

Aprensão de correio electrónico e registos de comunicações de natureza semelhante – artigo 17.º da Lei n.º 109/2009, de 15.IX

Rui Cardoso

Procurador da República

Docente do Centro de Estudos Judiciários

SUMÁRIO: 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. MENSAGENS DE CORREIO ELECTRÓNICO OU SEMELHANTES NÃO APREENDIDAS; IX. CONCLUSÕES.

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 e 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 que a mesma suscita, 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 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 puder 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 nunca o seriam 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