

Prova digital: as leis que temos e a lei que devíamos ter^[*]

João Conde Correia
Procurador da República

[*] O texto que se segue tem na sua base a nossa participação no *workshop* «Prova digital em processo penal – velhos limites a novas realidades», que ocorreu em Lisboa, em 27 de junho de 2014 e foi organizado pelo Gabinete do Cibercrime, da Procuradoria-Geral da República.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. As leis que temos. 3. A conjugação das leis que temos 4. Incongruência de algumas soluções legais 5. A Lei que devíamos ter 6. Reflexões finais

1. INTRODUÇÃO

A prova digital, que atualmente constitui o cerne da generalidade dos nossos processos penais^[1], está, hoje em dia, regulada em três diplomas legais: o Código de Processo Penal, a Lei n.º 32/2008, de 17 de julho (que regula a conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas) e, ainda, a Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro (Lei do Cibercrime). Com efeito, persistindo numa estranha lógica legislativa, que tem resistido incólume ao irremediável volver dos

[1] Como refere Marcello Daniele «la grande fruibilità processuale delle prove digitali dipende dal costante incremento della diffusione dei sistemi informatici e

della digitalizzazione delle conoscenze nella società moderne, con le sempre maggiori occasioni di interconnessione tra il mondo fisico e il mondo digitale

che ne derivano» [La prova digitale nel processo penale, Rivista di Diritto Processuale (2011), p. 284].

tempos, o legislador nacional continua a manter em vigor três diplomas legais diferentes para regular aspetos parcelares da mesma realidade concreta.

Esta trilogia, para além de acentuar o atual paradigma da descodificação e de negar a desejável centralidade normativa do Código de Processo Penal, contribui para a assimetria, para a incoerência das soluções legais e, sobretudo, para o seu indesejável e nefasto insucesso prático. A prova digital – essencial no mundo hodierno – continua mergulhada num verdadeiro pântano prático e, sobretudo, normativo, que só poderá ser superado mediante uma intervenção legislativa coerente, global e, cientificamente, sustentável^[2].

O amadurecimento dos conceitos e das necessidades, propiciado pela riqueza da prática jurídica quotidiana e sedimentado por uma longa reflexão doutrinal, já permite, no entanto, abandonar o experimentalismo e a improvisação inicial e substituí-los por um modelo que conjugue a boa técnica com a melhor substância. A partir do acervo prático e dogmático existente é possível construir um sistema justo que – sem medo de enfrentar as novas realidades – satisfaça, de forma equilibrada, as necessidades conflituantes em jogo.

2. AS LEIS QUE TEMOS

A teia legislativa nacional é muito complexa, sobrepondo-se em camadas sucessivas, que ora parecem divergir e ganhar autonomia, ora parecem convergir e superar-se sucessivamente, tornando quase impossível a tarefa do melhor intérprete. As peças do *puzzle* não se encaixam facilmente. Em vez de seguir o velho conselho iluminista e de optar por poucas leis,

[2] A própria terminologia é equívoca, abrangendo uma série de realidades muito distintas, unidas, sobretudo, pelo ambiente em que circulam, são produzidas ou estão armazenadas. Assim, «a prova eletrónico-digital» é, normalmente, definida «como qualquer tipo de informação, com valor probatório, armazenada [em repositório elec-

trónico-digitais de armazenamento] ou transmitida [em sistemas e redes informáticas ou rede de comunicações eletrónicas, privadas ou publicamente acessíveis], sob a forma binária ou digital» [RODRIGUES, Benjamim Silva, *Da Prova Penal*, Lisboa, Rei dos Livros (2011), p. 39]. O que, no fundo, abrange praticamente quase tudo, provocando

óbvios reflexos práticos e teóricos a montante, em instrumentos processuais que foram concebidos e amadurecidos noutra contexto cultural. Com efeito, em vez de «oggetti fisici, dotati de un' evidente corporietà», como acontecia tradicionalmente, estamos agora perante «entità immateriali» (Daniele, MARCELLO, *La prova...*, p. 284).