

O Presidente da República

Excelentíssimo Senhor Conselheiro Presidente
do Tribunal Constitucional

Excelência,

Nos termos do nº 1 do art.º 278º da Constituição da República Portuguesa, bem como do nº 1 do art.º 51º e nº 1 do art.º 57º da Lei nº 28/82, de 15 de novembro, venho requerer ao Tribunal Constitucional, com os fundamentos a seguir indicados, a apreciação da conformidade com a mesma Constituição das seguintes normas constantes do Decreto nº 167/XIV da Assembleia da República, registado na Presidência da República, no dia 4 de agosto de 2021, para ser promulgado como lei:

- as normas constantes do artigo 5º, na parte em que altera o artigo 17º da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro.

1º

Pelo Decreto nº 167/XIV, a Assembleia da República aprovou a lei relativa ao combate à fraude e à contrafação de meios de pagamento que não em numerário, alterando o Código Penal, o Código de Processo Penal, a Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, que aprova a Lei do Cibercrime, e outros atos legislativos.

O Presidente da República

2º

O Decreto em causa procede à transposição de Diretiva europeia. Contudo, e como se admite na exposição de motivos da própria proposta de lei, o legislador aproveitou a oportunidade para alterar normas não diretamente visadas pela Diretiva.

3º

É o caso da alteração ao artigo 17º da Lei do Cibercrime. Com efeito, como referido na exposição de motivos: “Noutro plano, e ainda que se trate de um aspeto não respeitante à transposição da Diretiva (UE) 2019/713, aproveita-se o ensejo para ajustar o artigo 17.º da Lei do Cibercrime, cujo teor tem gerado conflitos jurisprudenciais que prejudicam a economia processual e geram dúvidas desnecessárias.

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

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

Visa-se, por outro lado, esclarecer que a apreensão de mensagens de correio eletrónico ou de natureza similar guardadas num determinado dispositivo, embora incidindo sobre dados informáticos de conteúdo especial, não é tecnicamente diferente da apreensão de outro tipo de dados informáticos. Assim, deve o Ministério Público, após análise do respetivo conteúdo, apresentar ao juiz as mensagens de correio eletrónico ou de natureza similar cuja apreensão tiver ordenado ou validado e que considere serem de grande interesse para a descoberta da verdade ou para

O Presidente da República

a prova, ponderando o juiz a sua junção aos autos tendo em conta os interesses do caso concreto.

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

4º

É o seguinte o conteúdo da alteração em causa:

“Artigo 17.º

Aprensão de mensagens de correio eletrónico ou de natureza semelhante

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

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

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

O Presidente da República

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

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

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

5º

Deste modo, como se vê, a alteração em causa não constitui um mero “ajustamento”, mas a uma mudança substancial no paradigma de acesso ao conteúdo das comunicações eletrónicas, admitindo-se que esse acesso caiba, em primeira linha, ao Ministério Público, que só posteriormente o apresenta ao juiz.

6º

O Tribunal Constitucional tem dedicado atenção recente, numa leitura estrita, ao acesso por parte de entidades públicas às comunicações, sejam no seu conteúdo, sejam os metadados (vd. Acórdão TC n.º 464/2019).

7º

Por outro lado, como bem alerta a Comissão Nacional de Proteção de Dados no seu parecer (Parecer 2021/74), jurisprudência recente do Tribunal de

O Presidente da República

Justiça da União Europeia, em caso semelhante, entendeu que o Ministério Público, por deter a ação penal, não possui a independência requerida para apreciar a necessidade de acesso ao conteúdo das comunicações, razão pela qual essa tarefa deve ser cometida ao juiz.

8º

O regime aprovado parece divergir, por outro lado, do disposto no artigo 179º do Código do Processo Penal, no qual a intervenção do juiz *ab initio* é indispensável. Esta é também a opinião expressa pela Comissão Nacional de Proteção de Dados no seu parecer.

9º

Com efeito, é o seguinte o conteúdo do artigo 179º do Código do Processo Penal:

“Artigo 179.º

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

O Presidente da República

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 objeto 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.

10º

Torna-se, pois, claro que o regime agora aprovado se parece afastar, substancialmente, do disposto no Código de Processo Penal em matéria de correspondência, onde é sempre exigida a intervenção do juiz.

11º

O legislador justificou, em parte, na exposição de motivos, a necessidade da presente alteração com a resolução “conflitos jurisprudenciais”. Se é certo que a jurisprudência nem sempre tem sido linear na aplicação desta norma (vd., entre outros, Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 29-03-2011), também é verdade que alguma jurisprudência parece apelidar a confusão de “aparente” (vd. Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 06-02-2018). Seja como for, seria importante assegurar que a tais alegados “conflitos jurisprudenciais” não fosse agora acrescentada a dúvida de eventual não conformidade constitucional do regime aprovado.

12º

O Presidente da República

Por outro lado, a nova redação dada ao artigo 17º aproxima-se, é certo, do regime em vigor no artigo 16º. Sucede que, como alerta a Comissão Nacional de Proteção de Dados, o artigo 16º refere-se a dados informáticos, o que – de modo diverso do que parece resultar da exposição de motivos – não inclui necessariamente dados pessoais nem o conteúdo das comunicações, razão que justifica um regime menos exigente.

13º

Não por acaso, o legislador tratou em artigos diversos da apreensão de dados informáticos e da apreensão de correio eletrónico e registos de comunicações de natureza semelhante, justamente por esta última dever justificar um regime mais rigoroso de acesso.

14º

Ora, a admitir-se esta interpretação, o regime em causa seria assim suscetível de introduzir novas restrições ao disposto no artigo 34º, em especial no seu número 4, e no artigo 35º, todos da Constituição. Tais restrições, nesse caso, poderiam não respeitar os termos estritos do citado n.º 4 do artigo 34º, na interpretação que lhe tem sido dada pelo Tribunal Constitucional, o disposto no artigo 35º, nem a exigência de proporcionalidade resultante do regime material dos direitos, liberdades e garantias, constante do n.º 2 do artigo 18º da Constituição.

Ante o exposto, perante as dúvidas suscitadas, parece oportuno clarificar, antecipadamente, a potencial não conformidade constitucional deste novo regime, e a compreensível preocupação que pode suscitar em termos de investigação criminal.

O Presidente da República

Assim, requer-se, nos termos do n.º 1 do art.º 278º da Constituição, bem como do n.º 1 do art.º 51º e n.º 1 do art.º 57º da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro, a fiscalização preventiva da constitucionalidade das normas do artigo 5º, na parte em que altera o artigo 17º da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, constantes do Decreto n.º 167/XIV da Assembleia da República, por violação do disposto no n.º 4 do artigo 34º, no artigo 35º, e no n.º 2 do artigo 18º, todos da Constituição da República Portuguesa.

Apresento a Vossa Excelência os meus mais respeitosos cumprimentos.

Lisboa, 4 de agosto de 2021

O Presidente da República

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, sweeping initial 'M' followed by a series of connected, fluid strokes that form the name 'Rebelo de Sousa'.

Marcelo Rebelo de Sousa