então ter criado um regime autónomo e auto-suficiente, com repartição equilibrada de competências entre o Ministério Público e o juiz de instrução, a este reservando o estritamente necessário à garantia de direitos dos visados, adequado às especificidades técnicas das comunicações electrónicas, muito diferentes da correspondência corpórea, e à estrutura acusatória do processo penal.

Porém, com ou sem motivo para tal, o legislador prescreveu ser de aplicar, correspondentemente, o regime de apreensão de correspondência previsto no CPP. É esse regime que há que interpretar correctamente, o que tentaremos fazer adiante.

¹⁵ Existem até programas-cliente de correio electrónico (as versões mais recentes do Outlook) que permitem resgatar e substituir uma mensagem, mesmo que já entregue ao destinatário, desde que este não a tenha aberto.

¹⁶ Motivo por que não há fundamento técnico e, por isso, jurídico, para definir diferentes níveis de tutela com base em considerações de mensagens lidas/não lidas.

¹⁷ Acessível, como todos os demais acórdãos do Tribunal Constitucional citados, em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

V. ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 17.º DA LCC

1. Aspectos gerais

O normativo do artigo 17.º aplica-se a mensagens de correio electrónico ou registos de comunicações de natureza semelhante que, 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. Mais propriamente, *dados informáticos que constituam correio electrónico ou registos de comunicações de natureza semelhante*.

Vimos já que nos “outros acessos legítimos a um sistema informático” devemos incluir, pelo menos:

- (i) As perícias, se estas forem realizadas antes da apreensão; mas também
- (ii) O acesso aos dados que estejam na disponibilidade ou controlo de outra entidade, por esta concedido, previsto no n.º 1 do artigo 14.º.

Contrariamente ao que sucede nos casos a que se refere o artigo 16.º, n.º 3, as mensagens de correio electrónico ou semelhantes não estão formalmente apreendidas, pois tal só sucederá se o juiz o determinar. Porém, por regra, tais dados terão já sido objecto de algum dos tipos de apreensão material previstos no artigo 16.º, n.º 7, *supra* analisados, pois só assim haverá “algo” a apresentar ao juiz¹⁸. Assim apenas não sucederá nos casos em que o juiz estiver presente na pesquisa, perícia ou acesso permitido ao sistema informático, o que, na prática, só acontecerá se isso ocorrer no decurso de buscas, domiciliárias ou não domiciliárias, por ele presididas.

Nestas mensagens de correio electrónico ou registos de comunicações de natureza semelhante devem ser incluídas *todas as comunicações, independentemente do seu conteúdo*. Podem, por isso, não ter qualquer conteúdo privado (*e. g.*, newsletters, publicidade e correio electrónico não solicitado em geral). Porém, terão de ser necessariamente comunicações entre pessoas humanas, não entre máquinas.

Não devem ser incluídos quaisquer outros dados (“ficheiros”) que estejam armazenados no sistema, ainda que eventualmente tenham sido transmitidos por correio electrónico ou de natureza semelhante. Depois de separados da mensagem que os transmitiu, são dados informáticos iguais à generalidade dos demais aí armazenados, podendo nem ser possível determinar a sua origem. Os dados transmitidos e armazenados poderão ser de qualquer natureza – imagem, som (*e. g.*, voz), texto – e podem subsistir armazenados no sistema informático do utilizador depois de ter sido eliminada a mensagem que os transmitiu. Assim deverá suceder, por exemplo, mesmo com facturas electrónicas de serviços de telecomunicações, ainda que detalhadas (com listagens de telefonemas feitos e mensagens de

¹⁸ PEDRO VERDELHO chama-lhe apreensão cautelar ou provisória (“A nova Lei do Cibercrime”, *Scientia Iuridica*, Tomo LVIII, n.º 320, p. 743-744).

texto enviadas). Aliás, tal como sucede exactamente com aquelas recebidas em papel por correio corpóreo: depois de abertas as cartas, as facturas são documentos iguais a quaisquer outros.¹⁹

2. O que é o correio electrónico?

O que é o correio electrónico é algo que pode não ser claro²⁰.

Aí incluímos, sem qualquer dúvida, o correio electrónico transmitido através da *internet*. Por esta via, as mensagens de correio electrónico são transmitidas por meio de servidores de correio electrónico, que são fornecidos por todos os ESP, usando vários protocolos, como SMTP, POP3 ou IMAP²¹. Essas mensagens são transmitidas entre duas pastas dedicadas do(s) servidor(es): do remetente e do destinatário. O remetente envia ou encaminha mensagens de correio electrónico, enquanto o(s) destinatário(s) acede(m) à sua pasta no seu servidor de correio electrónico e aí a lêem (e a mantêm ou arquivam) ou descarregam para um programa-cliente de correio electrónico no seu sistema informático. Quando transmitidas pela *internet*, as mensagens de correio electrónico integram conteúdo (*e. g.*, texto e ficheiros anexos) e dados de tráfego, contidos nos cabeçalhos técnicos (*e. g.*, percurso percorrido pela mensagem desde a saída da caixa do remetente (*outbox*) até entrar na caixa do destinatário (*inbox*), com registo de cada ponto de passagem e sua data/hora/segundo/fuso horário).

Cremos ser também de incluir na previsão do artigo 17.º o correio electrónico transmitido através de *intranets* (redes de computadores privadas, com vários utilizadores). Tecnicamente, é muito diferente daquele transmitido pela *internet*, mas, para o utilizador, será materialmente idêntico (permite comunicar nos mesmos termos) e por isso deverá ter a mesma protecção.

¹⁹ NdA. Fora do campo de aplicação do artigo 17.º estão todas as situações que há consentimento de quem tem a disponibilidade ou controlo das mensagens de correio electrónico ou semelhantes (usualmente, aqueles que recebem *e-mails* ou *sms* com ameaças, injúrias, extorsões, *etc.*). Nesses casos, se o titular dos direitos que há a proteger voluntariamente deles prescinde, não é necessário fazer qualquer ponderação entre a protecção desses direitos e o interesse da administração da justiça, pelo que não é necessário fazer intervir o juiz de instrução. Assim, Ac. TRG 15.10.2012, P 68/10.1GCBRG.G1 (FERNANDO MONTERROSO) e ac. TRP 20.01.2016, P. 1145/08.4PBMTS.P1 (ARTUR OLIVEIRA).

²⁰ Sobre a história do correio electrónico, cfr. TOM VAN VLECK, *The History of Electronic Mail* (<http://www.multicians.org/thvv/mail-history.html> – acesso em 27.03.2018). TOM VAN VLECK é um dos criadores do primeiro programa a isso dedicado.

²¹ NdA. SMTP significa *Simple Mail Transfer Protocol*. O SMTP é usado quando o e-mail é enviado de um cliente de email para um servidor de e-mail ou quando o e-mail é enviado de um servidor de e-mail para outro. Permite apenas enviar e-mails. Para receber é necessário um protocolo POP3. POP3 significa *Post Office Protocol*. O POP3 permite que um cliente descarregue o e-mail de um servidor de e-mail para um programa cliente. Depois de descarregado, o e-mail é apagado do servidor. IMAP significa *Internet Message Access Protocol*. Tal como o POP3, é um protocolo que um cliente de e-mail pode usar para fazer *download* de e-mails de um servidor de email, mas, ao contrário deste, permite que os utilizadores mantenham os seus e-mails no servidor e os descarreguem para diferentes programas clientes em diferentes sistemas (PC's, *tabletes*, *smartphones*, *etc.*). A *Microsoft* usa um protocolo seu, o *Exchange ActiveSync*, muito similar ao IMAP. Hoje, todos os grandes fornecedores de e-mail (*Gmail*, *Outlook*, *Yahoo*, *Apple Mail*, *Hotmail* e, em Portugal, o *Sapo*) usam protocolos IMAP ou Exchange, estando o POP3 ultrapassado (“morto”, para muitos).

3. Registos de comunicações de natureza semelhante

Mais complexo é determinar o que são “registos de comunicações de natureza semelhante”. Uma interpretação literal poderia levar a que aqui se considerasse incluídos apenas os dados de tráfego de outras transmissões electrónicas de mensagens. De facto, a expressão “mensagens de correio electrónico” inclui, sem dúvida, o conteúdo, enquanto “registos” respeita apenas à ocorrência das comunicações, não ao seu conteúdo. Mais correctamente, o legislador poderia ter dito “mensagens de correio electrónico ou comunicações de natureza semelhante” ou ainda, mais abreviadamente, “mensagens de correio electrónico ou semelhantes”. Não o fez, mas não encontramos motivo para excluir o próprio conteúdo dessas mensagens de natureza semelhante: a interpretação contrária levaria ao resultado absurdo, em termos de tutela de direitos, de se conferir maior protecção à apreensão de dados de realização de comunicações (com decisão de juiz de instrução e com exigência de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova) do que aos de conteúdo (por decisão do Ministério Público, bastando qualquer interesse para a prova).

Estas comunicações de natureza semelhantes podem ser feitas através de um mero serviço telefónico²², em que o utilizador está identificado através do seu número de telefone²³, ou através da *internet*, utilizando por isso o conjunto de protocolos *TCP/IP*²⁴, que exigem a atribuição ao utilizador de um *IP Adress*.

No primeiro grupo, incluem-se as *SMS* (*short message service* – serviço de mensagens curtas), as *EMS* (*enhanced messaging service* – serviço de mensagens desenvolvido) e as *MMS* (*multimedia messaging service* – serviço de mensagens multimédia), para cuja interceptação, em tempo real, seria aplicável o disposto nos artigos 187.º e 188.º do CPP.

No segundo, as possibilidades são superiores. Sem preocupações de exaustão (que os nossos imitados conhecimentos técnicos nunca permitiriam e o avanço diário da tecnologia desaconselha até a tentativa de imaginação), afigura-se-nos indubitável que nele devam ser incluídas as comunicações por *IM* – *Instant messenger* e os *chats* ou *chatrooms*, para cuja interceptação, em tempo real, seria aplicável o disposto no artigo 18.º da LCC.

Os *IM* ou programas de mensagens instantâneas (*e. g., Facebook messenger, Skype, Whatsapp, Viber, Snapchat, Telegram*)²⁵ são programas que, como o próprio nome indica, permitem aos utilizadores o envio e recebimento imediato de mensagens, em tempo real, não exigindo ao destinatário qualquer acto (a não ser ter em funcionamento o seu sistema informático – *e. g.,*

²² Serviço ao dispor do público que permite fazer e receber, directa ou indirectamente, chamadas nacionais ou internacionais através de um número ou de números incluídos num plano nacional ou internacional de numeração (artigo 3.º da Lei n.º 4/2004 – Lei das Comunicações Electrónicas).

²³ Tecnicamente, *MSISDN* – *Mobile Station International Subscriber Directory Number* ou Número Internacional Identificador de Cliente, público e do conhecimento dos utilizadores. *MSISDN* = CC + NDC + SN (sendo: CC – Country Code, NDC – National Destination Code, SN – Subscriber Number). Consultar <https://www.anacom.pt/render.jsp?categoryId=337614> (acesso em 27.03.2018).

²⁴ Protocolos de comunicação entre computadores em rede, significando *TCP* – *Transmission Control Protocol* e *IP* – *Internet Protocol*.

²⁵ Que, nesta data, serão usadas por mais de metade dos portugueses que têm telemóvel –

<https://tek.sapo.pt/noticias/telecomunicacoes/artigos/apps-de-instant-messaging-usadas-por-mais-de-metade-dos-portugueses-que-tem-telemovel> (acesso em 27.03.2018).

computador, *tablet* ou *smartphone*). Para além do texto, podem permitir a transmissão de ficheiros, a conversação por voz ou a videoconferência. Porém, por regra, as mensagens transmitidas ficam armazenadas nos sistemas dos intervenientes, podendo, por isso, tais dados ser apreendidos.

Os *chats* ou *chatrooms* (em português, salas de conversação), são locais *online*²⁶ onde duas ou mais pessoas se podem encontrar virtualmente e trocaram mensagens e ficheiros, que podem ser utilizados para finalidades lícitas, mas também ilícitas, sendo frequentemente usados em redes de partilha de pornografia infantil. Podem ser abertos/públicos ou fechados/privados. Os registos dessas comunicações podem ser guardados por qualquer utilizador (se não for possível outra forma, pelo menos o conseguirão através de fotografias dos ecrãs – *printscreen*) dando ao ficheiro uma qualquer terminação para o ocultar (*e. g.*, de folha de cálculo ou de apresentação multimédia).

4. Mensagens de correio electrónico ou semelhantes abertas e não abertas

O artigo 17.º da LCC não faz qualquer distinção entre mensagens de correio electrónico ou semelhantes abertas e não abertas²⁷.

Como consta do seu Preâmbulo, a CCiber leva em consideração a Recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa R (95) 13, relativa a problemas de processo penal relacionados com tecnologia de informação. Esta, no seu ponto I.2., recomenda aos governos dos Estados-membros que:

“Criminal procedural laws should permit investigating authorities to search computer systems and seize data under similar conditions as under traditional powers of search and seizure. The person in charge of the system should be informed that the system has been searched and of the kind of data that has been seized. The legal remedies that are provided for in general against search and seizure should be equally applicable in case of search in computer systems and in case of seizure of data therein.”.

Ou seja, também esta recomendação não faz qualquer distinção entre tipos de dados informáticos, *e. g.* dos de correio electrónico face aos demais.

A CCiber não ignora os problemas que podem ser suscitados com as mensagens não abertas, mas não nos termos que em Portugal têm sido colocados. Nesse sentido, veja-se o parágrafo 190 do seu Relatório Explicativo, onde se lê:

“O Artigo 19º é consagrado aos dados informatizados armazenados. A este respeito, é colocada a questão que incide sobre o facto de se uma *mensagem de correio*

²⁶ Noutros tempos, os *chats* eram feitos através de programas existentes para essa finalidade (como o *IRC – Internet Relay Chat*), hoje completamente em desuso por força dos *IM*.

²⁷ Assim, também DAVID SILVA RAMALHO, *ob. cit.*, p. 278-279, e o Ac. do TRG de 29.03.2011, P. 735/10.0GAPTL– A.G1 (MARIA JOSÉ NOGUEIRA).

electrónico não aberta, em espera na caixa de correio de um fornecedor de serviços de Internet, até que o respectivo destinatário efectue o descarregamento para o seu sistema informático, deverá ser considerada como constituindo dados armazenados ou dados em curso de transferência. Ao abrigo da legislação adoptada por algumas Partes, a referida mensagem de correio electrónico faz parte integrante de uma comunicação, pelo que o seu conteúdo apenas poderá ser conhecido mediante a aplicação do poder de interceptação, enquanto que, segundo outros sistemas jurídicos, a dita mensagem se considera pertencer ao domínio dos dados armazenados aos quais se refere o Artigo 19º. Assim, as Partes deverão proceder a uma revisão das suas leis relativas a esta matéria, por forma a determinar qual é a visão mais adequada no âmbito dos seus sistemas jurídicos internos.” (realce nosso).

Ou seja, para a CCiber, a questão apenas se pode colocar relativamente a mensagens que estão nos servidores dos ESP, não as já descarregadas para os sistemas informáticos dos seus destinatários. Isto porque a CCiber apenas distingue entre dados informáticos em trânsito (a recolher em tempo real – artigos 20.º e 21.º) e dados informáticos armazenados (artigo 19.º).

O legislador nacional tomou posição sobre esta questão, considerando tais dados incluídos na previsão do artigo 17.º da LCC (dados armazenados) e não na do artigo 18.º (intercepção em tempo real). É indiscutível a correcção da opção da nossa lei: no nosso sistema (artigos 187.º e 188.º do CPP e artigo 18.º da LCC) só os dados em trânsito podem ser interceptados – por estas vias, nunca se poderia apreender os dados armazenados nos servidores de correio electrónico dos ESP^{28/29}.

Recorde-se que o artigo 15.º, n.º 5, da LCC permite que, quando, no decurso de pesquisa, surgirem razões para crer que os dados procurados se encontram noutra sistema informático, mas que tais dados são legitimamente acessíveis a partir do sistema inicial, a pesquisa pode ser estendida mediante autorização ou ordem da autoridade competente, nos termos dos n.ºs 1 e 2, e que o próprio artigo 17.º prevê expressamente que as mensagens de correio electrónico ou semelhantes possam estar noutra sistema informático a que seja permitido o acesso legítimo a partir do primeiro, o que se aplica precisamente, mas não só, aos servidores de correio electrónico³⁰, independentemente do local onde estejam alocados os respectivos dados³¹. Apenas dessa forma se poderá aceder a essas mensagens e a violação da privacidade

²⁸ Pode não ser líquido determinar se uma mensagem está ou não descarregada dos servidores de ESP para o sistema do utilizador. Desde logo, porque, após o *download*, as mensagens ficarão ou não no servidor do ESP conforme for a vontade do utilizador. Podendo assim as mensagens terem sido descarregadas num dos suportes do utilizador que não o pesquisado e, assim, não ser conhecido que já houve esse *download*. Por outro lado, as mensagens poderão ser descarregadas apenas parcialmente: apenas o cabeçalho e o corpo, deixando os anexos no servidor, que só serão descarregados se e quando o utilizador o desejar. Daí que não deva fundar-se nesse aspecto qualquer solução jurídica para tutela de direitos.

²⁹ NdA. A interceptação de comunicações telefónicas (artigos 187.º e 188.º do CPP) e a interceptação de comunicações electrónicas (artigo 18.º da LCC) ocorrem apenas nas comunicações estabelecidas entre o visado e o seu fornecedor de comunicações (MEO, NOS, Vodafone, etc.), não entre este e os ESP ou entre os vários ESP. Daí que, se o e-mail se mantiver nos servidores dos ESP sem que o titular da conta lhe aceda, não poderá nunca ser interceptado.

³⁰ Assim, PEDRO VERDELHO, *ob. cit.*, p. 742.

³¹ Quanto à irrelevância, neste aspecto, da territorialidade, cfr. DAVID SILVA RAMALHO, “A recolha de prova em sistemas de computação em nuvem”, in *Revista do Direito Intelectual*, N.º 2, 2014, p. 142-146. No mesmo sentido, também PEDRO DIAS VENÂNCIO, *Lei do Cibercrime – Anotada e Comentada*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 120.

do visado é a mesma que sucederia se essas estivessem já descarregadas para o seu computador através de um programa-cliente de correio electrónico.

Não é juridicamente correcto, nem tecnicamente adequado, interpretar o artigo 17.º da forma diferente para mensagens abertas e mensagens não abertas.

O *aberto* ou *não aberto* ou, mais correctamente, *lido* ou *não lido*, não é uma qualquer forma de protecção do conteúdo da mensagem, contrariamente ao que sucede com os envelopes no correio corpóreo³². Não são envelopes ou invólucros das mensagens, mas simples filtros que o utilizador pode definir (de acordo com as suas preferências ou critérios) para mais facilmente gerir o volume de mensagens de correio electrónico recebidas. A mensagem de correio electrónico, “por natureza, não é fechada, não é envelopável, não é unívoca quanto ao número de destinatários e não circula em ambiente seguro [...]. E, sobretudo, é, no seu estado natural imaterial.”³³.

Alguns dos prestadores de serviço de correio electrónico continuam a ter regimes de *lido/não lido*, mas que, contrariamente ao que sucede com a correspondência corpórea, podem ser facilmente alteráveis (e infinitamente) pelo utilizador, com um clique. O correio electrónico pode ser arquivado pelo destinatário sem ser lido; pode ser arquivado juntamente com mensagens enviadas e até rascunhos de mensagens eventualmente a enviar. Como distingui-los?

Por outro lado, esses filtros de “lido/não lido” não existem sequer em vários telefones móveis/sistemas operativos de *smartphones* para as *SMS/EMS/MMS*, em vários dos programas de *instant messaging* e nos *chats*.

Ainda, hoje, os utilizadores podem receber – e, em regra, recebem – o correio electrónico simultaneamente numa multiplicidade de plataformas: computadores (fixos e portáteis), *tablets*, *smartphones*, automóveis, relógios, *etc.* Numas, as mensagens poderão constar como lidas, noutras, como não lidas, dependendo das definições de sincronização possíveis e adoptadas^{34/35}.

³² Assim, VÂNIA COSTA RAMOS, “Âmbito e extensão do segredo das telecomunicações (acórdão do segundo senado do Tribunal Constitucional Federal Alemão, de 2 de março de 2006)”, *RMP* n.º 112, p. 154-155.

³³ ROGÉRIO BRAVO, “Da não equiparação do correio-electrónico ao conceito tradicional de correspondência por carta”, *Polícia e Justiça*, III Série, n.º 7, Janeiro-Junho de 2006, p. 214.

³⁴ NdA. Cfr. o supra exposto quanto aos protocolos IMAP e Exchange. Quanto muito, a distinção possível seria entre mensagens não entregues (a que se aplicaria o artigo 17.º da LCC) e mensagens entregues ao destinatário (que ficariam fora dessa aplicação), ou seja, quanto ao correio electrónico, mensagens que já foram “depositadas” na caixa de destino, e, quanto às mensagens de natureza semelhante (em que os ESP não guardam as mensagens dos utilizadores), quando a mesma é entregue num qualquer sistema informático do utilizador destinatário. Ora, como antes da entrega as mensagens não estão armazenadas (tratando-se de dados informáticos em circulação, entre a remessa e a entrega passam, em regra, ínfimas fracções de segundo, podendo os pacotes de dados que constituem uma mesma mensagem seguir caminhos diferentes até que, no destino, são novamente “montados de acordo com as instruções”), sempre ficariam fora do campo de aplicação do artigo 17.º. Deste modo, o artigo 17.º da LCC poderia não ter, verdadeiramente, qualquer campo de aplicação: por regra, as mensagens armazenadas já estão entregues, as não entregues não estão armazenadas.

³⁵ NdA. Com o protocolo POP3, hoje de pouca expressão, é necessário que o programa-cliente (*e. g.* Outlook, Windows Live Mail, Mozilla Thunderbird) do destinatário “vá buscar” o seu correio electrónico ao servidor (*fletch e-mail*), ou quando o utilizador o determina ou nos intervalos por ele definidos (de 15 em 15 minutos, ou de 30 em 30, *etc.*). Como vimos já, nesses casos a mensagem descarregada não permanece no servidor. Com o IMAP e o

Não há, então, reais bases para fundamentar nessa ilusão do lido/não lido diferentes níveis de tutela jurídica das mensagens de correio electrónico ou semelhantes. Divergimos assim de JOÃO CONDE CORREIA³⁶ e ainda de PAULO DÁ MESQUITA^{37/38} quando defendem precisamente que, ao determinar a aplicação do regime de apreensão de correspondência do CPP, se exclui da tutela especial as mensagens de correio electrónico já acedidas pelo destinatário.

VI. A correspondente aplicação do regime de apreensão de correspondência previsto no CPP

Antes de determinarmos qual a dimensão da remissão para o regime de apreensão de correspondência previsto no CPP, há que dizer algumas palavras sobre este.

1. A apreensão de correspondência no CPP

Prescreve o artigo 179.º do CPP, sob a epígrafe “Apreensão de correspondência”:

1 – Sob pena de nulidade, o juiz pode autorizar ou ordenar, por despacho, a apreensão, mesmo nas estações de correios e de telecomunicações, de cartas, encomendas, valores, telegramas ou qualquer outra correspondência, quando tiver fundadas razões para crer que:

- a) A correspondência foi expedida pelo suspeito ou lhe é dirigida, mesmo que sob nome diverso ou através de pessoa diversa;
 - b) Está em causa crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos;
- e

Exchange, o servidor de correio electrónico remete imediatamente ao cliente uma notificação de novo correio, e este logo a descarrega (*push e-mail*), sem qualquer acção do utilizador. Assim, as mensagens chegam à *inbox* do destinatário no ESP e quase imediatamente ao seu programa-cliente de correio electrónico; mantêm-se na *inbox* até que o utilizador as apague.

³⁶ “Prova digital: as leis que temos e a lei que devíamos ter”, *RMP* n.º 139, p. 40, onde escreve que “uma leitura integrada e coerente, que acentue as inevitáveis semelhanças com os escritos tradicionais e as suas necessidades de tutela, tenderá todavia, apesar daquele elemento gramatical [do artigo 17.º], a excluir este correio, considerando-o como um mero documento e facilitando a sua apreensão: será para o efeito suficiente a intervenção legitimadora do magistrado do Ministério Público (art. 16.º da Lei n.º 109/2009). (...) A protecção do sigilo das comunicações (sejam elas por correio tradicional ou através dos meios que o progresso disponibilizou) deve terminar quando a mensagem chega ao seu destinatário e aquele processo de transmissão se encontra concluído. A partir desse momento (conclusão efetiva do processo de transmissão) o destinatário dispõe dos meios necessários a evitar a intromissão estadual. Ele já não está vulnerável, sujeito às falhas de reserva do operador ou à curiosidade estadual.”

³⁷ “Prolegómeno sobre prova electrónica e interceptação de comunicações no direito processual penal português – o Código e a Lei do Cibercrime”, in: *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 118.

³⁸ NdA. Também de TIAGO CAIADO MILHEIRO, *ob. cit.*, 846-847, para quem “a intervenção judicial apenas se justifica em relação às comunicações não recebidas, já que a partir do momento em que tal sucede e ficam registadas não existe motivo para conferir uma tutela acrescida e diferenciada em relação às comunicações por sistemas informáticos no confronto com outras formas de comunicação. [...] Quando já estiverem abertos estamos perante prova documental, sem prejuízo da aplicação do art. 16.º/3 LC quando forem especialmente sensíveis”. O mesmo é defendido por DUARTE ALBERTO RODRIGUES NUNES, *Os meios de obtenção de prova previstos na lei do cibercrime*, Coimbra: Gestlegal, p. 145-146.

c) A diligência se revelará de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova.

2 – É proibida, sob pena de nulidade, a apreensão e qualquer outra forma de controlo da correspondência entre o arguido e o seu defensor, salvo se o juiz tiver fundadas razões para crer que aquela constitui objecto ou elemento de um crime.

3 – 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.

Relevante é ainda o artigo 252.º, incluído no capítulo das medidas cautelares e de polícia, que dispõe:

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

2 – Tratando-se de encomendas ou valores fechados susceptíveis de serem apreendidos, sempre que tiverem fundadas razões para crer que eles podem conter informações úteis à investigação de um crime ou conduzir à sua descoberta, e que podem perder-se em caso de demora, os órgãos de polícia criminal informam do facto, pelo meio mais rápido, o juiz, o qual pode autorizar a sua abertura imediata.

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

Este regime tem várias dimensões normativas (para o que ora releva):

1. Competência – apenas o juiz é competente para autorizar ou ordenar, por despacho, a apreensão;

2. Âmbito objectivo – apreensão de cartas, encomendas, valores, telegramas ou qualquer outra correspondência, mesmo nas estações de correios e de telecomunicações;

3. Redução do âmbito objectivo – a apreensão de correspondência só é meio de obtenção de prova admissível para crimes puníveis com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos;

4. Âmbito subjectivo – a correspondência tem de ser expedida pelo suspeito/arguido ou lhe ser dirigida, mesmo que sob nome diverso ou através de pessoa diversa;
5. Redução do âmbito subjectivo – a apreensão e qualquer outra forma de controlo da correspondência entre o arguido e o seu defensor só é admissível se o juiz tiver fundadas razões para crer que aquela constitui objecto ou elemento de um crime.
6. Necessidade probatória – tem de haver razões para crer que a diligência se revelará de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova;
7. Procedimentos após a apreensão – os OPC's transmitem a correspondência intacta ao juiz que tiver autorizado ou ordenado a diligência e este 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;
8. Invalidez – proibição de prova ou irregularidade³⁹.

2. Conjugação do artigo 17.º da LCC com o artigo 179.º do CPP

O artigo 17.º determina a *correspondente* aplicação do regime de apreensão de correspondência do CPP, *não a aplicação integral*. Esta aplicação só deve ser feita naquilo que não contrariar o já previsto na própria LCC; a remissão para o CPP não pode sobrepor-se ao regime especial de prova electrónica previsto na LCC. Como vimos já, foi intenção do legislador adaptar às novas realidades a busca e a apreensão previstas no CPP, não aplicá-los integral e acriticamente.

³⁹ Acompanhamos PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (*Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 3.ª Edição, p. 494) quando considera que existem proibições de prova, por violação do disposto no n.º 3 do artigo 126.º, quando há apreensão sem autorização judicial, quanto à apreensão de correspondência entre o arguido e o seu defensor, excepto se o juiz tiver fundadas razões para crer que aquela constitui objecto ou elemento de um crime, e ainda quanto à valoração de correspondência restituída. Porém, não o fazemos quanto à existência de nulidade prevista no artigo 120.º, n.º 2, alínea d) (dependente de arguição) quando existe omissão do exame. Este vício apenas ocorre quando o inquérito ou instrução são insuficientes por não terem sido praticados actos legalmente obrigatórios, não apenas por não terem sido praticados actos legalmente obrigatórios. Estes actos deverão ser apenas os que respeitem à finalidade de inquérito (diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas – artigo 262.º, n.º 1) ou da instrução (comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito em ordem a submeter ou não a causa a julgamento – artigo 286.º, n.º 1). Se assim não fosse, todas as inobservâncias das prescrições legais no inquérito e na instrução integrariam esta nulidade – e o princípio da tipicidade do artigo 118.º seria subvertido e deixaria de fazer sentido. A omissão do exame pelo juiz, bem como se este ordenar a apreensão, mas depois ordenar ao OPC que primeiro tome conhecimento do conteúdo da correspondência e só depois fundamentar a sua relevância e junção ao processo, constituem apenas irregularidades.

Note-se ainda que não há qualquer cominação de nulidade na letra da primeira parte do n.º 3 do artigo 179.º e que a prova é 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's, sendo por isso de afastar a proibição de prova prevista no artigo 126.º, n.º 3.

Deste modo, e esquematicamente:

- No CPP, o âmbito objectivo é o de correspondência em trânsito ou ainda não aberta; na LCC, todas as mensagens de correio electrónico ou semelhantes, nos termos *supra* expostos, não havendo verdadeiramente regime aberto-lido e fechado-não lido;
- No CPP, a apreensão de correspondência só é meio de obtenção de prova admissível para crimes puníveis com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos; na LCC, não há catálogo – por força do expressamente previsto no artigo 11.º, aplica-se a processos relativos a crimes (a) previstos nessa lei, (b) cometidos por meio de um sistema informático ou (c) em relação aos quais seja necessário proceder à recolha de prova em suporte electrónico, ou seja, em abstracto, a todos os tipos de crime;
- No CPP, a correspondência tem de ser expedida pelo suspeito/arguido ou lhe ser dirigida, mesmo que sob nome diverso ou através de pessoa diversa; na LCC, pode respeitar a qualquer pessoa (mais uma vez, o artigo 11.º não faz qualquer restrição de âmbito subjectivo)^{40/41/42};

⁴⁰ Assim, PAULO DÁ MESQUITA, *Prolegómeno...*, p. 108 e ss. Contra, RITA CASTANHEIRA NEVES, *As ingerências nas comunicações electrónicas no processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 274-275.

⁴¹ NdA. Neste sentido, cf. também PEDRO VERDELHO, *A nova Lei do Cibercrime*, cit., pp. 745-746. Contra, DUARTE ALBERTO RODRIGUES NUNES, *ob. cit.*, p. 151.

Note-se que, com a posição que defendemos, não se alcança resultado muito diferente do que sucede no mundo do corpóreo por força do regime do artigo 179.º do CPP. Embora aí a correspondência tenha de ser expedida pelo suspeito/arguido ou lhe ser dirigida, depois de por ele recebida pode ser apreendida na posse de quem quer que seja (um qualquer terceiro, mesmo que de boa fé, pode ser alvo da busca/revista e posterior apreensão, pois estes meios de obtenção de prova não têm qualquer limitação de âmbito subjectivo). Mesmo a correspondência não remetida/dirigida ao suspeito/arguido pode vir a ser apreendida depois de recebida. É um mero documento. Ora, no domínio do digital, essa correspondência pode nunca vir a ser corporizada (*v. g.*, impressa), pelo que não pode deixar de ser admissível a apreensão de correio electrónico ou semelhante que não seja remetido/dirigido ao suspeito/arguido. A questão é de extrema relevância no âmbito da criminalidade dos entes colectivos, em que a correspondência electrónica de grande interesse probatório pode ser trocada por pessoas humanas não suspeitos/arguidos, normalmente de boa fé, no interior dessas organizações. Finalmente, sublinhe-se que, se assim não for, dar-se-á uma protecção superior a todas as mensagens de correio electrónico ou semelhante dos terceiros (que podem não ter qualquer susceptibilidade de violar a sua privacidade) do que aos seus dados informáticos previstos no n.º 3 do artigo 16.º (em que há sempre significativa ofensa à privacidade), em que indiscutivelmente não existe qualquer limitação de âmbito subjectivo. Naturalmente, o que acabámos de defender em nada contende com a necessidade de, em cada caso, se proceder a um concreto juízo de necessidade, adequação e estrita proporcionalidade, por força do disposto no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição.

⁴² A aplicação do âmbito subjectivo do regime de apreensão de correspondência afronta directamente o artigo 14.º da CCiber, que o n.º 1 do artigo 11.º da LCC fielmente reproduz. Como explicitado do parágrafo 141 do Relatório Explicativo, “cada Parte deverá aplicar os poderes e procedimentos descritos em conformidade com a presente Secção a: (i) infracções penais definidas de acordo com a Secção 1 da Convenção; (ii) outras infracções penais cometidas por meio de um sistema informático; e (iii) à recolha de provas sob a forma electrónica relativamente a uma infracção penal. Assim, para efeitos de investigações criminais ou acções penais específicas, os poderes e procedimentos referidos nesta Secção deverão ser aplicados às infracções definidas de acordo com a Convenção, a outras infracções penais cometidas por meio de um sistema informático, e à recolha de provas sob a forma electrónica relativamente a uma infracção penal.”. A este âmbito a CCiber faz apenas duas restrições: quanto à intercepção de dados de conteúdo (artigo 21.º), que deverá ser limitado a um conjunto de infracções graves a ser determinado pela legislação nacional, e quanto à recolha de dados de tráfego em tempo real (artigo 20.º), que cada Estado-Parte poderá reservar-se o direito de aplicar somente às infracções ou categorias de infracções especificadas na reserva formulada, desde que o conjunto das referidas infracções ou categorias de infracções não seja mais

- No CPP e na LCC, o critério da necessidade para a prova é o mesmo: grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova;
- O artigo 17.º da LCC não tem previsão sobre invalidades, pelo que deve operar a remissão para o CPP, aplicando-se o regime do artigo 179.º supra referido;
- O artigo 17.º da LCC não tem previsão sobre a apreensão de correspondência electrónica ou semelhante entre o arguido e o seu defensor, pelo que deve operar a remissão para o CPP (só será admissível se o juiz tiver fundadas razões para crer que aquela constitui objecto ou elemento de um crime);
- No que respeita aos procedimentos, no CPP os OPC's transmitem a correspondência intacta ao juiz que tiver autorizado ou ordenado a diligência e é este que procede à aberta e primeiro toma conhecimento do seu conteúdo; na LCC, durante o inquérito, o Ministério Público, depois de tomar conhecimento do seu conteúdo, deve apresentar ao juiz suporte com as mensagens de correio electrónico ou semelhantes cautelarmente apreendidas (ou melhor, os dados informáticos que as constituem), juntamente com requerimento fundamentado para apreensão daquelas que considere de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova, após o que o juiz apreciará, tomando conhecimento do seu conteúdo, e decidirá autorizar ou não autorizar a apreensão formal.

3. Procedimentos de selecção e apreensão

3.1. Posições discordantes

Este último aspecto, procedimental, é, na fase de inquérito, o mais polémico e é aquele que motiva o maior dissenso nas escassas doutrina e jurisprudência existentes sobre estas matérias.

Na jurisprudência, estão publicados três acórdãos sobre a matéria^{43 44}.

restrito do que o conjunto das infracções às quais se aplicam as medidas de interceptação mencionadas no artigo 21.º. Sublinhe-se que nenhuma destas duas excepções respeita a dados já armazenados: são sempre dados em circulação, em tempo real. As normas da CCiber têm valor supra-legal e obrigam a que a interpretação e aplicação da lei nacional sejam feitas em seu respeito – artigo 8.º, n.º 2, da CRP.

⁴³ Acessíveis, como todos os demais acórdãos dos tribunais comuns citados sem outra indicação, em www.dgsi.pt.

⁴⁴ NdA. Após a conclusão do artigo, foram publicados, com relevância para os aspectos ora em análise, algumas decisões de tribunais da Relação.

No ac. do TRL de 07.03.2018, P. 184/12.5TELSB-B.L1-3 (CONCEIÇÃO GONÇALVES), o tribunal decidiu que as mensagens de correio electrónico que se encontrem armazenadas num sistema informático só podem ser apreendidas mediante despacho prévio do juiz de instrução, devendo ser o juiz a primeira pessoa a tomar conhecimento do conteúdo da correspondência, conforme remissão para o artigo 179.º do CPP.

No ac. do TRL de 08.05.2018, P. 184/12.5TELSB-C.L1 (CARLOS ESPÍRITO SANTO)

(http://www.pgdlisboa.pt/jurel/jur_mostra_doc.php?codarea=57&nid=5465), considerou o tribunal que incumbe ao juiz de instrução a primazia da tomada de conhecimento do conteúdo das comunicações apreendidas e que seria ilegal a sua prévia remessa e conhecimento à UTIC da Polícia Judiciária. Por outro lado, considerou que a selecção arbitrária efectuada pelo juiz de instrução das palavras-chave indicadas pelo MP constitui uma verdadeira intromissão na selecção da prova validamente recolhida pelo MP, ou seja, em acto materialmente de inquérito, sem

O recente acórdão do TRL de 06.02.2018, P. 1950/17.0 T9LSB-A.L1-5 (JOÃO CARROLA) considerou que a LCC remete expressamente para o regime geral previsto no CPP, sem redução do seu âmbito, antes se impondo a sua aplicação na sua totalidade, pelo que, sob pena de nulidade, se exige que seja o juiz de instrução o primeiro a tomar conhecimento do conteúdo das comunicações. No mesmo sentido, foi o acórdão do TRL de 11-01-2011, P. 5412/08.9TDLSB-A.L1 (RICARDO CARDOSO). Em ambos os casos, foi dado provimento a recursos do Ministério Público.

Em sentido contrário, existe o acórdão do TRG de 29.03.2011, P. 735/10.0GAPTL- A.G1 (MARIA JOSÉ NOGUEIRA), em que se considerou ser de aplicar à apreensão de uma SMS o disposto no artigo 17.º da LCC, mas podendo o Ministério Público aceder ao seu conteúdo antes da decisão de apreensão [formal] do juiz de instrução.

Na doutrina, RITA CASTANHEIRA NEVES⁴⁵ defende que a remissão para o regime de apreensão da correspondência do CPP respeita também ao facto de ter de ser o juiz que tiver autorizado ou ordenado a diligência a primeira pessoa a tomar conhecimento do conteúdo do correio electrónico e demais registos de comunicações apreendidos, mandando-os juntar ao processo se os considerar relevantes. SANTOS CABRAL⁴⁶ igualmente considera ser de aplicar integralmente o regime de apreensão de correspondência do CPP.

PAULO DÁ MESQUITA⁴⁷ manifesta concordância com a remissão para o regime da apreensão de correspondência do CPP (embora, como vimos, restringindo muito o campo de aplicação do artigo 17.º da LCC, considerando que respeita apenas a mensagens não lidas), afirmando que parece estar pressuposto a apresentação das comunicações ao juiz sem prévio acesso policial. Porém, não aprofunda a problemática do âmbito dessa remissão.

análise prévia da bondade probatória, o que constitui nulidade prevista no artigo 119.º, alínea e), do CPP, a qual é insanável e de conhecimento oficioso, para além de ofender directamente os princípios do acusatório e da autonomia do MP, consagrados nos artigos 32.º, n.º 5, e 219.º da Constituição. O TRL considerou que o juiz de instrução restringiu de forma aleatória e não fundamentada o objecto da investigação, dado que a sua decisão não perpassou uma análise da prova recolhida, que obliterou, atendendo somente a um critério de quantidade, que não se mostra enformado por qualquer suporte legal.

Na decisão sumária do TRL de 06.02.2019, P. 152/16.8TELSB (AUGUSTO LOURENÇO), acessível em http://www.pgdlisboa.pt/jurel/jur_mostra_doc.php?nid=5594&codarea=57, o tribunal considerou que “[o] Juiz de Instrução deve ser o primeiro a tomar conhecimento das comunicações recolhidas, seja no momento em que estas são extraídas em busca por si presidida, seja ulteriormente quando os suportes onde estas foram alocadas lhe são apresentados”, mas “em casos como o dos autos, em que podem estar em causa milhares de documentos (emails), esse conhecimento objectivo de todo o conteúdo pelo JIC, tem-se afigurado de difícil concretização, todavia, nada obsta a que o Juiz de instrução, caso queira tomar previamente conhecimento desse conteúdo integral, o faça, seleccionando o que entender relevante e devolva depois o processo ao Ministério Público com aquilo que for pertinente para a investigação”, podendo ainda devolver ao Ministério Público todos os suportes, “devendo o Ministério Público, após visualização da totalidade dos conteúdos de correio electrónico e registos de comunicações contidos nos suportes em causa, dar deles conhecimento à Juíza de Instrução, a fim de então, esta decidir quais têm relevância para a investigação e quais devem ser anexados aos autos, com observância de todos os formalismos legais vigentes”.

Finalmente, no ac. do TRL de 21.02.2019, P. 6/16.8TELSB-D.L1-9 (ANTERO LUÍS), o tribunal considerou, conforme consta do sumário elaborado pelo relator, que ao correio electrónico apreendido sem autorização judicial não se aplica o disposto no artigo 179.º, n.º 3, do Código de Processo Penal, e que a nulidade decorrente da apreensão de correio electrónico sem autorização judicial pode ser sanada com a autorização, a posteriori, da sua leitura pelo titular do direito ao sigilo da correspondência.

⁴⁵ *Ob. cit.*, p. 274-275.

⁴⁶ *Código de Processo Penal Comentado*, AAVV, Coimbra: Coimbra Editora, 2016, 2.ª edição, p. 708.

⁴⁷ *Prolegómeno...*, p. 117 e ss., nota 71.

É PEDRO VERDELHO⁴⁸ quem maior tratamento dá à questão. Defende esse Autor que o regime da apreensão de correspondência do CPP deve ser feito com as necessárias adaptações: a primeira, respeitando à possibilidade de apreensão cautelar das mensagens de correio electrónico ou semelhantes sem autorização prévia do juiz de instrução (sendo a existência de forma legal de acesso ao meio informático onde estavam armazenadas a única exigência legal para essa apreensão cautelar); depois, que não se exige que seja o juiz o primeiro a ter conhecimento de todas as mensagens (a letra da lei aponta antes para a possibilidade de quem procede à pesquisa encaminhar para o juiz mensagens concretas, com relevância para o caso concreto, que aquele depois apreenderá ou não)⁴⁹.

3.2. Nossa posição

Com a vénia devida, acompanhamos PEDRO VERDELHO, aprofundando a sua argumentação e acrescentando outra.

Fundamos a nossa posição em argumentos de:

- (i) Literalidade,
- (ii) Coerência do sistema de tutela de direitos,
- (iii) Diferenças de natureza entre o correio corpóreo e correio electrónico ou semelhante, e, finalmente,
- (iv) Na imposição constitucional de respeito pela estrutura acusatória do nosso processo penal.

⁴⁸ *Ob. cit.*, 744-745.

⁴⁹ Nda. Para TIAGO CAIADO MILHEIRO, *ob. cit.*, p. 847, quando o conteúdo da comunicação ainda não tiver sido "recolhido" pelo destinatário a LCC remete para o regime da apreensão de correspondência previsto no CPP, "que por sua vez aponta para que o juiz seja o primeiro a tomar contacto com a "correspondência". Mas não se deve extrair daqui uma impossibilidade legal do MP aceder *previamente* às comunicações e triar aquelas que relevam para a investigação e relativamente às quais pretende uma pronúncia judicial para as poder incorporar nos autos e *utilizar*. Posição diversa afronta de forma intolerável o princípio do acusatório e a autonomia do MP, transformando o juiz das garantias num juiz investigador. Para além de que defender uma competência *judicial* para "abrir" toda a correspondência poderá tornar-se impraticável quando se trata de dezenas, centenas, milhares de comunicações digitais. Uma interpretação harmoniosa implica concluir que o legislador pretendeu estipular uma *reserva judicial* na ponderação das comunicações que poderão ser juntas aos autos, mas circunscrita à seleção feita pelo *dominus* do inquérito. Entende-se que por força do art. 28.º da LC e também 189.º/2 será possível uma interpretação constitucionalmente admissível convocando o art. 188.º (vacionado para o controle de prova comunicacional), acautelando uma seleção das comunicações relevantes cuja junção aos autos terá que ser autorizada por um juiz (à semelhança do art. 16.º/3 LC em que se selecionam as comunicações mais sensíveis).".

Para DUARTE ALBERTO RODRIGUES NUNES, *ob. cit.*, p. 153, "terá de ser requerido ao Juiz autorização para proceder à respectiva apreensão, o que, como é óbvio, apenas poderá ocorrer a posteriori face à chegada das mensagens ao conhecimento de quem conduz a investigação, sendo que, diversamente do que sucede no art. 179.º, n.º 3, do CPP, na apreensão de correio electrónico e registos de comunicação de natureza semelhante, fruto das evidentes diferenças face à apreensão de correspondência, o juiz não terá de ser (nem poderia ser) a primeira pessoa a tomar conhecimento das mensagens de correio electrónico ou realidades análogas (embora seja quem decide da junção, ou não, das mensagens aos autos)".

i. Letra da lei

Em primeiro lugar, a letra do artigo 17.º oferece bons argumentos para a posição que defendemos.

Se fosse intenção do legislador aplicar integralmente o regime de apreensão da correspondência do CPP, bastar-lhe-ia ter dito que “à apreensão de mensagens de correio electrónico ou registos de comunicações de natureza semelhante é aplicável o regime de apreensão de correspondência previsto no CPP”. Não o fez. Porquê seleccionar e repetir no artigo 17.º da LCC apenas um dos requisitos já previstos no artigo 179.º do CPP (grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova)? Nessa interpretação, seria redundante.

Outro argumento na letra do artigo 17.º está no segmento “o juiz pode autorizar ou ordenar, por despacho”, expressão que o CPP utiliza frequentemente a propósito da competência do juiz de instrução face a vários meios de prova ou de obtenção de prova, desde logo no artigo 269.º⁵⁰. Na instrução, competirá ao juiz de instrução ordenar a apreensão; no inquérito, apenas autorizará-la^{51/52}.

No inquérito, o juiz de instrução autoriza a apreensão, mas é o Ministério Público que a ela procederá (ou, por regra, determinará OPC a fazê-lo). Note-se que a apreensão poderá não ser de tudo o requerido pelo Ministério Público e assim haverá necessidade de proceder à apreensão apenas daquilo que for autorizado através da forma prevista no artigo 16.º, n.º 7, alínea b) (realização de uma cópia só com esses dados), para que será necessário conhecimentos técnicos e ferramentas informáticas que os magistrados dificilmente possuirão. Autorizar, como verbo transitivo, significa conceder licença para algo, conferir autoridade a, permitir, validar, apoiar⁵³. No caso, pressupõe, pois, que a iniciativa é de outrem, do Ministério Público, e que é desse a selecção das comunicações cuja apreensão se autorizará ou não. A não ser assim, o juiz de instrução nunca se limitaria a autorizar, antes sempre ordenaria a apreensão, deixando sem sentido aquilo que o legislador expressamente inseriu na redacção do artigo 17.º.

Ora, o Ministério Público não pode requerer a apreensão das mensagens de correio electrónico ou semelhantes que se afigurem ser de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova se não as conhece. Não as conhecendo, não haveria verdadeiro requerimento, mas apenas um impulso para uma decisão do juiz de instrução a que o

⁵⁰ O n.º 1 deste artigo, que se aplica apenas ao inquérito, usa ambos os verbos, respeitando o ordenar às alíneas a) e b) (efectivação de perícias, nos termos do n.º 3 do artigo 154.º, e efectivação de exames, nos termos do n.º 2 do artigo 172.º), pois aí a acção deve impor-se perante terceiros – aqueles que assim ficarão obrigados a submeter-se a esses meios de prova –, não podendo, assim, ser apenas “autorizar”. Não infirma, pois, a nossa argumentação.

⁵¹ Quando o meio de obtenção de prova apenas é admissível no inquérito – *e.g.*, as intercepções telefónicas (artigo 187.º do CPP) e as intercepções de comunicações electrónicas (artigo 18.º da LCC) –, o legislador refere sempre apenas a competência do juiz de instrução para autorizar, nunca para ordenar.

⁵² Assinale-se a diferença de redacção face ao n.º 3 do artigo 179.º, onde é dito que “o juiz faz juntar ao processo”.

⁵³ “Autorizar” in Dicionário infopédia da Língua Portuguesa [em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2018. [consulta em 03.04.2018]. Disponível na Internet: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/autorizar>.

Ministério Público seria completamente alheio. Levaria até a uma subversão de papéis: depois do juiz de instrução “autorizar” a apreensão, o Ministério Público sempre poderia não usar essa autorização, não procedendo à apreensão, *v. g.*, por a considerar irrelevante para a descoberta da verdade ou a prova. A não ser assim, estaria o juiz de instrução a impor ao Ministério Público a utilização de concretos meios de prova.

Evidentemente, e como aprofundaremos *infra*, isso não respeita minimamente a estrutura acusatório do processo penal consagrada na Constituição.

Sublinhe-se ainda que, apesar de o artigo 179.º do CPP e o artigo 17.º da LCC utilizarem diferentes nomenclaturas para os dois momentos do procedimento – (1.º) empossamento da comunicação e (2.º) sua admissão como meio de prova no processo –, estes não são substancialmente diferentes nos dois diplomas: assim, no CPP chama-se apreensão ao empossamento e, junção ao processo à admissão como meio de prova; na LCC, não se nomeia o empossamento, mas há uma verdadeira apreensão nos termos do artigo 16.º, n.º 7, ainda que cautelar ou provisória, e a admissão como meio de prova é denominada de apreensão. Porém, e esse é aspecto de grande relevância, o CPP reserva ao juiz a competência para ordenar o empossamento, enquanto na LCC essa competência é, no inquérito, do Ministério Público, podendo os OPC's fazê-lo apenas nas situações previstas no artigo 16.º, n.º 2.

ii. Coerência do sistema de tutela de direitos

Se devemos presumir que o legislador soube exprimir o seu pensamento em termos adequados, também temos de presumir que consagrou as soluções mais acertadas – artigo 9.º, n.º 3, do Código Civil. Estas não seriam as mais acertadas se fossem radicalmente incoerentes entre três artigos (seguidos!) no mesmo diploma, oferecendo uma menor tutela a situações potencialmente mais lesivas dos direitos fundamentais.

Porém, é a isso mesmo que conduz a interpretação que defende que, no inquérito, o juiz de instrução é sempre o primeiro a tomar conhecimento das mensagens de correio electrónico ou semelhantes. Nos casos mais graves para a privacidade dos artigos 16.º, n.º 3⁵⁴, e 18.º, os OPC's e o Ministério Público podem e devem tomar primeiro conhecimento do conteúdo; nos casos menos graves, quando pode nem sequer existir qualquer violação de privacidade (aplica-se a todas as mensagens de correio electrónico ou semelhantes, independentemente do seu conteúdo), é o juiz de instrução que o deve fazer. Não encontramos razão de política criminal que sustente tal diferença.

Não se diga que, no inquérito, também nos casos do artigo 16.º, n.º 3, deve ser o juiz de instrução o primeiro a tomar conhecimento desses dados: só com o conhecimento dos mesmos é possível determinar se são ou não susceptíveis de revelar dados pessoais ou íntimos, que possam pôr em causa a privacidade do respectivo titular ou de terceiro e, depois, suscitar a intervenção do juiz de instrução – se assim não fosse, teria de ser sempre o juiz de

⁵⁴ Que, por exemplo, podem abranger fotografias íntimas, registos clínicos, registos bancários, etc.

instrução o primeiro a tomar conhecimento de todos os dados informáticos. Não é isso que ficou expressamente consagrado nos artigos 15.º e 16.º da LCC.

Por outro lado, quando há interceptação das comunicações electrónicas, também os OPC's e o Ministério Público delas tomam conhecimento antes do juiz de instrução, podendo fazê-lo até em tempo real (no decurso das comunicações) – artigo 188.º, n.ºs 1 a 4, do CPP, *ex vi* do artigo 18.º, n.º 4, da LCC. Os dados podem ser os mesmos: os das comunicações electrónicas e semelhantes, que, mais tarde, já armazenados, podem ser apreendidos nos termos do artigo 17.º. Para além dos aspectos tutelados pelo artigo 17.º, está aqui em causa o próprio sigilo das telecomunicações. Não se compreende que, durante a comunicação electrónica, os OPC's e o Ministério Público possam dela tomar conhecimento primeiro, mas não o possam fazer já depois de esta terminada.

Não colhe o argumento de que na interceptação houve já prévia intervenção do juiz de instrução, pois sem a sua autorização aquela não é possível. É que o problema não está no acesso, mas no conhecimento dos dados por parte dos “*não juiz de instrução*”: e esse é o mesmo, quer os dados estejam em transmissão, quer estejam já armazenados. A ofensa à privacidade do titular é a mesma.

Note-se que, mesmo com a interpretação por nós defendida, o regime continuará com uma significativa incoerência: para as interceptações telefónicas e as interceptações de comunicações electrónicas a selecção das conversações ou comunicações que valerão como prova é, em primeira linha, competência do Ministério Público (artigo 188.º, n.º 9, do CPP), enquanto que para os dados dessas mesmas comunicações já armazenados a competência será sempre do juiz. Mas essa foi indiscutivelmente a intenção do legislador. Não sendo inconstitucional, não pode ser afastada a aplicação da norma.

iii. Correio electrónico e correio corpóreo

Como vimos, a apreensão de correspondência e a apreensão de mensagens de correio electrónico ou semelhantes não afectam exactamente os mesmos direitos fundamentais e existem diferenças substanciais entre o correio corpóreo e as mensagens de correio electrónico ou semelhantes e, conseqüentemente, entre o campo de aplicação do artigo 179.º do CPP e do artigo 17.º da LCC.

A remissão acrítica para o regime da apreensão de correspondência do CPP não oferece qualquer tutela para as situações em que a mensagem de correio electrónico está simultaneamente em vários sistemas do remetente e do(s) destinatário(s), pois tal não pode suceder com a correspondência corpórea (ou está em trânsito ou está já entregue ao único destinatário e num único local), contrariamente ao que sucede com o correio electrónico, em que o remetente fica, por regra, com a mensagem que enviou. Antes de ser expedida a carta ou encomenda, não há correspondência: há um objecto (*e. g.*, folhas de papel) dentro de um invólucro (*e. g.*, um envelope). Às mensagens de correio electrónico enviadas e aos rascunhos não poderia nunca aplicar-se o regime de apreensão de correspondência – a remissão para o

regime do CPP é, por isso, inadequada. Porém, essas mensagens/rascunhos são dados informáticos armazenados num sistema informático, não sendo excluídos da previsão do artigo 17.º. Nessa situação, o fundamento para o juiz de instrução ser o primeiro a delas tomar conhecimento tem ainda menos sustentação, sob pena de ainda irmos além da previsão do artigo 179.º, sem qualquer base legal.

A diferença de natureza entre os dois referidos tipos de “correspondência” manifesta-se ainda noutros aspectos. A identificação de um objecto como “cartas, encomendas, valores, telegramas ou qualquer outra correspondência”, a que se aplica o disposto no artigo 179.º do CPP, é feita sem qualquer necessidade de tomar conhecimento do seu conteúdo; porém, em muitos casos, é impossível saber o que é ou não “mensagem de correio electrónico” ou “registo de comunicações de natureza semelhante” sem tomar conhecimento do seu conteúdo.

Desde logo, as mensagens de correio electrónico ou semelhantes podem ser guardadas, individualmente ou em grupo, podendo o utilizador fazê-lo em diferentes tipos de ficheiro e com os nomes que entender⁵⁵. Nesses casos, só com a abertura de cada um desses ficheiros será possível saber se contêm ou não mensagens de correio electrónico ou semelhantes. Não se nos afigura admissível considerar que o artigo 17.º só se aplica às mensagens que se encontram no respectivo programa utilizado para as transmitir: isso seria reduzir o âmbito da sua tutela sem qualquer apoio na letra da lei e sem qualquer fundamento material para tal. Seria o mesmo que considerar que, para o correio corpóreo, apenas se aplica o regime do artigo 179.º à correspondência em trânsito ou ainda na caixa de correio do destinatário, não a partir do momento em que deste local fosse retirada.

Depois, como vimos, a própria letra da lei prevê a possibilidade de o “encontrar” os dados ocorrer durante uma perícia: esta, por definição, consiste na percepção e análise dos dados – ou seja, obriga a tomar conhecimento do seu conteúdo. Não raras vezes, a perícia deve ser feita no momento da pesquisa, com o sistema ligado, durante a busca a um local, sob pena de se perderem os dados relevantes. Pense-se, por exemplo, num situação em que a pesquisa revela (ou o seu possuidor declara nesse momento) que o sistema que enviou determinada mensagem electrónica foi *hackeado* (e que assim estava controlado externamente), ou que as imagens que estavam nesse sistema não foram por ele recebidas, mas sim aí colocadas por outros⁵⁶: nesses casos, será necessário proceder a uma perícia imediata (*live forensics*) para determinar o que está a acontecer naquele momento naquele sistema, com o mesmo em execução e com captura de todos os dados voláteis, como a configuração actual da máquina e

⁵⁵ Poderá gravá-los como páginas web (e. g., *html*), ficheiros de texto (e. g., *docx*, *doc*, *txt*, *tiff*, *rtf*), de arquivo de imagem (*pdf*), como imagem (e. g., *jpeg*), etc. Os ficheiros de arquivo de correio electrónico do programa *Outlook* têm a terminação *.pst*, mas, depois de gravado, o utilizador pode alterar tal terminação, não permitindo a outros conhecer que esse ficheiro respeita a arquivo de correio electrónico. NdA: pelo que consta do citado ac. do TRL de 08.05.2018 (P. 184/12.STELSB-C.L1), as mensagens de correio electrónico aí em causa estavam num ficheiro com a terminação “*.pst*”, ou seja, já arquivadas (num único ficheiro). Para quem defende a distinção entre mensagens entregues/não entregues, abertas/fechadas e lidas/não lidas, todas essas mensagens estão fora do campo de aplicação do artigo 17.º, ficando sujeitas apenas ao regime do artigo 16.º, só havendo intervenção do juiz de instrução nos (eventuais) casos do n.º 3 desse artigo.

⁵⁶ Exemplos retirados do *Electronic Evidence Guide - A basic guide for police officers, prosecutors and judges*, v. 2.0, elaborado pela Cybercrime Division – Directorate General of Human Rights and Rule of Law, do Conselho da Europa, 2017, p. 147.

os dados na memória RAM, dados que seriam perdidos assim que a máquina fosse desligada. Essa *análise forense ao vivo* capturará todos os processos em execução e, portanto, poderá apurar se um *vírus* estiver em execução no computador, será capaz de determinar se outros utilizadores foram conectados ao computador ou se o *software* estava em execução, o que permitiria o acesso ao computador pela *internet*.

Finalmente, no que respeita aos *instant messengers*, em alguns casos as mensagens são apagadas automaticamente após algum (curto) tempo depois do envio, o que obriga a que, a serem apreendidas, tenham de o ser no momento da pesquisa. Também nestes casos será impossível não tomar conhecimento, ainda que em pequena medida, dessa conversa. Quanto aos *chats online*, em caso de pesquisa de um sistema informático em que esteja aberta uma conversa reservada, a mesma terá de ser apreendida antes de ser desligado o sistema, sob pena de esta se perder. Igualmente neste caso será impossível não tomar conhecimento, ainda que em pequena medida, dessa conversa.

Em todas estas situações, exigir o prévio conhecimento pelo juiz significaria, na prática, impedir a apreensão desses dados, o que constituiria uma interpretação contra a CCiber e o âmbito de apreensão de dados que Portugal, como Estado-parte, deve assegurar na sua legislação.

Na apreensão de correspondência, a obrigatoriedade de ser o juiz o primeiro a tomar conhecimento do conteúdo da correspondência visa *assegurar que o conteúdo da correspondência estava efectivamente nela contida*. Não é para impedir que outros que não o juiz tomem conhecimento do conteúdo dessa correspondência em caso de irrelevância probatória: se assim fosse, a decisão do juiz de juntar ao processo ou devolver deveria ser irrecorrível. Porém, como isso não está assim prescrito nem no artigo 179.º nem no artigo 400.º do CPP, tal decisão é recorrível⁵⁷. Ora, sendo admissível o recurso dessa decisão, é imprescindível que o Ministério Público tome conhecimento do conteúdo da correspondência para que possa fundamentar devidamente junto do tribunal superior o seu grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova. Sem acesso ao seu conteúdo, este recurso seria uma ficção⁵⁸, não sendo sequer possível motivá-lo em conformidade com as exigências do artigo 412.º do CPP. Se a protecção fosse devida ao conteúdo da própria correspondência, deveria manter-se sempre, mesmo depois da abertura – e é consensual que tal não sucede, não se aplicando o regime do artigo 179.º à correspondência já aberta, como vimos.

Ora, tal não faz sentido na correspondência electrónica e semelhante: esta não está fechada, nem é alterável⁵⁹. A operação de “desencapsulamento” que é feita por alguns juízes de

⁵⁷ Assim, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, p. 494.

⁵⁸ Deste modo, afiguram-se-nos completamente insustentadas práticas de alguns juízes de instrução que, para as mensagens de correio electrónico ou semelhantes, aplicam integralmente o regime do artigo 179.º do CPP e depois impedem o Ministério Público de tomar conhecimento das mensagens que não seleccionaram, assim assumindo a direcção do inquérito e criando um regime de segredo que deixa de fora o Ministério Público!

⁵⁹ Cfr., *supra*, a exigência de certificação digital de que a cópia é absolutamente igual ao original, não tendo nem mais, nem menos *bits*, o que pode ser feito por diversas formas técnicas, nomeadamente por *hashing*. Ainda que tenha existido alteração, o juiz de instrução não será capaz de a detectar (por ser necessário conhecimentos e ferramentas informáticas de que não dispõe), contrariamente ao que sucede com o correio corpóreo, em que isso pode ser detectável com a mera observação do invólucro.

instrução não é minimamente equiparável à abertura de correspondência corpórea prevista no artigo 179.º do CPP. Dados informáticos “encapsulados” que se supõe serem mensagens de correio electrónico ou semelhantes não são o equivalente a correspondência fechada: antes de mais, porque aquela nunca esteve fechada; depois, porque não visa (nem consegue) assegurar a integridade do invólucro; finalmente, porque por si não significa tomar conhecimento do conteúdo das mensagens^{60/61}.

Deste modo, não há nenhuma real garantia (v. g., para a privacidade) no conhecimento das mensagens de correio electrónico ou semelhantes ser em primeiro lugar do juiz: tal não pode impedir o Ministério Público de, depois, a essas mensagens ter acesso, nomeadamente para poder recorrer da decisão do juiz de não apreensão. *A garantia está apenas na decisão de apreensão/não apreensão e essa não é minimamente afectada pelo conhecimento prévio pelo Ministério Público do conteúdo das mensagens.*

iv. Acusatório e competências do juiz de instrução

Para o fim deixámos o argumento que se nos afigura mais importante: a necessidade de proceder à interpretação do artigo 17.º da LCC em conformidade com a estrutura acusatória do processo, consagrada no artigo 32.º, n.º 5, da CRP, o que significa, na fase de inquérito, respeitar a função do Ministério Público como titular do inquérito e do juiz de instrução como juiz de garantias.

De forma muito simplista, é possível dizer que existem dois grandes modelos de processo penal⁶², ainda que, dentro deles, cada país tenha as suas particularidades, que em nenhum exista qualquer modelo em estado puro e que desde há muito que há uma gradual aproximação entre eles. No modelo inquisitório, quem dirige a investigação e acusa é o juiz (nessas vestes chamado de instrução); no acusatório, há separação entre quem acusa e quem

⁶⁰ Aliás, quem defende que o juiz deve ser o primeiro a tomar conhecimento do conteúdo das mensagens tem então, em coerência e sob pena de invalidade, de fazê-lo relativamente a *todas* elas: não basta proceder ao “desencapsulamento”, pois tal não significa tomar conhecimento do seu conteúdo, nem tão pouco fazê-lo por amostragem aleatória ou através de pesquisa por palavras-chave. Qualquer uma das mensagens/comunicações não lidas pode ser de extrema relevância para a prova. O facto de, hoje, com elevadíssima probabilidade, qualquer pessoa humana ter na(s) sua(s) conta(s) de correio electrónico milhares de mensagens e, nos seus programas de *instant messaging*, dezenas ou centenas de históricos de comunicações, e de, em estruturas complexas, como grandes sociedades comerciais, tais números poderem ascender aos milhões, não pode constituir fundamento para o juiz se furtar àquela que diz ser função essencial à protecção de direitos fundamentais. É certo que existem ferramentas informáticas utilizadas internacionalmente para análise de grandes quantidades de dados, e. g. mensagens de correio electrónico, de que dispõem algumas polícias de investigação e o Ministério Público, que muito facilitam essa tarefa. Precisamente, porque, como veremos *infra*, essa análise e selecção é matéria de investigação criminal e não do imparcial juiz das liberdades.

⁶¹ NdA. Concordamos com a Decisão Sumária do TRL de 06.02.2019, supracitada, no sentido de que o Ministério Público deve poder pesquisar todas as mensagens e não ficar vinculado aos termos de pesquisa definidos pelo juiz de instrução, mas, discordamos do princípio de que parte de que é o juiz de instrução quem em primeiro lugar deve tomar conhecimento das mensagens de correio electrónico. O M.^{mo} Desembargador admite, porém, que o juiz o não possa fazer e que devolva os suportes ao Ministério Público sem tomar conhecimento em primeira mão dessas mensagens, o que transformaria aquilo que, no seu entender, é uma imposição legal destinada a assegurar direitos fundamentais dos visados num mero poder discricionário do juiz, que o usaria apenas quando fosse lhe possível. A existência da nulidade ficaria assim na dependência da vontade do juiz de instrução, cada um livre de criar o seu regime particular para este meio de obtenção de prova.

⁶² Como o julgamento cabe sempre ao juiz, a diferença está apenas na titularidade do exercício da acção penal – quem a impulsiona – e, assim, estes modelos são, na sua raiz, modelos de direcção da investigação criminal.

julga. Dentro deste, há dois grandes grupos: um em que quem dirige a actividade de investigação criminal é a polícia, outro em que tal é competência do Ministério Público. Na fase de investigação, os juízes são “apenas” juízes de liberdades e garantias.

O sistema português é o acusatório. Como referem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA⁶³, “trata-se de uma garantia essencial do julgamento independente e imparcial. Cabe ao tribunal julgar os factos constantes da acusação e *não conduzir oficiosamente a investigação da responsabilidade penal do arguido (princípio do inquisitório)*. 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.”

Efectivamente, para que possa verdadeiramente haver respeito pelos direitos fundamentais dos envolvidos, que o processo conduza a real justiça, é necessário haver separação entre acção e jurisdição. Onde se jogam direitos e liberdade, é imprescindível distanciamento entre quem age e quem julga: quem investiga e acusa não deve julgar; quem julga, não deve investigar, nem ter qualquer intervenção activa na acusação. É condição de um julgamento isento e imparcial que haja distinção entre órgão julgador e órgão acusador. A actuação judicial imparcial exige impulso exterior. O desdobramento funcional do poder punitivo do Estado entre acção e jurisdição é em si uma limitação ao arbítrio. Não por acaso, historicamente, a atribuição de funções ao Ministério Público na acção penal surgiu como limite ao poder absoluto do juiz, que chegou a desempenhar todas as funções no processo penal. Separar para haver controlo recíproco. Para salvaguardar o estatuto de juiz de garante das liberdades, tem de haver repartição de competências entre juiz e Ministério Público, não apenas entre juiz de julgamento e juiz de instrução⁶⁴.

Durante o inquérito, o juiz de instrução deve ser apenas juiz de liberdades e garantias: juiz de controlo, não de iniciativa. Deve ser garante dos direitos do visado pela investigação e controlador da actividade do Ministério Público e das polícias criminais que o coadjuvam, não tendo nem devendo por isso ter qualquer empenho nos interesses em conflito, não tomando parte activa na investigação, não dominando o seu impulso, o seu objecto ou o seu resultado.

O juiz não pode, ao mesmo tempo, representar o interesse público na repressão criminal e ser um terceiro imparcial, pois são interesses absolutamente incompatíveis. COMO ANABELA MIRANDA RODRIGUES bem adverte, “chamado cada vez mais à boca de cena – num processo crescentemente complexo e onde o conflito verdade/direitos fundamentais se exacerba –, correlativamente exige-se-lhe que se alheie da investigação do caso e da dialética do

⁶³ *Ob. cit.*, p. 522.

⁶⁴ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “As relações entre o ministério público e o juiz de instrução criminal ou a matriz de um processo penal europeu”. in *Que Futuro para o Direito Processual Penal*, Simpósio de homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do CPP português. Coord. Mário Monte, Maria Calheiros, Fernando Conde Monteiro, Flávia Loureiro. EDUM. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 718.

processo.”⁶⁵. Porém, salienta a mesma Autora, “o n.º 4 do artigo 32.º da CRP prossegue a tutela de defesa dos direitos do cidadão no processo criminal e, nessa exacta medida, determina o monopólio pelo juiz da instrução, juiz-garante dos direitos fundamentais dos cidadãos («reserva do juiz»”, “(...) Intervenção do juiz que vale — e só vale — no âmbito do núcleo da garantia constitucional.”. Ou seja, concluímos nós, intervenção que apenas deve acontecer na estrita medida do necessário para protecção efectiva dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, mas não mais do que isso, sob pena de violação do acusatório e da imparcialidade do próprio juiz de instrução.

Este aspecto é salientado, de forma impressiva, pelo Tribunal Constitucional no acórdão 234/11, onde se lê (realces nossos):

“(…) o disposto no artigo 32.º, n.º 5, da Constituição, quanto aos actos processuais que pudessem ofender direitos fundamentais de qualquer pessoa, também exigiu a supervisão de um juiz, não só pelo seu estatuto de independência, mas também pela sua *distância relativamente à actividade investigatória*.

A existir, pois, uma reserva ao Ministério Público na direcção da investigação preliminar, ela tem necessariamente de permitir a intervenção do Juiz de Instrução Criminal, nesta fase, em todos os actos instrutórios que possam afectar negativamente direitos fundamentais, de modo a cumprir-se a exigência contida no artigo 32.º, n.º 5, da Constituição. Nesse domínio, existe uma reserva de juiz (...) que comprime a alegada reserva do Ministério Público na direcção do inquérito, *até onde se revele necessária para protecção efectiva dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.*”

Desde o primeiro momento, questionando-se a conformidade constitucional da direcção do inquérito pelo Ministério Público, muitas vezes o Tribunal Constitucional tem sido chamado a pronunciar-se sobre a estrutura acusatória do processo e a repartição de competência entre o juiz de instrução e o Ministério Público durante o inquérito; a necessidade de assegurar a imparcialidade do juiz de instrução e a relevância que, para esse aspecto, reside na própria aparência; a necessidade de impulso do Ministério Público. Desses, salientamos os seguintes, transcrevendo os excertos mais relevantes para o que ora nos ocupa (realces nossos).

No acórdão 129/07:

“A verdade, porém, é que a imparcialidade dos tribunais é uma exigência não apenas contida no artigo 32º da Constituição, mas uma decorrência do Estado de direito democrático (artigo 2º), na medida em que se inscreve na garantia universal de defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos, através de um órgão de soberania com competência para administrar a justiça (artigo 202º n.º 1 Constituição). Ora, neste dever genérico de imparcialidade do tribunal inclui-se uma exigência de não suspeição subjectiva do juiz; *a actividade do juiz não pode apresentar-se contaminada por circunstâncias geradoras de desconfiança quanto à sua imparcialidade.*

⁶⁵ “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, Colóquio Comemorativo do XXV Aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 50.

Todavia, do citado artigo 32º retira-se, para além disto, uma *exigência de imparcialidade objectiva do tribunal*, decorrente da estrutura acusatória do processo penal, circunstância que *impede que o juiz do julgamento esteja envolvido na actividade instrutória, quer carreando para os autos elementos de prova susceptíveis de serem utilizados pela acusação, quer envolvendo-se em actos que possam significar dirigir a investigação*. Esta exigência de imparcialidade objectiva do juiz justifica-se do ponto de vista das garantias da defesa, é certo, mas igualmente pela necessidade de proporcionar ao juiz as condições de isenção requeridas pelo exercício das suas funções.”.

No acórdão 581/2000:

“Se das garantias de defesa se retira o dever de imparcialidade da entidade que conduz e dirige o inquérito e formula a acusação, delas também se retira a imparcialidade e independência da entidade que, antes do julgamento, procede à aplicação de medidas restritivas de direitos fundamentais ou autoriza a prática de actos instrutórios que se prendem directamente com direitos fundamentais.”

E cita depois N. Gonzalez-Cuellar Serrano (*Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Madrid, 1990, p. 132): “[...] ao serem estes últimos [os juizes de instrução] competentes para aplicar as medidas restritivas dos direitos fundamentais antes do julgamento, carecerão da imparcialidade que, em nossa opinião, deve também mostrar-se para a adopção de decisões dessa natureza. Pelo contrário, se *aquelas medidas limitativas de direitos forem solicitadas pelo Ministério Público, o juiz, desprovido de funções de investigação e, por isso, de ânimo persecutório, alcançará a objectividade exigível para decidir sem preconceitos*”.

A interpretação conjugada do artigo 17.º da LCC e do artigo 179.º do CPP no sentido de aí fundar uma norma com o sentido de que é o juiz de instrução que, no inquérito, em primeiro lugar toma conhecimento das mensagens de correio electrónico ou semelhantes e que é ele que, oficiosamente, procede à selecção daquelas que são de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova, para além de não se traduzir em qualquer real garantia, viola a estrutura acusatória do processo, pois essa é matéria essencial à direcção do inquérito e à definição do seu objecto, assim comprometendo a posição de imparcial juiz das liberdades⁶⁶.

O juiz de instrução não pode ter qualquer “influência” ou “manipulação” sobre a definição do objecto do inquérito^{67/68}; deve ser alheio à definição da estratégia de investigação do

⁶⁶ NdA. TIAGO CAIADO MILHEIRO, *ob. cit.*, p. 847, igualmente defende que “[p]osição diversa afronta de forma intolerável o princípio do acusatório e a autonomia do MP, transformando o juiz das garantias num juiz investigador”.

⁶⁷ FIGUEIREDO DIAS, “Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal”, in: *Jornadas de Direito Processual Pena – O Novo CPP*, Coimbra: Almedina, p. 16 e p. 33.

⁶⁸ NdA. Assim, o citado Ac. do TRL de 08.05.2018, P. 184/12.STELSB-C.L1 (CARLOS ESPÍRITO SANTO), que considerou que a selecção arbitrária efectuada pelo juiz de instrução das palavras-chave indicadas pelo MP (restringindo-as a cinco) constitui uma verdadeira intromissão na selecção da prova validamente recolhida pelo MP, ou seja, em acto materialmente de inquérito, o que ofende directamente os princípios do acusatório e da autonomia do MP consagrados nos artigos 32.º, n.º 5, e 219.º da Constituição da República Portuguesa.

Ministério Público e OPC's, devendo actuar apenas no campo da admissibilidade legal das intervenções requeridas⁶⁹, sendo por isso sua obrigação, “uma vez verificados os pressupostos formais de procedência, deferir o requerido pelo Ministério Público”⁷⁰, “não podendo, em caso algum, examinar a utilidade da medida requerida”⁷¹. “A competência do juiz de instrução durante a fase processual presidida pelo Ministério Público, sempre que estejam em causa actos que interferem com direitos fundamentais e outras matérias que a lei reserve ao juiz, obedece a um quadro de intervenção tipificada e provocada, pois a magistratura judicial por natureza não actua *ex officio* em processos de que não é titular”, devendo acentuar-se que este princípio da inoficiosidade “não deriva de um preconceito histórico, mas de um modelo garantista em que se condiciona a intervenção do único órgão com poderes em áreas fundamentais de direitos liberdades e garantias à intervenção prévia de uma outra entidade.”⁷².

A interpretação que criticamos coloca no juiz de instrução a competência para verdadeiramente investigar os factos noticiados e impor ao Ministério Público a utilização de concretos meios de prova: analisar cada uma das comunicações, conjugá-las entre si, relacioná-las com os demais meios de prova existentes, aferir da sua relevância para o que demais se planeia fazer, tudo elevado a uma escala que, em processos complexos, cada vez mais frequentes, não será exequível sem meios técnico-informáticos adequados.

Exigir que seja o juiz a oficiosamente seleccionar as mensagens relevantes é tão fundamentado como seria exigir que o Ministério Público apresentasse ao juiz de instrução uma lista de casas onde, em abstracto, pudessem existir objectos relacionados com um crime ou que pudessem servir de prova, ou uma lista de pessoas que, em abstracto, pudessem ter conhecimento dos factos, e ser o juiz de instrução a ordenar em quais dessas casas se fariam buscas e quais dessas pessoas seriam inquiridas como testemunhas, a realizar tais diligências e a apresentar depois ao Ministério Público os resultados que considerasse relevantes para a prova.

Tal interpretação é um regresso ao sistema que vigorou para as escutas telefónicas na versão original do CPP – que não permitia aos OPC's e ao Ministério Público tomarem conhecimento do seu conteúdo antes do juiz de instrução –, que, após críticas, veio a ser modificado, primeiro na reforma de 1998 e depois na de 2007.

Por tudo o que fica exposto, nessa interpretação, o artigo 17.º da LCC conteria uma norma desconforme ao n.º 5 do artigo 32.º da CRP. Ora, nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados – artigo 204.º da Lei Fundamental. Em consequência, deve proceder-se a uma interpretação conforme à Constituição⁷³, que é aquela que antes apresentámos.

⁶⁹ Assim, PAULO DÁ MESQUITA, *Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 176.

⁷⁰ FIGUEIREDO DIAS, “Do princípio da “objectividade” ao princípio da “lealdade” do comportamento do ministério público no processo penal”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 128, p. 351.

⁷¹ CLAUS ROXIN, apud PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, p. 176, nota 53.

⁷² PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, p. 174-175.

⁷³ Refere JORGE MIRANDA que “[...] cada norma legal não tem somente de captada no conjunto das normas da mesma lei e no conjunto da ordem legislativa; tem outrossim de se considerar no contexto da ordem constitucional”. Precisando depois que “[a] interpretação conforme à Constituição não consiste tanto em escolher, entre vários

Consentindo o teor verbal da norma interpretanda dois sentidos – um desconforme e outro conforme à Constituição –, o intérprete deve adoptar este último⁷⁴.

VII. Prazos para apresentação ao juiz

Prescreve o artigo 16.º, n.º 4, da LCC que “[a]s apreensões efectuadas por órgão de polícia criminal são sempre sujeitas a validação pela autoridade judiciária, no prazo máximo de 72 horas.”. Como vimos já⁷⁵, esse prazo inicia-se com a conclusão da pesquisa e elaboração do respectivo auto (se em cumprimento de ordem de autoridade judiciária) ou relatório (na sua ausência).

No inquérito, o OPC apresentará ao Ministério Público, em 72 horas, os dados apreendidos (distinguindo aqueles susceptíveis de revelar dados pessoais ou íntimos, que possam pôr em causa a privacidade do respectivo titular ou de terceiro) e, em suporte autónomo, as mensagens de correio electrónico ou semelhantes cuja apreensão considera de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova. O Ministério Público deverá, nesse prazo, proceder à validação do já apreendido (se validamente apreendido, naturalmente) – artigo 16.º, n.º 4. Para além disso, deverá apresentar ao juiz de instrução quer os dados já apreendidos susceptíveis de revelar dados pessoais ou íntimos, que possam pôr em causa a privacidade do respectivo titular ou de terceiro, requerendo fundamentadamente a sua admissão probatória pela sua relevância (artigo 16.º, n.º 3), quer, noutro suporte, as mensagens de correio electrónico ou semelhantes, requerendo fundamentadamente a apreensão daqueles que considera de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova (artigo 17.º).

Não havendo prazo expressamente previsto na lei para esta apresentação ao juiz, afigura-se-nos que haverá que aplicar o prazo supletivo de 10 dias previsto no artigo 105.º, n.º 1, do CPP.

sentidos possíveis e normais de qualquer preceito, o que seja mais conforme com a Constituição quanto em discernir no limite – na fronteira da inconstitucionalidade – um sentido que, conquanto não aparente ou não decorrente de outros elementos de interpretação, é o sentido necessário e o que se torna possível por virtude da força conformadora da Lei Fundamental.” – *Manual de Direito Constitucional*, Vol. I, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 233.

⁷⁴ Neste sentido, cfr. os acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 266/92 e 364/94.

⁷⁵ Cfr. nota 6.

VIII. Conhecimentos fortuitos⁷⁶

Questão que não abordámos originalmente, mas que tem vindo a ganhar grande relevo prático, tendo já os tribunais da Relação a ela sido chamados, é a da utilizabilidade das mensagens de correio electrónico e semelhantes para a prova de crimes que não aqueles que originalmente fundamentaram a pesquisa/perícia e apreensão, ou seja, quer esses outros crimes tenham relação de conexão com originais (uma relação de “mesmidade”, em que ambos fazem parte do “mesmo pedaço de vida” já em investigação, assim chamados de ‘conhecimentos de investigação’⁷⁷), em que o aproveitamento será feito no mesmo processo, ou não tenham tal relação (conhecimentos fortuitos em sentido estrito), sendo o aproveitamento feito noutra processo. Por facilidade de expressão, chamar-lhes-emos apenas ‘conhecimentos fortuitos’ (em sentido lato). Será essa utilização, esse aproveitamento, admissível ou, pelo contrário, haverá aí uma proibição de prova?

A LCC não tem previsão expressa sobre esta matéria. Aliás, a nossa lei processual penal apenas expressamente prevê a transmissão de prova entre processos (conhecimentos fortuitos em sentido estrito) quanto ao meio de obtenção de prova ‘escutas telefónicas’ (artigo 187.º, n.ºs 7 e 8, do CPP⁷⁸) e, ainda assim, apenas tal sucede desde as alterações neste diploma introduzidas pela Lei n.º 48/2007.

A ausência de expressa previsão legal não significa que essa transmissão apenas seja admissível no caso das escutas telefónicas (e, por força do disposto no n.º 4 do artigo 18.º da LCC, também para a interceptação de comunicações). Sendo a prova originalmente válida, a admissibilidade da transmissão verificar-se-á, sem qualquer limitação, sempre que não exista qualquer restrição de âmbito objectivo (catálogo de crimes) ou subjectivo quanto ao concreto meio de obtenção de prova, por razões de economia processual⁷⁹ e em obediência a um primado de justiça e procura da verdade material.

⁷⁶ Como alertámos na nota inicial, este capítulo não constava do texto original.

⁷⁷ MANUEL DA COSTA ANDRADE, “O regime dos “conhecimentos de investigação”. Reflexões a partir das escutas telefónicas”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 142, n.º 3981, Julho-Agosto de 2013, p. 354.

⁷⁸ Aí se determina (n.º 7) que, sem prejuízo do disposto no artigo 248.º, a gravação de conversações ou comunicações só pode ser utilizada em outro processo, em curso ou a instaurar, se tiver resultado de interceptação de meio de comunicação utilizado por pessoa referida no n.º 4 e na medida em que for indispensável à prova de crime previsto no n.º 1. Daqui resulta que tal transmissão de prova apenas poderá ocorrer se a escuta tiver sido realizada a pessoa prevista no n.º 4 e se for indispensável para a prova de crime de catálogo. Quanto aos formalismos, prescreve o n.º 8 que, nos casos previstos no n.º 7, os suportes técnicos das conversações ou comunicações e os despachos que fundamentaram as respectivas interceptações são juntos, mediante despacho do juiz, ao processo em que devam ser usados como meio de prova, sendo extraídas, se necessário, cópias para o efeito.

⁷⁹ Quanto às buscas, cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre a Proibição das Provas em Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 277-278 (“[a] resposta afigura-se relativamente linear no domínio específico das buscas, onde nada parece contrariar a tese da admissibilidade geral da apreensão e valoração de todos os *conhecimentos fortuitos*. Isto à vista de um preceito como o artigo 179.º do CPP [...], que, de forma mais ou menos unívoca, autoriza a *apreensão de todos os objectos relacionados, nos termos legalmente prescritos, com um crime*. [...] São, pois, razões de economia processual – evitando-se a repetição de formas e diligências – que ditam a apreensão directa ou a valoração probatória dos objectos que corporizam os *conhecimentos fortuitos*”. Na jurisprudência, cfr. o ac. do TRE de 20.12.2012, P. 305/09.0 GESLV.E1 (MARTINHO CARDOSO) (do sumário: A legitimação da valoração de todos os conhecimentos fortuitos decorrentes de uma busca radica na circunstância de este meio de obtenção da prova ser admissível em relação a qualquer crime (ao contrário do que já sucede com as apreensões de correspondência [art.º 179.º, n.º 1 al.º b]) e das escutas telefónicas [art.º 187.º]). São pois razões de economia processual, evitando-se a repetição de formas e diligências, que ditam a apreensão directa ou a valoração

Recorde-se que, no âmbito das escutas telefónicas, mesmo antes da introdução desse normativo no CPP em 2007, já era (quase) pacífico na doutrina⁸⁰ e na jurisprudência⁸¹ que os conhecimentos fortuitos deveriam ser aproveitados se:

- (i) As escutas de que proviessem os conhecimentos fortuitos tivessem obedecido aos respectivos requisitos legais contidos no artigo 187.º do CPP (prévia autorização judicial, crimes taxativamente indicados na lei e seu especial interesse para a descoberta da verdade ou para a prova);
- (ii) O crime ou crimes em investigação e para cujo processo se transportassem os conhecimentos fortuitos constituíssem também crimes de catálogo;
- (iii) O aproveitamento desses conhecimentos tivesse igualmente interesse para a descoberta da verdade ou para a prova no processo para onde eram transportados;
- (iv) O arguido tivesse a possibilidade de controlar e contraditar os resultados obtidos por essa via.

Ainda que não se trate de uma aplicação analógica do regime previsto para as escutas telefónicas⁸² (desnecessária e inadequada, pois, contrariamente a este, não há catálogo de crimes – como vimos supra, por força do expressamente previsto no artigo 11.º, aplica-se, em abstracto, a todos os tipos de crime), as competências de Ministério Público e juiz de instrução são diferentes, tal como são diferentes os formalismos de produção deste meio de obtenção de prova, afigura-se-nos correcto o princípio a que a doutrina e a jurisprudência chegaram a propósito das escutas: as provas serão admissíveis para a prova dos novos crimes se estes, *ab initio*, justificassem, por si, a sua obtenção⁸³.

Concretizando, e em coerência com todo o *supra* exposto sobre a apreensão de correio electrónico ou semelhante, para os conhecimentos fortuitos em sentido estrito o regime será o seguinte⁸⁴:

probatória dos objectos que corporizem os conhecimentos fortuitos ocorridos no decurso de buscas.) e o ac. do TRL de 13.09.2007, P. 5724/2007-9 (Rui Rangel) (do sumário: São razões de economia processual, de garantia da verdade material e de não adulteração dos meios de prova que ditam a apreensão directa ou valoração probatória dos objectos que corporizam os conhecimentos fortuitos. De facto, a apreensão é um acto de polícia criminal que tem como escopo obter prova, protegendo portanto a realização do direito criminal, consubstanciando uma medida meramente cautelar.)

⁸⁰ Assim, por exemplo, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova no processo penal*, cit., p. 311-312; GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, II, Lisboa: Verbo, 1993, p. 177; ANDRÉ LAMAS LEITE, “As escutas telefónicas – algumas reflexões em redor do seu regime e das consequências processuais derivadas da respectiva violação”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano I, 2004, p. 9-58 (Capítulo I, §3); MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Escutas telefónicas – da excepcionalidade à vulgaridade*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 582 e ss.

⁸¹ Ac. STJ 23.10.2002, P. 02P2133 (LEAL HENRIQUES), de onde foi extraída a síntese de requisitos que se enunciaram; ac. STJ de 12.03.1997, P. 1015/96 (MARIANO PEREIRA), Ac. do TRP de 11.01.1995, P. 9441000 (PEREIRA MADEIRA); Ac. TRC de 29.03.2006, CJ, 2006, T. 1, p. 45; Ac. TRL de 11-09-2007, P. 3554/2007-5 (NUNO GOMES DA SILVA).

⁸² Como se fez no ac. do TRL de 11.07.2019, P. 184/12.STELSB-B.L1-3 (CONCEIÇÃO GONÇALVES).

⁸³ Assim, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Bruscamente...*, cit., p. 173.

⁸⁴ O que diremos continua a reportar-se a processo que se encontra na fase de inquérito. Não há qualquer problema de repartição de competências para as fases posteriores: a única entidade competente para todos os actos é o juiz do processo.

– No processo original, terá de ter havido uma válida pesquisa informática ou outro acesso legítimo a um sistema informático onde foram encontrados armazenados, nesse sistema informático ou noutra a que fosse permitido o acesso legítimo a partir do primeiro, dados informáticos que constituem mensagens de correio electrónico ou semelhantes. Como não há catálogo de crimes, as mensagens poderão, em abstracto, servir para a prova de qualquer crime e, como não há limitação de âmbito subjectivo, as mensagens poderão ter tido como remetente/destinatário qualquer pessoa⁸⁵.

– No processo original, as mensagens poderão estar já formalmente apreendidas (nos termos do disposto no artigo 17.º, por serem de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova dos crimes já objecto desse processo) ou apenas armazenadas, caso em que haverá primeiro que nelas realizar pesquisa de dados específicos e determinados que possam ser de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova dos crimes objecto desse outro processo (necessariamente, a solicitação do titular do outro processo, que poderá estar em inquérito, instrução ou mesmo julgamento), o que poderá consistir numa pesquisa totalmente diferente da original. A entidade competente para autorizar essa pesquisa será o magistrado do Ministério Público titular do inquérito original (como vimos, a intervenção do juiz de instrução ocorre apenas no momento da apreensão formal das mensagens, ou seja, para decidir sobre a possibilidade de utilização processual para efeitos de prova).

Quer estejam formalmente apreendidas, quer não, o que haverá a transmitir ao processo de destino serão sempre os dados informáticos das mensagens de correio electrónico ou semelhantes (não haverá transmissão de mensagens apreendidas, pois esta apreensão é, como vimos, apenas a autorização de utilização processual, a qual só pode acontecer no processo de destino).

A autorização para a transmissão será sempre apenas do magistrado do Ministério Público titular do inquérito original (necessariamente, a solicitação do titular do outro processo, que poderá estar em inquérito, instrução ou mesmo julgamento).

Identificadas as mensagens de correio electrónico ou semelhantes de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova no processo de destino (pelo seu magistrado titular ou por quem por ele para isso tenha recebido delegação), há que enviar cópia exacta dos respectivos dados informáticos (certificada por *hashing* e em suportes esterilizados) e dos documentos processuais relevantes para comprovar a licitude da pesquisa/perícia/apreensão. No processo de destino, caberá ao juiz aferir do “grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova” (nunca poderá ser o juiz do processo original a fazer tal juízo, o que

⁸⁵ Mesmo que se defenda que vigora aqui o âmbito subjectivo do artigo 179.º do CPP, recorde-se que, no que respeita aos conhecimentos fortuitos de escutas telefónicas, é pacífico que: desde que o visado pela interceptação telefónica seja do catálogo do artigo 187.º, n.º 4, não releva quem é o seu interlocutor dessa comunicação (pode não ser desse catálogo); não interessa quem “faz a declaração pertinente à prova no outro processo” – pode ser o “escutável” ou o terceiro (é sempre utilizável); não interessa a identidade do autor do “novo crime” – pode ou não ser algum dos “escutáveis”, o terceiro interveniente da comunicação ou qualquer outra pessoa, é sempre utilizável (nada impede que a condição de suspeito ou de arguido resulte da própria escuta, desde que reportada a crime de catálogo – ac. TRP de 05.06.2013, P. 1885/10.8PIPRT.P1 (ALVES DUARTE).

significaria atribuir-lhe uma competência extra-processual, para a qual, aliás, não dispõe dos elementos necessários à decisão, que apenas existem no ‘outro’ processo, que desconhece) – artigo 17.º da LCC. Se esse outro processo estiver em inquérito, a intervenção será do juiz de instrução e a requerimento fundamentado do Ministério Público; se estiver em instrução ou julgamento, mesmo que a pesquisa no processo original tenha sido por solicitação do juiz, deverá sempre o mesmo, quando recebidos os dados, e apenas nesse momento, proferir despacho ao abrigo do disposto no artigo 17.º da LCC.

Ou seja, nenhuma intervenção haverá do juiz de instrução do processo original⁸⁶.

Se apreensão for recusada pelo juiz, as cópias dos dados informáticos e dos documentos processuais relevantes deverão (após trânsito da decisão) ser devolvidas ao processo original. Quanto aos conhecimentos de investigação (para a prova de outros crimes que tenham relação de conexão com os originais, em que o aproveitamento será feito no mesmo processo), nenhuma especificidade haverá face ao regime geral antes exposto.

O que fica dito vale ainda, *mutatis mutandis*, para a transmissão de dados informáticos que se enquadrem no disposto no artigo 16.º, n.º 3, da LCC. A única diferença está no diferente critério de necessidade probatória, que já não é o da “grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova”, mas “apenas” o da ponderação dos “interesses do caso concreto” (o que não significa que, por imposição do disposto no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, e dependendo do tipo de dados em causa, não seja objecto de um juízo ainda mais exigente de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito).

IX. Mensagens de correio electrónico ou semelhantes não apreendidas

Antes de terminar, deixamos uma breve nota sobre o que fazer às mensagens de correio electrónico ou semelhantes que não sejam apreendidas por não serem de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova.

Os dados informáticos a que se aplica o artigo 17.º são dados armazenados que poderiam ter sido interceptados, em tempo real, através dos meios de obtenção de prova previstos nos artigos 187.º e 188.º do CPP (*SMS, EMS e MMS*) ou no artigo 18.º da LCC (*e. g.*, mensagens de correio electrónico e *instant messaging*). Assim, quanto ao regime da destruição/devolução, sendo o artigo 17.º omissivo e não oferecendo o artigo 179.º do CPP, como vimos, resposta satisfatória, deve aplicar-se o regime do artigo 188.º, n.º 6, deste código, *ex vi* do artigo 28.º da LCC⁸⁷. Sendo os dados da mesma natureza, deve o regime de conservação ser o mesmo⁸⁸.

⁸⁶ Contra, porque parte de pressupostos quanto às competências do Ministério Público e do juiz de instrução de que frontalmente discordamos, vd. o citado ac. do TRL de 11.07.2019, P. 184/12.5TELSB-B.L1-3. Porém, ainda mais discordamos da decisão sob recurso que por ele foi revogada.

⁸⁷ NdA. Ou seja, e fazendo as necessárias adaptações, o juiz, sem prejuízo do regime dos conhecimentos fortuitos, deve determinar a destruição imediata das mensagens de correio electrónico ou semelhantes que, sendo manifestamente estranhos ao processo, (i) abranjam matérias cobertas pelo segredo profissional, de funcionário ou de Estado ou (ii) cuja divulgação possa afectar gravemente direitos, liberdades e garantias. As demais mensagens permanecerão materialmente apreendidas (ou sujeitas a apreensão cautelar ou provisória, na terminologia de PEDRO VERDELHO). Não poderão, pois, ser destruídas.

X. Conclusões

Sendo cada vez mais relevante a utilização como meio de prova no processo penal das mensagens de correio electrónico e de natureza semelhante que são encontradas apreendidas em sistemas informáticos, é matéria onde se exige, com particular acuidade, a protecção de direitos fundamentais. Ainda que não exactamente do direito à inviolabilidade da correspondência e das telecomunicações, mas sempre do direito ao desenvolvimento da personalidade e do direito à reserva da intimidade da vida privada.

Para essa apreensão, o legislador deveria ter criado um regime autónomo e auto-suficiente, com repartição equilibrada de competências entre o Ministério Público e o juiz de instrução, a este reservando o estritamente necessário à garantia de direitos dos visados, adequado às especificidades técnicas das comunicações electrónicas, muito diferentes da correspondência corpórea, e à estrutura acusatória do processo penal, o que, pelo menos de forma satisfatória, não fez no artigo 17.º da LCC.

No campo de aplicação deste artigo estão as mensagens de correio electrónico, transmitidas através da *internet* ou em *intranets*, e comunicações de natureza semelhante, quer as feitas através de serviço telefónico (SMS, EMS e MMS), quer através da *internet* (como por *instant messengers* ou *chatrooms*), independentemente do seu conteúdo, de estarem nos servidores dos ESP ou já descarregadas nos sistemas dos utilizadores e de terem ou não sido abertas/lidas.

O artigo 17.º da LCC determina a correspondente aplicação do regime de apreensão de correspondência do CPP, não a aplicação integral. Esta só deve ser feita naquilo que não contrariar o já previsto na própria LCC; a remissão para o CPP não pode sobrepor-se ao regime especial de prova electrónica previsto na LCC. Nomeadamente, não será de aplicar nem o âmbito objectivo nem o subjectivo do artigo 179.º do CPP, e, no que respeita aos procedimentos, no inquérito é ao Ministério Público que compete proceder à análise e selecção das mensagens com grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova, que depois apresentará ao juiz em suporte autónomo juntamente com requerimento fundamentado, após o que o juiz apreciará, tomando conhecimento do seu conteúdo, e decidirá autorizar ou não autorizar a apreensão formal.

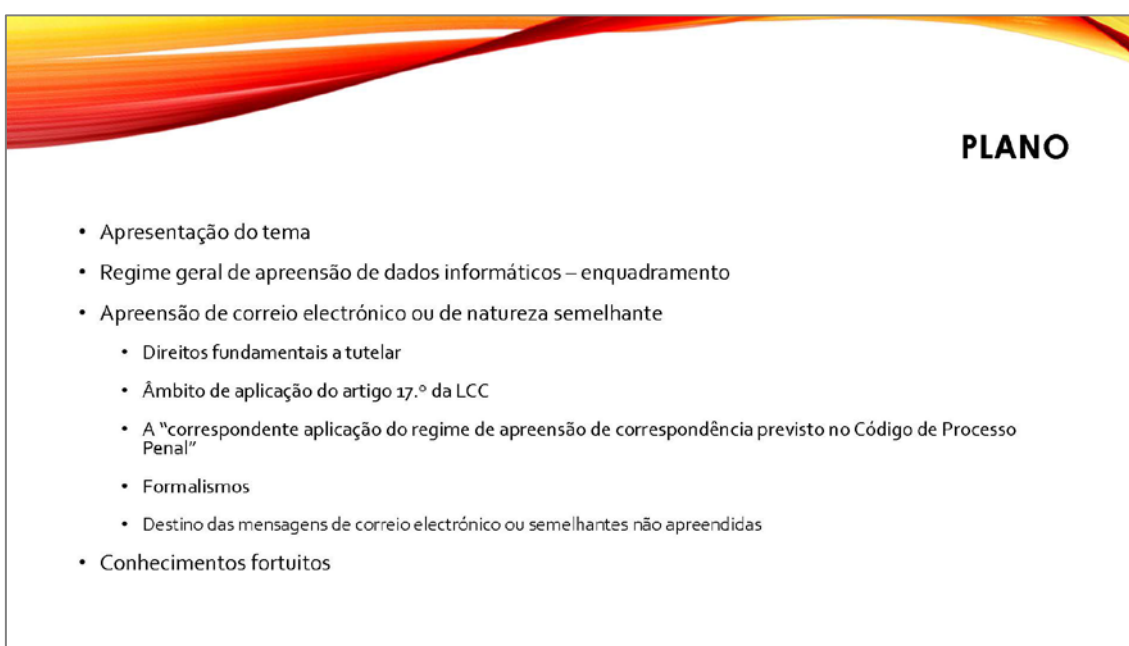
Esta a interpretação mais conforme à letra da lei, que maior coerência confere ao complexo normativo de tutela de direitos em matéria de dados de comunicações electrónicas, que

⁸⁸ NdA. Com grande relevância sobre esta matéria, cfr. o recente acórdão do TEDH de 04.06.2019 (caso Sigurður Einarsson e Outros v. Islândia – Queixa n.º 39757/15, em que os requerentes se queixaram de que a defesa não tinha tido acesso ao vasto volume de dados recolhidos pela acusação durante a fase de inquérito e que não tinha tido uma palavra a dizer na triagem eletrónica desses dados; sustentavam que ninguém tinha revisto a seleção de documentos apresentados ao tribunal e que lhes tinha sido negada a possibilidade de efetuar uma pesquisa utilizando o sistema electrónico aplicado, o "*Clearwell*", um sistema de *eDiscovery*). O tribunal considerou que seria adequado que tivesse sido dada à defesa a possibilidade de realizar uma busca por provas potencialmente ilibatórias e que qualquer recusa em autorizar a defesa a fazer novas buscas nos documentos "marcados" levantaria um problema à luz do artigo 6.º §3 (b), relativamente à disponibilização dos meios adequados para a preparação da defesa.

respeita as diferenças de natureza entre o correio corpóreo e correio electrónico ou semelhante, e, finalmente, a estrutura acusatória do nosso processo penal.

Apesar de a LCC não ter previsão expressa sobre os conhecimentos fortuitos, sendo a prova originalmente válida, a admissibilidade da transmissão para a prova dos novos crimes verificar-se-á, por razões de economia processual e em obediência a um primado de justiça e procura da verdade material, sem qualquer limitação que não a do critério material do artigo 17.º (grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova), que será apreciado pelo juiz do processo ‘receptor’, pois não existe qualquer restrição de âmbito objectivo (catálogo de crimes) ou subjectivo.

Apresentação Power Point



APRESENTAÇÃO DO TEMA



REGIME GERAL DE APREENSÃO DE DADOS INFORMÁTICOS – ENQUADRAMENTO

REGIME GERAL DE PROVA DIGITAL

Artigo 11.º LCC

Âmbito de aplicação das disposições processuais

1 - Com excepção do disposto nos artigos 18.º e 19.º, **as disposições processuais previstas no presente capítulo aplicam-se a processos relativos a crimes:**

- a) Previstos na presente lei;
- b) **Cometidos por meio de um sistema informático;** ou
- c) **Em relação aos quais seja necessário proceder à recolha de prova em suporte electrónico.**

2 - As disposições processuais previstas no presente capítulo não prejudicam o regime da Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho.

EM ABSTRACTO
A TODOS OS TIPOS DE CRIME

PRODUÇÃO DE PROVA DIGITAL

- **Duas formas (artigos 14.º - 17.º LCC)**

1. **Dados em suporte na posse de outras entidades**

- injunção para **apresentação** dos dados -> apresentação -> **apreensão**
- injunção para **concessão de acesso** aos dados -> pesquisa -> **apreensão**

2. **Dados em suporte na posse das AJ/OPC ou acessíveis através desse suporte**

- pesquisa/perícia -> **apreensão**

APREENSÃO DE DADOS INFORMÁTICOS REGIME GERAL

- **O que pode ser apreendido**

- dados ou documentos informáticos
- necessários à produção de prova, tendo em vista a descoberta da verdade

- **Modo de obtenção**

- Durante uma **pesquisa informática legítima**
 - **Nota:** pesquisa do artigo 15/5 ainda é pesquisa
- Durante **outro acesso legítimo** (perícia informática/análise forense)

APREENSÃO DE DADOS INFORMÁTICOS REGIME GERAL

• Competência para ordenar

• Regra: autoridades judiciárias

- despacho fundamentado a ordenar ou autorizar

• Excepção: OPC's por iniciativa própria:

- no decurso de **pesquisa informática** legitimamente ordenada e executada:
 - **voluntariamente consentida** por quem tiver a disponibilidade ou controlo desses dados, desde que o consentimento prestado fique, por qualquer forma, documentado;
 - casos de **terrorismo, 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;
- quando haja **urgência ou perigo na demora**;

APREENSÃO DE DADOS INFORMÁTICOS REGIME GERAL

• Modos de apreensão (não taxativo) - 4

1. **Apreensão do suporte** onde está instalado o sistema ou apreensão do suporte onde estão armazenados os dados informáticos, bem como dos dispositivos necessários à respectiva leitura;
2. Realização de **cópia dos dados**, em duplicado, em suportes autónomos;
 - Uma das cópias será junta ao processo e a outra será selada e confiada ao secretário judicial dos serviços onde o processo correr os seus termos;
3. **Preservação, por meios tecnológicos, da integridade dos dados**, sem realização de cópia nem remoção dos mesmos;
ou
4. **Eliminação não reversível ou bloqueio do acesso aos dados.**

(3 e 4 não são verdadeiras apreensões, pois se não se lhes seguir umas das apreensões 1 ou 2 não há forma de utilizar tais dados como prova)

APREENSÃO DE DADOS INFORMÁTICOS REGIMES ESPECIAIS

1. **Artigo 16/3** – “Dados pessoais ou íntimos”
2. **Artigo 16/5** – Sistemas informáticos utilizados para o exercício da **advocacia** e das actividades **médica** e **bancária** (aplica-se, com as necessárias adaptações, às regras e formalidades previstas nos artigos 180.º e 181.º CPP), sistemas informáticos utilizados para o exercício da profissão de **jornalista** (aplica-se, com as necessárias adaptações, as regras e formalidades previstas no Estatuto do Jornalista.)
3. **Artigo 16/6** - O regime de **segredo profissional** ou de **funcionário** e de segredo de Estado previsto no artigo 182.º do Código de Processo Penal é aplicável com as necessárias adaptações.
4. **Artigo 17.º** - Mensagens de correio electrónico ou registos de comunicações de natureza semelhante

APREENSÃO DE DADOS INFORMÁTICOS REGIMES ESPECIAIS

- **Dados pessoais ou íntimos**
 - **Artigo 16/3:** Caso sejam apreendidos dados ou documentos informáticos **cujo conteúdo seja susceptível de revelar dados pessoais ou íntimos, que possam pôr em causa a privacidade do respectivo titular ou de terceiro**, sob pena de nulidade esses dados ou documentos são apresentados ao juiz, que ponderará a sua junção aos autos tendo em conta os interesses do caso concreto.
- **Aplica-se a:**
 - dados ou documentos informáticos **já apreendidos**
 - cujo conteúdo seja susceptível de revelar **dados pessoais ou íntimos**, que possam pôr em causa a **privacidade do respectivo titular ou de terceiro**
 - apenas núcleo mais restrito
- **Formalismo:**
 - os dados ou documentos são apresentados ao juiz, que ponderará a sua junção aos autos tendo em conta os interesses do caso concreto;
 - suporte autónomo só com esses dados
 - MP é que apresentará, justificando o seu relevo probatório

APREENSÃO DE CORREIO ELECTRÓNICO OU DE NATUREZA SEMELHANTE

DIREITOS FUNDAMENTAIS A TUTELAR

- Direito à inviolabilidade da **correspondência**?
 - Aberta?
- Direito à inviolabilidade das **telecomunicações**?
 - Já terminada

Artigo 34.º CRP

(Inviolabilidade do domicílio e da correspondência)

1. O domicílio e o sigilo da **correspondência** e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis.
4. É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas **telecomunicações** e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.

DIREITOS FUNDAMENTAIS A TUTELAR

• Direito à inviolabilidade

• Aberta?

• Direito à inviolabilidade

• Já terminou?

Artigo 26.º CRP
(Outros direitos pessoais)

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.

- **Direito à reserva da intimidade da vida privada** > liberdade de comunicar > comunicar com segurança e confiança > domínio e autocontrolo sobre a comunicação

DIREITOS FUNDAMENTAIS A TUTELAR

• Direito

•

• Direito

•

• Direito

com

com

Em matéria de apreensão de dados informáticos armazenados de mensagens de correio electrónico ou de registos de comunicações de natureza semelhante, **nunca estaremos nem completamente dentro, nem completamente fora** quer do âmbito do segredo das telecomunicações, quer do âmbito do segredo da correspondência.

Mas estaremos sempre perante **perigo de ofensa de direitos fundamentais, como ao desenvolvimento da personalidade, à garantia da liberdade individual, à autodeterminação existencial e privacidade**, e por isso com necessidade de tutela adequada.

ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 17.º DA LCC

Artigo 17.º

Apreensão de correio electrónico e registos de comunicações de natureza semelhante

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.

Artigo 17.º**Apreensão de correio electrónico e registos de comunicações de natureza semelhante**

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, mensagens de correio electrónico ou registos de comunicações de natureza semelhante, o juiz pode, por despacho, a apreensão daqueles que se afigurem ser de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova, aplicando-se correspondente a apreensão de natureza semelhante prevista no Código de Processo Penal.

Perícias, se estas forem realizadas antes da apreensão

Acesso aos dados que estejam na disponibilidade ou controlo de outra entidade, por esta concedido, previsto no n.º 1 do artigo 14.º

Artigo 17.º**Apreensão de correio electrónico e registos de comunicações de natureza semelhante**

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 correspondente a apreensão de natureza semelhante prevista no Código de Processo Penal.

V.G., servidores de correio electrónico

Artigo 17.º**Apreensão de correio electrónico e registos de comunicações de natureza semelhante**

Quando, no decurso de uma pesquisa informática ou outro acesso legítimo a um sistema informático, forem encontrados, armazenados nesse sistema informático ou noutro a que seja permitido o acesso legítimo a partir do primeiro, **mensagens de correio electrónico** ou registos de comunicações de natureza semelhante, o juiz pode autorizar ou ordenar, por despacho, a apreensão daqueles que se afigurem ser de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova, aplicando-se correspondentemente o regime da apreensão de correspondência previsto no Código de Processo Penal.

Internet

Intranet

Artigo 17.º**Apreensão de correio electrónico e registos de comunicações de natureza semelhante**

Quando, no decurso de uma pesquisa informática ou outro acesso legítimo a um sistema informático, forem encontrados, armazenados nesse sistema informático ou noutro a que seja permitido o acesso legítimo a partir do primeiro, **mensagens de correio electrónico** ou **registos de comunicações de natureza semelhante**, o juiz pode autorizar ou ordenar, por despacho, a apreensão daqueles que se afigurem ser de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova, aplicando-se correspondentemente o regime da apreensão de correspondência previsto no Código de Processo Penal.

Apenas dados de tráfego de outras transmissões electrónicas de mensagens?

Artigo 17.º**Apreensão de correio electrónico e registos de comunicações de natureza semelhante**

Quando, no decurso de uma pesquisa informática ou outro acesso legítimo a um sistema informático, forem encontrados, armazenados nesse sistema informático ou noutro a que seja permitido o acesso legítimo a partir do primeiro, mensagens de correio electrónico ou registos de **comunicações de natureza semelhante**, o juiz pode autorizar ou ordenar, por despacho, a apreensão daqueles que se afigurem ser de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova, aplicando-se correspondentemente o regime da apreensão de

Através de serviço telefónico – SMS, EMS, MMS

Através da internet ou intranets - Instant messengers, chats/chatrooms, ...?

NOTA 1

- **Todas as comunicações**, independentemente do seu conteúdo, **entre pessoas humanas**
 - Não releva se há ou não ofensa à privacidade
 - Podem, por isso, não ter qualquer conteúdo privado (e.g., *newsletters*, publicidade e correio electrónico não solicitado em geral)
 - Porém, terão de ser necessariamente comunicações entre pessoas humanas, não entre máquinas

NOTA 2

- **Outros dados armazenados** (“ficheiros”), ainda que eventualmente tenham sido transmitidos por correio electrónico ou semelhante?
 - Não!
 - Depois de separados da mensagem que os transmitiu, são dados informáticos iguais à generalidade dos demais aí armazenados, podendo nem ser possível determinar a sua origem.
 - Os dados transmitidos e armazenados poderão ser de qualquer natureza – imagem, som (e.g., voz), texto – e podem subsistir armazenados no sistema informático do utilizador depois de ter sido eliminada a mensagem que os transmitiu.
 - Assim deverá suceder, por exemplo, **mesmo com facturas electrónicas de serviços de telecomunicações**, ainda que detalhadas (com listagens de telefonemas feitos e mensagens de texto enviadas) - tal como sucede exactamente com aquelas recebidas em papel por correio corpóreo: depois de abertas as cartas, as facturas são documentos iguais a quaisquer outros.

NOTA 3

- **Distinção entre mensagens abertas e não abertas / lido e não lido?**
 - Não! Não há reais bases para fundamentar nessa ilusão do lido/não lido diferentes níveis de tutela jurídica das mensagens de correio electrónico ou semelhantes:
 - O artigo não faz qualquer distinção
 - A CCiber apenas distingue entre dados informáticos em trânsito (a recolher em tempo real – artigos 20.º e 21.º) e dados informáticos armazenados (artigo 19.º) – não entre “abertas/fechadas”
 - O aberto ou não aberto / lido ou não lido não é uma qualquer forma de protecção do conteúdo da mensagem, contrariamente ao que sucede com os envelopes no correio corpóreo
 - Nem todos os ESP (e-mail service providers) têm esses regimes
 - Não existem para alguns IM
 - Nenhuma fiabilidade (configuração do utilizador; diversas plataformas)

NOTA 4

- **Distinção entre mensagens que estão nos servidores dos ESP e mensagens já descarregadas para os sistemas informáticos dos seus destinatários?**
 - Não
 - Como determiná-lo?
 - Após o download, as mensagens ficarão ou não no servidor do ESP conforme for a vontade do utilizador. Podendo assim as mensagens ter sido descarregadas num dos suportes do utilizador que não o pesquisado e, assim, não ser conhecido que já houve esse download.
 - As mensagens poderão ser descarregadas apenas parcialmente: apenas o cabeçalho e o corpo, deixando os anexos no servidor, que só serão descarregados se e quando o utilizador o desejar.
 - Daí que não deva fundar-se nesse aspecto qualquer solução jurídica para tutela de direitos.

NOTA 5

- **O artigo 17.º aplica-se mesmo se existir consentimento de quem tem a disponibilidade ou controlo dos dados?**
 - Não
 - «tal intervenção [do juiz de instrução] impõe-se apenas quando os dados pretendidos não estão acessíveis, quando não são espontaneamente fornecidos por quem pode dispor deles livremente. Só nesses casos é obrigatória a intervenção do juiz de instrução, que terá de ponderar e decidir qual dos valores conflituantes deverá prevalecer: o respeito pela reserva da vida privada, ou o interesse da administração da justiça.» [TRG 15.10.2012, processo 68/10.1GCBRG.G1, Fernando Monterroso](#)
 - Se o arguido enviou ao ofendido mensagem por sms o seu destinatário pode fazer da missiva o uso que entender, nomeadamente apresentá-la às autoridades judiciais para poder servir como prova de um crime de que é vítima. [TRP 20-01-2016, p 1145/08.4PBMTS.P1, Artur Oliveira](#)

Artigo 17.º

Apreensão de correio electrónico e registos de comunicações de natureza semelhante

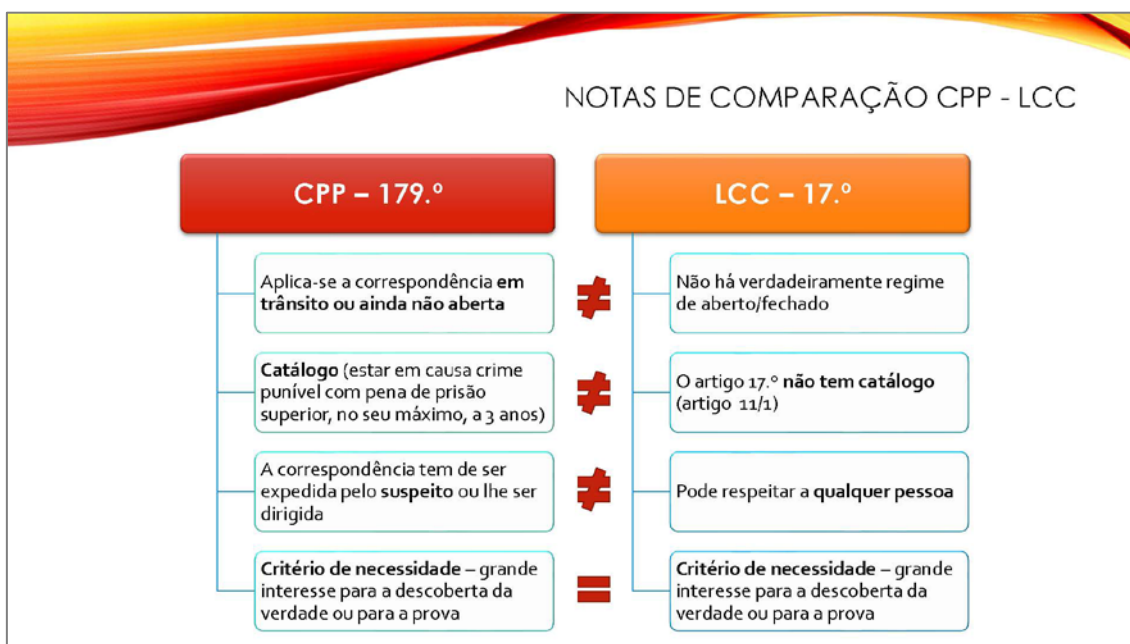
Quando, no decurso de uma pesquisa informática ou outro acesso legítimo a um sistema informático, forem encontrados, armazenados nesse sistema informático ou noutra a que seja permitido o acesso legítimo a partir do primeiro, mensagens de correio electrónico ou registos de comunicações de natureza semelhante, **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.**



A CORRESPONDENTE APLICAÇÃO DO REGIME DE APREENSÃO DE CORRESPONDÊNCIA PREVISTO NO CPP

- O artigo 17.º determina a **correspondente** aplicação do regime de apreensão de correspondência do CPP, **não a aplicação integral**.
- A remissão para o CPP **não pode sobrepor-se ao regime especial de prova electrónica previsto na LCC** – esta só deve ser feita **naquilo que não contrariar o já previsto na própria LCC**:
 - O artigo 17.º da LCC não tem previsão sobre **invalidades**, pelo que deve operar a remissão para o CPP, aplicando-se o regime do artigo 179.º;
 - O artigo 17.º da LCC não tem previsão sobre a apreensão de correspondência electrónica ou semelhante **entre o arguido e o seu defensor**, pelo que deve operar a remissão para o CPP (só será admissível se o juiz tiver fundadas razões para crer que aquela constitui objecto ou elemento de um crime);

NOTAS DE COMPARAÇÃO CPP - LCC





PROCEDIMENTOS DE SELECÇÃO E APREENSÃO

i. Letra da Lei

- Legislador poderia simplesmente ter dito "à apreensão de mensagens de correio electrónico ou registos de comunicações de natureza semelhante é aplicável o regime de apreensão de correspondência previsto no CPP". Não o quis fazer...
- "... o juiz pode autorizar ou ordenar, por despacho..."
 - **Autorizar pressupõe que a iniciativa é de outrem**, do Ministério Público, e que é desse a selecção das comunicações cuja apreensão se autorizará ou não. A não ser assim, o juiz de instrução nunca se limitaria a autorizar, antes sempre ordenaria a apreensão, deixando sem sentido aquilo que o legislador expressamente inseriu na redacção do artigo 17.º.
 - **Ministério Público não pode requerer** a apreensão das mensagens de correio electrónico ou semelhantes que se afigurem ser de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova **se não as conhece**

PROCEDIMENTOS DE SELECÇÃO E APREENSÃO

ii. Coerência do sistema de tutela de direitos

- Nos casos **mais graves** para a privacidade e para a inviolabilidade das telecomunicações dos artigos 16/3 e 18.º, respectivamente, os OPC's e o Ministério Público **podem e devem tomar primeiro conhecimento do conteúdo**; nos casos **menos graves**, quando pode nem sequer existir qualquer violação de privacidade, por que razão é que é **o juiz de instrução** que o deve fazer?
 - *Também nos casos do 16/3 deveria ser o juiz de instrução?*
 - *Mas na intercepção já houve prévia intervenção do juiz de instrução?...*

PROCEDIMENTOS DE SELECÇÃO E APREENSÃO

iii. Diferenças de natureza entre o correio corpóreo e correio electrónico ou semelhante

- Fundamento para, na apreensão de correspondência, ser o juiz o 1.º a tomar conhecimento - assegurar que o conteúdo da correspondência estava efectivamente nela contida (não é para impedir que outros que não o juiz tomem conhecimento do conteúdo dessa correspondência em caso de irrelevância probatória)
 - Tal não faz sentido na correspondência electrónica e semelhante: esta não está fechada, nem é alterável
- Não há nenhuma real garantia (v.g., para a privacidade) no conhecimento das mensagens de correio electrónico ou semelhantes ser em primeiro lugar do juiz: tal não pode impedir o MP de, depois, a essas mensagens ter acesso, nomeadamente para poder recorrer da decisão de não apreensão do juiz.
- A garantia está apenas na decisão de apreensão/não apreensão e essa não é minimamente afectada pelo conhecimento prévio pelo Ministério Público do conteúdo das mensagens.

PROCEDIMENTOS DE SELECÇÃO E APREENSÃO

iii. Diferenças de natureza entre o correio corpóreo e correio electrónico ou semelhante



- Fundamento para assegurar que não se impede que, em caso de apreensão, se altere o conteúdo das mensagens. Tal não acontece quando se trata de mensagens de correio electrónico ou semelhantes. A garantia de integridade é afectada pela operação de "desencapsulamento".

A operação de "desencapsulamento" não é minimamente equiparável à abertura de correspondência corpórea prevista no artigo 179.º do CPP.

Dados informáticos "encapsulados" que se supõe serem mensagens de correio electrónico ou semelhantes não são o equivalente a correspondência fechada:

- porque aquela nunca esteve fechada;
- porque não visa (nem consegue) assegurar a integridade do invólucro;
- porque por si não significa tomar conhecimento do conteúdo das mensagens.

PROCEDIMENTOS DE SELECÇÃO E APREENSÃO

iv. Acusatório e competências do juiz de instrução

- É imperativo constitucional respeitar a função do Ministério Público como titular do inquérito e do juiz de instrução como juiz de garantias.
- A interpretação conjugada do artigo 17.º da LCC e do artigo 179.º do CPP no sentido de aí fundar uma norma com o sentido de que é o juiz de instrução que, no inquérito, em primeiro lugar toma conhecimento das mensagens de correio electrónico ou semelhantes e que é ele que, oficiosamente, procede à selecção daquelas que são de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova, para além de **não se traduzir em qualquer real garantia, viola a estrutura acusatória do processo**, pois essa é matéria essencial à direcção do inquérito e à definição do seu objecto, assim comprometendo a posição de imparcial juiz das liberdades.
- A interpretação que criticamos **coloca no juiz de instrução a competência para verdadeiramente investigar os factos noticiados e impor ao Ministério Público a utilização de concretos meios de prova**
- Deve proceder-se a uma **interpretação conforme à Constituição**

FORMALISMOS

PESQUISA – APREENSÃO – JUNÇÃO

1. OPC's procedem à pesquisa / selecção
2. Apresentação ao Ministério Público
3. Ministério Público toma conhecimento e apresenta ao juiz de instrução com requerimento fundamentado indicando aqueles que são de grande interesse para a prova
 - Em suporte autónomo só com esses dados
 - Dados não estão formalmente apreendidos, mas estão... (por apreensão do suporte ou por cópia)
4. Juiz de instrução aprecia o requerimento do Ministério Público e profere decisão (fundamentada), determinando a apreensão e junção aos autos daqueles que forem de grande interesse para a prova;
 - Os que forem apreendidos, são juntos ao processo (são valoráveis)
 - Se não forem todos os apresentados, terá de se fazer novo suporte só com os apreendidos

PRAZOS

1. OPC's procedem à pesquisa / selecção ? 72 h
2. Apresentação ao Ministério Público
3. Ministério Público toma conhecimento e apresenta ao juiz de instrução com requerimento fundamentado indicando aqueles que são de grande interesse para a prova ? 10 d
 - Em suporte autónomo só com esses dados
 - Dados não estão formalmente apreendidos, mas estão... (por apreensão do suporte ou por cópia)
4. Juiz de instrução aprecia o requerimento do Ministério Público e profere decisão (fundamentada), determinando a apreensão e junção aos autos daqueles que forem de grande interesse para a prova ? 10 d
 - Os que forem apreendidos, são juntos ao processo (são valoráveis)
 - Se não forem todos os apresentados, terá de se fazer novo suporte só com os apreendidos

DESTINO DAS MENSAGENS DE CORREIO ELECTRÓNICO OU SEMELHANTES NÃO APREENDIDAS

- Destruição?
- Conservação?
 - Os dados informáticos a que se aplica o artigo 17.º são dados armazenados que poderiam ter sido interceptados, em tempo real, através dos meios de obtenção de prova previstos nos artigos 187.º e 188.º do CPP (SMS, EMS e MMS) ou no artigo 18.º da LCC (e.g., mensagens de correio electrónico e *instant messaging*).
 - Assim, quanto ao regime da destruição/devolução, sendo o artigo 17.º omissivo e não oferecendo o artigo 179.º do CPP resposta satisfatória, **deve aplicar-se o regime do artigo 188/6 CPP**, ex vi do artigo 28.º da LCC. Sendo os dados da mesma natureza, deve o regime de conservação ser o mesmo.

Tudo o que não se enquadre no 188/6 CPP deverá manter-se armazenado.

CONHECIMENTOS FORTUITOS

- Pesquisa informática ou outro acesso legítimo a um sistema informático no processo original
- Catálogo do artigo 11/1 LCC (em abstracto, qualquer tipo de crime)
- Não há qualquer âmbito subjectivo
- No processo original, as mensagens poderão estar já apreendidas (art 17.º) ou apenas armazenadas
- Cópias exactas (*hashing – e suportes esterilizados*)
- Nenhuma intervenção haverá do juiz de instrução do processo original (*se em inquérito*)
- A decisão de apreensão (aferição do “grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova”) será do juiz de instrução do processo de destino
 - Se apreensão for recusada, devolução do suporte ao processo original (após trânsito)
- O mesmo para “dados pessoais ou íntimos” (16/3 LCC)



Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/2cpqyz73f0/streaming.html?locale=pt>

Título:

Direito probatório, substantivo e processual penal - 2019

Ano de Publicação: 2019

ISBN: 978-989-8908-82-7

Série: Formação Contínua

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt