# A privacidade digital posta à prova no processo penal

Paulo de Sousa Mendes
*Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*

[*] O presente texto teve publicação original da Revista *Quaestio facti* 2, 2021, pp. 221-246 (online: https://www.quaestiofacti.com/es/13/paginas-numeros.html). O texto resultou da passagem a escrito de conferências proferidas pelo autor nos seguintes eventos: "The seizure of computer files and e-mails", no *International Forum the Europeanization of Evidence Law in Transnational and Domestic Criminal Justice*, Messina e Siracusa, Itália, 28 e 29 de maio de 2019; "La búsqueda de archivos informáticos y correos electrónicos", no Curso EJ – 1901, *Las Garantías de Investigados y Acusados desde la Dimensión Europea* (*Buenas Prácticas Procesales*), Barcelona, Espanha, 13, 14 e 15 de novembro de 2019; "Die Beschlagnahme von Computerdateien und E-Mails", organizada pelo Institut für Deutsches und Europäisches Strafprozessrecht und Polizeirecht der Universität Trier (ISP), na antiga Schwurgerichtssaal (Arbeits- und Sozialgericht, Dietrichstraße 13, Eingang Justizstraße), Trier, Alemanha, em 15 de janeiro de 2020. Foram feitas as alterações necessárias à adaptação às regras de estilo da RMP. Agradeço ao Procurador da República Rui Cardoso todos os comentários, sempre pertinentes e muito informados, que tentei que ficassem refletidos no texto final, ainda que as ideias aqui defendidas só me comprometam a mim.

SUMÁRIO: I. Introdução. II. O direito à privacidade digital na jurisprudência de Estrasburgo. 1. O caso Sérvulo & Associados – Sociedade de Advogados, RL e Outros *v.* Portugal (2015). 2. A violação do direito à privacidade e o seu remédio ao nível do processo equitativo. III. O direito à privacidade digital no direito jurisprudencial dos Estados Unidos da América. 1. As Diretrizes Federais para Busca e Apreensão de Computadores. 2. Pesquise antes de apreender ou... 3. Apreenda primeiro e depois logo se vê. 4. A pesquisa externa. 5. A doutrina jurisprudencial da visibilidade imediata. 6. O caso Estados Unidos *v.* Carey (1999). 7. O caso State *v.* Schroeder (2000). IV. Conclusões.

## I. Introdução

A migração para o ciberespaço origina novas ameaças à privacidade, desde logo porque todas as facetas da vida ficam expostas de forma nunca antes vista no mundo físico.

O processo penal acompanha a migração para o ciberespaço, desde a desmaterialização dos autos até à audição de testemunhas por videoconferência eletrónica. No presente texto, interessa-nos sobremaneira a recolha, a custódia e a análise da prova digital. Em processos por delitos económicos e financeiros a prova é quase totalmente digital. Os documentos que servem de meios de prova

são digitais. Dada a imensa informação potencialmente acumulada em *bits* e *bytes* por comparação com o mundo físico, cabe então perguntar qual é a proteção da privacidade que resta no domínio da prova digital?

A pergunta é feita tanto à luz do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e da jurisprudência de Estrasburgo como diante do Quarto Aditamento à Constituição dos Estados Unidos da América e do correspondente direito jurisprudencial (*case law*). As soluções aí encontradas ajudarão a resolver o mesmo problema jurídico ao nível de cada ordenamento nacional, quanto mais não seja porque assistimos a uma hibridização do processo penal, ademais incrementada na ciberrealidade em que vivemos.

## II. O direito à privacidade digital na jurisprudência de Estrasburgo

O artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (doravante, a Convenção ou CEDH) impõe o respeito pela privacidade. Mais exatamente, o artigo 8.º, n.º 1, da Convenção protege o direito ao respeito da vida privada e familiar, do domicílio e da correspondência.

A privacidade é um conceito mais vasto do que parece. Realmente, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (doravante, o TEDH) tem vindo a fazer uma interpretação extensiva da Convenção, aplicando o artigo 8.º à proteção da informação guardada em servidores, computadores, ficheiros informáticos e *e-mails*, como aconteceu nos casos *Leander v Sweden* (1987)[1], *Amann v Switzerland* (2000)[2], *Rotaru v Romania* (2000)[3], *Copland v United Kingdom* (2007)[4]

[1] *Leander v Sweden* (queixa n.º 9248/81), de 26 de março de 1987, § 48.

[2] *Amann v Switzerland* (queixa n.º 27798/95), de 16 de fevereiro de 2000, § 65.

[3] *Rotaru v Romania* (queixa n.º 28341/95), de 4 de maio de 2000, §§ 42-43.

[4] *Copland v United Kingdom* (queixa n.º 62617/00), de 3 de abril de 2007.

e *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v Austria* (2007)[5]. Além de que tem alargado o conceito de privacidade à vida profissional não só dos trabalhadores, mas também das empresas, de modo que o ambiente informático do local de trabalho acaba por estar incluído na proteção da privacidade, como aconteceu no caso *Société Colas Est and other v France* (2002)[6]. Geralmente, o TEDH basta-se com uma ou duas frases de fundamentação para declarar essa proteção, como aconteceu no caso *Copland v United Kingdom* (2007): «§ 41. De acordo com a jurisprudência do Tribunal, as ligações telefónicas de estabelecimentos comerciais são *prima facie* cobertas pelas noções de 'vida privada' e 'correspondência' para os fins do artigo 8.º, n.º 1 (ver *Halford*, já referido, § 44 e *Amann v Suíça* [GC], n.º 27798/95, § 43, CEDH 2000 II). Segue-se logicamente que os e-mails enviados do trabalho devem igualmente ser protegidos pelo artigo 8.º, assim como as informações recolhidas através de monitoramento do uso pessoal da Internet»[7].

Seja como for, a proteção da privacidade não é absoluta. Existem situações em que a autoridade pública pode interferir no direito ao respeito pela vida privada e familiar, pelo lar e pela correspondência. Nos termos do n.º 2 do artigo 8.º da Convenção, a ingerência só é permitida, porém, quando estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, a segurança pública, o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros. Quando é chamado a pronunciar-se sobre

[5] *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v Austria* (queixa n.º 74336/01), de 16 de janeiro de 2007, § 45.

[6] *Société Colas Est and other v France* (queixa n.º 37971/97), de 16 de abril de 2002, § 40.

[7] Em língua original (*Copland v United Kingdom* (2007)): «§ 41. According to the Court's case-law, telephone calls from business premises are prima facie covered by the notions of 'private life' and 'correspondence' for the purposes of Article 8 § 1 (see Halford, cited above, § 44 and Amann v. Switzerland [GC], no. 27798/95, § 43, ECHR 2000 II). It follows logically that e-mails sent from work should be similarly protected under Article 8, as should information derived from the monitoring of personal internet usage».