

JURISMAT

Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes

N.º 13 – PORTIMÃO – MAIO 2021

Ficha Técnica

Título: JURISMAT – Revista Jurídica | Law Review – N.º 13
Director: Alberto de Sá e Mello
Edição: Centro de Estudos Avançados em Direito Francisco Suárez (ISMAT / ULHT / ULP)
Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes
Rua Dr. Estêvão de Vasconcleos, 33 A
8500-656 Portimão
PORTUGAL

Edição on-line: <https://recil.grupolusofona.pt/>
Catalogação: Latindex – folio 24241
Correspondência: info@ismat.pt
Data: Maio 2021
Tiragem: 100 exemplares
ISSN: 2182-6900

ÍNDICE

PALAVRAS DE ABERTURA	7
ARTIGOS	11
MARCOS EHRHARDT JR. & GABRIELA BUARQUE PEREIRA SILVA Contratos e Algoritmos: Alocação de Riscos, Discriminação e Necessidade de Supervisão por Humanos	13
CRISTINA ALVES BRAAMCAMP SOBRAL Novos Paradigmas do Direito	43
CARLOS FRAGA Sobre a Independência e Responsabilidade dos Juízes no Liberalismo (1820-1926)	61
ANTÓNIO BRAZ TEIXEIRA Lugar de José Frederico Laranjo no Krausismo Jurídico Português	81
M ^a TERESA CARRANCHO HERRERO La Necesaria Protección de los Bienes Culturales Inmuebles	93
MARIA DOS PRAZERES BELEZA Os Créditos compensatórios como reposição do equilíbrio entre os ex-cônjuges, em caso de divórcio	117
CATARINA SALGADO A residência alternada: melhor dos dois mundos... ou nem por isso...	135
HUGO CUNHA LANÇA Os Direitos dos Animais – efabulação ou realidade?	151
JOÃO ALMEIDA VIDAL Plataformas digitais de alojamento: uma análise luso-espanhola sob a perspectiva da responsabilidade civil	181
JOAQUÍN GARCÍA MURCIA, IVÁN ANTONIO RODRIGUEZ CARDO & DIEGO ÁLVAREZ ALONSO La prestación de trabajo a través de plataformas digitales en el sistema español: A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Septiembre de 2020	221
JOSÉ ANTÓNIO LOPES COELHO Breve apreciação sobre o desemprego atual	243
YOUNESS BENDAHMANE Entreprises : De quelques aspects des risques juridiques à l’heure du COVID	265

MARIA DE FÁTIMA CABRITA MENDES	
A Proposta da Comissão Europeia – <i>Digital Markets Act</i> : Eficácia para a resolução dos efeitos lesivos originados pelos gigantes tecnológicos na União Europeia	273
MARIA MIGUEL CARVALHO	
O pedido de registo de marcas «COVID»	295
ALBERTO DE SÁ E MELLO	
O direito exclusivo dos autores e as exceções a favor de bibliotecas, museus, arquivos e demais instituições culturais – Estudo de Direito Comparado dos regimes português e espanhol – Uma proposta para a transposição dos artigos 6.º a 8.º da Directiva 2019/790 (UE)	317
VÍTOR MATOS	
Medidas Cautelares de Polícia para os Crimes Praticados por Meios Informáticos – Dificuldades Inerentes à Prova Digital.....	345
SAÏD AZZI & YOUNESS BENDAHDANE	
La protection pénale de la dissolution de la société en droit marocain	383
JORGE GODINHO	
Arguição da dissertação de doutoramento de António Jorge Rocha Lé, Casinos em Portugal — percursos e alterações (1927-2015), na Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, em 22 de Fevereiro de 2021	391
ARTIGOS DE ESTUDANTES DO CURSO DE DIREITO DO ISMAT	399
CAROLINE SOARES	
Vicissitudes no Contrato de Locação – transmissão da posição contratual em âmbito de arrendamento urbano	401
LÚCIA COSTA	
A Venda de Pais a Filhos e Avós a Netos (Uma reflexão sobre o artigo 877º do Código Civil)	417
PEDRO MIGUEL COSTA DE AZEVEDO	
Harmonização Fiscal da Tributação Direta	433
MANUEL CATARINO	
Breve Introdução ao Direito Terrestre do Espaço Exterior	447

Medidas Cautelares de Polícia para os Crimes Praticados por Meios Informáticos – Dificuldades Inerentes à Prova Digital

VÍTOR MATOS ^{*/**}

Resumo: As constantes alterações vividas na sociedade sejam elas por motivos económicos, sociais e até tecnológicos, têm obrigado as forças e serviços de segurança, a uma constante adaptação por forma a combater de eficazmente as novas realidades criminais que vão emergindo. O surgimento da era digital, e conseqüente desenvolvimento das novas tecnologias que se seguiram, deu origem a hodiernos fenómenos criminológicos, originando que cada vez mais indivíduos recorram a estas novas formas de comunicação para a prática de ilícitos criminais. O modelo de investigação policial referente aos crimes praticados através de meios informáticos será sustentado através de um tipo de prova de características particulares. A natureza instável, dispersa e imaterial que caracteriza a prova digital, incumbe a investigação a um maior cuidado com a sua recolha, a começar pelas medidas cautelares de polícia, de forma a garantir a sua integridade e força probatória. O futuro, passa assim, por equipar as polícias de investigação com meios capazes de fazer face a este fenómeno, pois cada vez mais utilizadores usam as ferramentas virtuais na prática de atos criminogénicos, tornando muitas vezes impossível produzir um meio pro-

JURISMAT, Portimão, 2021, n.º 13, pp. 367-381.

* Pós-Graduado em Criminologia e Investigação Criminal; Mestre em Direito; Docente no ISMAT.

batório imputável a determinado suspeito em concreto. Urge que o Direito evolua e se adapte, para que seja trilhado um caminho que vise combater eficazmente estes nichos de criminosos.

Abstract: The ongoing changes in our society due to economical, social or even technological reasons, have led the security services and forces to a continuous adaptation in order to effectively deal with the emerging criminal realities. The dawn of the digital age, and the consequent development of the new technologies that followed, has originated criminological phenomena with the result that more and more individuals take advantage of these new forms of communication for the commission of criminal offences. The police investigation model for computer-related crime will be supported by a type of evidence of particular characteristics. The unstable, dispersed and immaterial nature of digital evidence means that greater care must be taken in investigating it, starting with precautionary police measures, in order to guarantee its integrity and probative force. The future, therefore, lies in equipping the investigative police with means capable of dealing with this phenomenon, as more and more people use virtual tools in the practice of criminal acts, often making it impossible to produce evidence attributable to any suspect. It is urgent that the Law evolves and adapts, so that a path can be created to effectively fight these criminal niches.

Sumário: I. Introdução; II. Medidas Cautelares de Polícia; III. A Salvaguarda da prova digital e suas limitações; IV. Conclusão.

I. Introdução

Vivemos atualmente num mundo de crescente complexidade, com as sociedades em permanente mutação. A globalização faz sentir os seus efeitos, aumentando o clima de incertezas e, conseqüentemente, as dificuldades das comunidades e organizações se adaptarem a esta nova realidade.

O artigo 2.º da Constituição define a República Portuguesa, como um Estado de direito democrático, baseado no respeito e na garantia dos direitos e das liberdades fundamentais. De entre esses direitos e liberdades, cumpre destacar nesta reflexão, o direito à liberdade e segurança, à proteção jurídica e ao acesso à via judiciária, tal como consta nos artigos 20.º e 27.º da mesma Lei Fundamental.

Com a 1ª revisão Constitucional de 1982, a segurança surge como um direito e uma garantia dos cidadãos que, permite salvaguardar os demais direitos, liberdades e garantias previstos na Constituição e na lei. Assim, cabe ao Estado institucionalizar uma força coletiva, dotada de organização jurídica e funcional para realizar os interesses gerais, mas também, dotada de coercibilidade para fazer face a conflitos ou alterações da ordem pública que possam pôr em causa direitos consagrados.

Podemos então afirmar que, desta forma, a segurança e a liberdade, ambas previstas no artigo 27.º da CRP, constituem corolários dos restantes direitos. São estes mesmos direitos, um parâmetro obrigatório de avaliação da qualidade de vida democrática em qualquer sociedade moderna.

Não faz sentido falar em modernização, desenvolvimento social e económico, direitos liberdades e garantias ou exercício da cidadania plena, esquecendo que o futuro só é viável com segurança para todos”.¹

As novas tecnologias de informação e de comunicação são uma das consequências da globalização e chegam hoje, ainda que não com a mesma facilidade no acesso aos meios, a praticamente todos os habitantes da terra.

Fruto dessas tecnologias surgiu o correio eletrónico, que veio revolucionar a forma como comunicamos, traduzindo-se numa maior aceleração do envio de mensagens, a par de uma diminuição dos custos inerentes às mesmas, sendo atualmente, uma das ferramentas mais utilizadas em todo o mundo.

No entanto, sendo inquestionáveis os benefícios desta nova tecnologia, não podemos ignorar o reverso dessa mesma evolução face ao aproveitamento desmesurado com finalidades diferentes das inicialmente previstas.

Efetivamente, os criminosos, aproveitando-se desta nova ferramenta de comunicação, rapidamente souberam criar “novas oportunidades” para os quais as leis penais e processuais não tinham resposta. Houve assim necessidade de se adaptar a legislação penal às modernas sociedades de informação e comunicação, de modo a possibilitar a identificação de condutas desviantes, que anteriormente não se encontravam positivadas, de forma que, os agentes criminosos pudessem vir a sofrer as consequências jurídicas da aplicação de uma sanção penal.

Ao mesmo tempo que se foram gerando novos tipos legais², foi necessário criar regras processuais que não colocassem em causa a produção de prova e a sua valida-

¹ Rui Pereira, em 05MAR08, na sessão “Portugal Seguro – Estratégia de Segurança para 2008”.

² Tendo em conta a evolução tecnológica ligada ao ciberespaço vigoram atualmente várias disposições legais, nomeadamente: a Lei 109/2009 de 15 de setembro (Lei do Cibercrime), Lei

de. Contudo, estando essas regras em constante mutação, nem sempre acompanharam o desenvolvimento que a tecnologia informático-digital tem vindo a evidenciar nestes últimos anos, nomeadamente, no que respeita à formação adequada dos órgãos de polícia criminal, em especial, aqueles que diariamente se deparam com situações em primeira mão, sendo confrontados, com limitações ou restrições à sua atuação, tendo em conta os limites que a própria lei impõe.

Para além destas, não menos importante, é a carência de meios que os mesmos enfrentam, prejudicando em muitos casos, a eficaz salvaguarda dos elementos de prova.

II. Medidas Cautelares de Polícia

A Constituição de 1976 consagra no seu artigo 272.º uma norma relativa à polícia. Uma vez que a mesma se encontra inserida no título da Administração Pública, devemos entender a função policial como sendo de natureza administrativa.

Contudo, não significa que a função de investigação criminal não integre as funções da polícia. Nem assim podia ser, uma vez que o papel da polícia é garantir a defesa da legalidade democrática, da segurança interna e dos direitos dos cidadãos. Deste modo, a investigação criminal é realizada pela polícia, mas na dependência de uma autoridade judiciária.

Podemos então afirmar que, a polícia exerce uma atividade administrativa, que consiste na intervenção em atividades individuais suscetíveis de por em causa interesses gerais.³ Contudo, se o dano já ocorreu, é necessário atuar de forma que o mesmo não se amplie. Se estivermos perante a violação de uma norma penal, a função da polícia é descobrir o infrator para que o Ministério Público o acuse perante o Tribunal.⁴

É neste contexto que surgem os órgãos de polícia criminal (OPC), que, à luz da lei processual penal são “todas as entidades e agentes policiais a quem caiba levar a cabo quaisquer atos ordenados por uma autoridade judiciária”.⁵

32/2008 de 17 de Julho (Lei da conservação de dados gerados ou tratados no contexto oferta de serviços de comunicações eletrónicas, Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro (Lei da proteção de dados pessoais).

³ No âmbito das Medidas de Polícia, previsto no capítulo V da Lei n.º 53/2008, de 29 de agosto (Lei de Segurança Interna).

⁴ Caetano, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 3.ª reimp. da 10.ª ed., 2004 Vol. II, pág. 1066.

⁵ Vide Art.º 1º al. c) do CPP.

Assim, a lei processual penal atribui qualidade de órgão de polícia criminal, não só às entidades, mas também aos agentes policiais que, na sua individualidade, integram as forças de segurança, desde que os atos praticados por estes sejam de natureza processual penal.

A atividade dos órgãos de polícia criminal, enquanto coadjuvantes das autoridades judiciais, varia em função das finalidades das diversas fases do processo. É com esse fim que os OPC devem, mesmo por iniciativa própria, recolher a notícia do crime, assim como, tomar as medidas cautelares previstas na lei processual penal para assegurar os meios de prova.⁶

É após a aquisição da notícia do crime que os OPC colocam em prática as medidas cautelares e de polícia previstas no código de processo penal, com vista a assegurar os meios de prova, que, pelo carácter urgente das diligências a praticar, ou pela sua natureza perecível, se poderiam perder se não se atuasse de forma imediata.⁷

Importa salientar, que, as medidas acima mencionadas, levadas a cabo pelos OPC, comportam duas características essenciais: a primeira é que funcionam como uma garantia da salvaguarda dos meios de prova e a segunda diz respeito à excecionalidade das medidas, conforme dispõe o artigo 249.º n.º 1 *in fine* do CPP, onde refere “(...) praticar os atos cautelares necessários e urgentes (...)”. Ou seja, a atuação dos órgãos de polícia criminal por *motu próprio*, embora se integre no âmbito da competência originária para a prática de atos pré-processuais será sempre encarada como excecional e não uma prática usual, sendo a aplicação dessas medidas posteriormente validada pela autoridade judiciária competente. Isto porque, no momento da sua prática, não podem ser considerados atos processuais em sentido formal, podendo apenas vir a integrar o processo caso haja uma decisão da autoridade judiciária nesse sentido.⁸

Em consonância com o n.º 1 do art.º 249º do CPP está a Lei de Organização da Investigação Criminal (LOIC)⁹ ao referir que, assim que tiverem notícia do crime, os OPC devem “iniciar de imediato a investigação e, em todos os casos, praticar os atos cautelares necessários e urgentes para assegurar os meios de prova”

Ainda no que respeita à salvaguarda nos meios de prova, tendo em conta o disposto no n.º 2 do mesmo artigo, no entender de Paulo Pinto de Albuquerque, os poderes

⁶ Paulo Dá Mesquita, *Direção do Inquérito e Garantia Judiciária*, Coimbra Editora, 2003, pág. 133-134.

⁷ José de Faria Costa, *As relações entre o Ministério Público e a Polícia: a Experiência Portuguesa* in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LXX, Coimbra: Coimbra Editora, 1994, pág. 230.

⁸ Cfr. Paulo Dá Mesquita no Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º 000452012.

⁹ Vide Art.º 2º n.º3 da Lei n.º 49/2008 de 27 de Agosto.

cautelares dos OPC, após terem conhecimento da notícia do crime são os seguintes:¹⁰

- i. Proceder a exames dos vestígios do crime, das pessoas dos lugares e das coisas, de modo a assegurar a preservação dos mesmos, impedindo que se destruam ou alterem. Para isso podem proibir a entrada, a permanência ou o trânsito de pessoas no local do crime, bem como a prática de atos suscetíveis de destruir os vestígios ou prejudicar a descoberta da verdade. Podem também ordenar que uma ou mais pessoas permaneçam no local, se necessário como auxílio da força.
- ii. Recolher informações das pessoas que presumidamente tenham assistido ou que facilitem a descoberta dos agentes do crime. Identificar suspeitos sempre que existam fundadas suspeitas da prática de crimes. Pedir ao suspeito informações relativas a um crime, bem como à descoberta e à conservação de meios de prova que se poderiam perder antes da intervenção da autoridade judiciária, assim como recolher documentos que sejam voluntariamente entregues pelas pessoas que facilitem a descoberta dos autores do crime.
- iiii. Proceder a apreensões, quando haja urgência ou perigo na demora, no decurso de revistas ou buscas, dos objetos do crime. Assim, os OPC devem proceder á apreensão de todos os objetos que serviram de meio de concretização do crime, com o intuito de serem posteriormente devidamente analisados. Ainda no decorrer das mencionadas apreensões, compete aos OPC a conservação ou manutenção dos objetos apreendidos até que estes sejam entregues à Autoridade Judiciária (custódia da Prova).

Assim, sem prejuízo do dever de comunicação, os OPC dispõem de uma competência cautelar própria podendo proceder a um conjunto de atos cautelares necessários e urgentes para assegurar os meios de prova. Estamos perante uma competência cautelar preordenada para os fins do processo, podendo ser exercida mesmo antes de instaurado o inquérito.¹¹

As medidas cautelares de polícia assentam em dois princípios fundamentais - o princípio da tipicidade legal e o princípio da proibição do excesso. O princípio da tipicidade legal estabelece que toda a atividade policial assenta num normativo legal que, por sua vez, é complementado com o princípio da proibição do excesso. Ou seja, os atos de polícia obedecem de forma obrigatória a requisitos de necessidade, exigibilidade e proporcionalidade, devendo ir apenas ao estritamente necessário para assegu-

¹⁰ Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 4.^a edição atualizada, 2011, 676.

¹¹ *Ibidem*, pág.674.

rar o interesse público de forma a lesar ou sacrificar o mínimo possível os direitos individuais em causa.

É nesse sentido, que Dá Mesquita entende que a iniciativa própria dos OPC deve assentar em dois vetores principais: por um lado, as medidas cautelares e de polícia devem integrar as finalidades do processo penal, existindo neste sentido uma substituição precária da autoridade judiciária por parte dos OPC. Por outro lado, os mesmos estão sujeitos aos pressupostos de necessidade e urgência, justificando-se assim a sua atuação sem prévio encargo por parte da autoridade judiciária, o que justificadamente só deverá ocorrer mediante rigorosos pressupostos legais.¹²

Qualquer medida cautelar e de polícia realizada nos termos da lei processual penal tem de culminar com a elaboração de um relatório,¹³ em especial, se tais medidas não forem levadas a cabo no âmbito de qualquer inquérito já em curso. É esse relatório que servirá de controlo judicial às medidas cautelares realizadas, uma vez que, apesar do carácter urgente que tais medidas acarretam, as mesmas carecem sempre de uma ação de fiscalização.

III. A Salvaguarda da prova digital e suas limitações

Com o surgimento da era digital e o avanço exponencial de novas tecnologias associadas a um progresso científico infalível no que respeita às novas formas de comunicação, impera a necessidade dos OPC se socorrerem de métodos tecnologicamente equiparados com as capacidades criminógenas dos delinquentes, valendo-se de novas tecnologias de informação que favoreçam a previsão e a contenção de comportamentos ilícitos, enquanto garantem os meios probatórios necessários.

Atualmente, com a utilização de qualquer meio informático conectado à Internet, podem efetuar-se transferências de informações em segundos, de modo silencioso e anónimo, que de outra forma seriam impossíveis de realizar. Podemos enquadrar neste leque, por exemplo, as SMS's, as mms's, as conversações (chat) através de programas do tipo instant messaging (MSN) ou troca de mensagens pela aplicação "WhatsApp", possibilitando o envio de todo o tipo de informação para um determinado número de pessoas em simultâneo, as conversações de voz sobre IP (VoIP) como é exemplo a aplicação Skype, os sites que disponibilizam chat on-line, como é o caso da maior rede social da atualidade - o Facebook, entre outros. Importa realçar, que à exceção dos sms's, em todos os restantes casos referidos, a rede de telecomunicação utilizada é sempre a Internet.

¹² Paulo Dá Mesquita, *Repressão criminal e iniciativa própria dos órgãos de polícia criminal*, in I Congresso de Processo Penal. Coimbra: Almedina, 2005, pág. 11.

¹³ Vide Art.º 253º do Código de Processo Penal.

Estamos perante uma nova realidade de comunicação, cada vez mais utilizada também para a prática dos mais variados crimes, que vão desde a ameaça, injúrias, subornos, chantagens, a outros crimes mais graves como o tráfico de armas e de droga, terrorismo organizado, a exploração sexual de menores, entre outros.

É neste contexto que a prova digital assume uma importância acrescida, sendo mesmo crucial para imputar a qualquer suspeito a prática de um ilícito criminal.

Uma vez que o legislador não esclarece o que se possa entender por prova digital, questão a que voltaremos adiante, podemos definir a mesma como qualquer tipo de informação, com valor probatório, armazenada (em repositório eletrónico-digital de armazenamento) ou transmitida (em sistemas e redes informáticas ou de comunicações eletrónicas, privadas ou publicamente acessíveis), sob a forma binária ou digital.¹⁴ Ou ainda, como sendo toda a informação passível de ser obtida ou extraída de um dispositivo eletrónico (local, virtual ou remoto) ou de uma rede de comunicações.¹⁵

O modelo de investigação policial referente aos crimes praticados por meios informáticos será sustentado através de um tipo de prova de características particulares. Face à natureza instável, dispersa e imaterial que caracteriza a prova digital, incumbe à investigação um maior cuidado com a sua recolha, a começar pelas medidas cautelares de polícia, de forma a garantir a sua integridade e força probatória.

Em 2009 foi criada a Lei do Cibercrime (Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro)¹⁶ que veio consagrar um regime processual penal geral de obtenção de prova digital. Por sua vez, o art.º 125.º do CPP consagra o princípio da admissibilidade de todas as provas que não forem proibidas por lei, pelo que o mesmo deve obedecer às regras gerais relacionadas com a sua admissibilidade, autenticidade, precisão e integridade.¹⁷

¹⁴ Benjamim Silva Rodrigues, *Direito Penal Informático-Digital*, Direito Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra, 2009, pág. 573;

¹⁵ Armando Dias Ramos – *A prova Digital em Processo Penal*, 2ª edição, 2017, Chiado editora, pag.45;

¹⁶ Que transpôs a Decisão Quadro n.º 2005/222/JAI, do Conselho, de 24 de fevereiro, relativa a ataques contra sistemas de informação adotando o direito interno à Convenção sobre o Cibercrime do Conselho da Europa. A Lei do Cibercrime revogou a Lei n.º 109/91, de 17 de agosto (Lei da Criminalidade Informática);

¹⁷ No que respeita ao regime da prova, a mesma está consagrado no CPP do arts.º 124.º ao 170.º (meios de prova). Nos arts.º 171.º a 186.º do CPP (meios de obtenção de prova), dos arts.º 248.º a 253.º do CPP (medidas cautelares e de polícia). Nos arts.º 11.º a 19.º da Lei do Cibercrime que contempla medidas processuais quanto à obtenção de prova digital.

Assim, são admitidas todas as provas de natureza digital, desde que a sua obtenção esteja alinhada com estritos critérios da legalidade e objetividade, pois, caso contrário, estaríamos perante a teoria dos frutos da árvore envenenada.¹⁸

A aplicação das medidas cautelares quanto aos meios de prova, para os crimes praticados através de meios informáticos, ainda está longe de reunir consenso doutrinário. Por se tratar de matéria que colide com direitos e liberdades fundamentais, muitos autores ainda consideram imperativo que qualquer ato praticado pelos OPC no que respeita a crimes informáticos, carecerá sempre de autorização prévia da autoridade judiciária competente. Neste caso, não estaremos perante medidas cautelares e de polícia (art.º 248º a 253º do CPP), mas sim, no campo dos meios de obtenção de prova previsto nos artigos 171º e seguintes do CPP.

Urge assim que o Direito evolua e se adapte, para que seja trilhado um caminho que vise combater eficazmente esta nova realidade criminal. O futuro passará inevitavelmente pela criação de um código de direito da informática, compilando toda a legislação a nível penal e processual penal para este tipo de criminalidade.^{19/20} A diversa legislação avulsa que existe sobre esta matéria torna-se bastante disseminada, contribuindo inclusivamente para algumas contradições legislativas, mas também para diversas interpretações, uma vez que, na maioria dos casos, é desconhecido o sentido e o espírito do legislador.

Com a disparidade de diplomas avulsos leva a que se apliquem e comparem regimes que na sua realidade são distintos, como por exemplo:

¹⁸ Sobre a teoria dos frutos da árvore envenenada, refere MANUEL DA COSTA ANDRADE, *as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, 2006, p.175, a chamada teoria dos frutos da árvore envenenada, da doutrina americana e da sua equivalente germânica da teoria da nódoa, segundo as quais as provas que atentam contra direitos de liberdade arrastam com um efeito-à-distância que consiste em tornarem inaproveitáveis as provas secundárias a elas causalmente vinculadas.

¹⁹ Neste sentido, Rogério Bravo, *As Tecnologias de Informação e a Compressão dos Direitos, Liberdades e Garantias – os efeitos das regras “10/10” e “1/1”*, Lisboa, 2012, pág. 1, questiona a razão da ineficácia da norma penal, enquanto dissuasora e preventiva do ato ilícito, e a desconformidade da legislação “entre o seu sentido normativo e a sua correspondência com a realidade”. Como resposta, o autor estabelece que deverão ser consideradas quatro ideias: “o avanço tecnológico; o tempo; a “natureza” do espaço virtual e as relações deste com outros espaços de existência humana”.

²⁰ Da mesma opinião partilha o Procurador da República José Lima, criticando o legislador por desconsiderar a centralidade que seria proporcionada pela regulação de todas estas matérias no Código de Processo Penal, eventualmente em capítulo autónomo, optando pela sua dispersão por vários diplomas, nalguns casos com sobreposição de matérias criando dificuldades de harmonização e até, de saber o que está ou não em vigor.

1. No CPP, procede-se à extensão do regime de interceção do correio eletrónico ao regime das escutas telefónicas,²¹ enquanto na Lei n.º 109/2009 de 15 de setembro é admissível o recurso à interceção de comunicações nos crimes cometidos por meio de um sistema informático ou em relação aos quais seja necessário proceder à recolha de prova em suporte eletrónico.²²

2. Na Lei do Cibercrime, no que concerne à apreensão de correio eletrónico e registos de comunicações de natureza semelhante aplica-se o art.º 17º do mesmo diploma, mas também, o art.º 179º do CPP no que respeita à apreensão de correspondência.

Assim, quando se procede à apreensão de correio eletrónico ou registos de comunicações de natureza semelhante, aplicando-se obrigatoriamente *mutatis mutandis* o regime da apreensão de correspondência, cabe ao juiz de instrução criminal tomar conhecimento do seu conteúdo em primeiro lugar. No entanto, quando se está perante a interceção de troca de mensagens, através de correio eletrónico, ou de outras aplicações supramencionadas, já serão os OPC que, no desenvolvimento dessa investigação e por despacho do Juiz de instrução criminal, tomam conhecimento em primeiro lugar deste tipo de correspondência, conforme regime estipulado no art.º 188.º, *ex vi* 189.º, ambos do CPP. Apenas posteriormente e com base na elaboração do auto e respetivo relatório, com indicação das partes relevantes para a prova, é levado ao conhecimento do Ministério Público, que, por sua vez, transmite ao juiz de Instrução competente no prazo máximo de quarenta e oito horas.²³

Ora, se mesmo em processos sob investigação, em que os meios de prova predominantes são oriundos de meios informáticos, aplicam-se diplomas legais distintos, criando muitas vezes obstáculos à própria investigação, como agir em circunstâncias de urgência como medida cautelar para salvaguarda dos meios de prova, em que muitas vezes é necessário aceder ao conteúdo da informação?

É neste sentido que a futura legislação carecerá de um aprofundamento e amplo debate, tendo em conta as diversas lacunas, contradições e sobreposições. Deverá também prever outras formas de recolha de prova, tendo em conta a tendência cada vez maior para a anonimização dos crimes informáticos.

Assim é fundamental criar instrumentos capazes de fazer face a estes fenómenos, a começar desde logo, com a alteração do regime da equiparação do correio eletrónico

²¹ Vide Art.º 189.º do Código de Processo Penal.

²² Para crimes previstos no artigo 187.º do Código de Processo Penal.

²³ Por força do dispositivo do art.º 188.º do CPP, em contraposição com o art.º 179.º do CPP.

ao correio tradicional²⁴ aplicando-se ao mesmo tempo, sanções mais gravosas e penas de prisão efetivas.²⁵

Será necessário também, formar e equipar as polícias de investigação com meios capazes de fazer face a este fenómeno. Sendo a prova digital classificada como prova pericial,²⁶ por a mesma exigir especiais conhecimentos técnicos para a sua percepção ou apreciação dos factos, refere Pedro Verdelho, “*apesar de ser um meio de prova clássico, é um dos instrumentos que merece mais atenção na investigação penal moderna. (...) No ambiente informático e das redes de comunicação, as perícias são particularmente importantes, numa dupla perspetiva. Por um lado, a opinião dos técnicos e dos peritos especialistas permite a quem investiga perceber os factos em investigação e vir assim a descobrir os respetivos autores. Mas, por outro, facilita a produção da prova e a percepção desses mesmos factos em julgamento. (...) É que as perícias em processo penal têm valor superior ao dos restantes elementos de prova, já que as suas conclusões escapam à possibilidade de livre apreciação do julgador*”.²⁷

Ainda no que concerne à especificidade deste tipo de prova, Benjamim Rodrigues menciona “*não pode ser o agente policial, das “ruas” ou das “secretárias”, que deve realizar uma “busca informática”, pois, inadvertidamente, sem tomar as devidas cautelas, desliga um computador ou um qualquer outro sistema ou rede informáticos, assim causando uma perda irreversível de dados imprescindíveis para a investigação forense digital*”.²⁸

Efetivamente, a apreensão da prova digital não requer o mesmo tratamento que é dado quando se apreende, por exemplo uma carta ou um outro qualquer documento. A mesma conjuga em si vários fatores que a tornam diferente, vulnerável e especial,

²⁴ Sobre esta matéria já existe alguma jurisprudência no sentido de harmonizar e equiparar a troca de mensagens através de suporte informático com o correio tradicional, sendo exemplo, o Acórdão da Relação do Porto de 20 de janeiro de 2016, referindo que “*a mensagem mantida em suporte digital, depois de recebida e lida, tem a mesma proteção da carta em papel que, tendo sido recebida pelo correio e aberta, foi guardada em arquivo pessoal. Sendo um mero documento escrito, aquela mensagem não goza da aplicação do regime de proteção específico da reserva da correspondência e das comunicações previsto no Artigo 189º do CPP. A junção aos autos de transcrição de mensagem escrita guardada em telemóvel não tem de ser autorizada pelo juiz.*”

²⁵ Armando Dias Ramos – *A prova Digital em Processo Penal*, 2ª edição, 2017, Chiado editora, pág. 169-170.

²⁶ Poderá também classificar-se a prova digital como prova documental, sempre que a mesma possa ser corporizada em escrito ou por outro meio técnico, como é exemplo, a impressão fotográfica ou audiovisual de uma mensagem de correio eletrónico.

²⁷ Pedro Verdelho, *Cibercrime, Direito da sociedade de informação - A obtenção de prova no ambiente digital*, Revista do Ministério Público, Ano 25, n.º 99 Jul.-Set. 2004, pág. 169-170;

²⁸ Benjamim Silva Rodrigues, *Direito Penal Informático-Digital*, Direito Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra, 2009 pág. 740-742.

assumindo por isso um carácter temporário, tendo em conta a sua fungibilidade e volatilidade.

Dadas tais características, facilmente se conclui que a rapidez na sua obtenção, aliada a uma correta recolha de prova, são essenciais para o êxito da investigação e imputação dos factos ao suspeito do crime.²⁹

No que diz respeito ao carácter temporário, o mesmo afere-se pela forma como, no decurso do tempo, esse tipo de prova pode deixar de existir. Para que se tenha uma pequena ideia da importância temporal, basta que a prova não seja produzida, isto é, que não se consiga chegar à mesma, ou salvaguardada no espaço de um ano (período a que os ISP's estão obrigados a fazer a guarda dos dados inerentes às comunicações)³⁰ para que toda a investigação seja condenada ao insucesso e, conseqüentemente, não se identifiquem os autores dos delitos em causa (podendo estes ser ou não crimes informáticos, pois pode muito bem suceder, por exemplo, que numa mensagem de correio eletrónico exista informação acerca de um outro crime, que nada tenha a ver com a criminalidade informática, tais como, atos preparatórios de um homicídio ou até mesmo a confissão de um homicídio).³¹

Não podemos, contudo, omitir, das dificuldades existentes no que respeita ao acesso a este tipo de prova e ao seu estudo, a começar desde logo, pela escassa Doutrina disponível, mas também, pelo facto do correio eletrónico ainda não deter no ordenamento jurídico português um lugar devidamente definido e reconhecido.³²

²⁹ Relativamente às características da prova digital a que os autores QUIN YUHAI e FU XIAOLEI, Como garantir a validade das provas informáticas, *Revista de Investigação Criminal e Sistema Jurídico*, Macau, Ano 15, n.º 42, Dez., 2008, p. 77, designam por “Alta tecnologia científica”, ou seja, “se não houver adulterações premeditadas ou enganos provocados (...) as provas informáticas raramente sofrem influências externas, a estabilidade deste tipo de tecnologias faz com que as provas informáticas possuam um valor probatório muito forte;

³⁰ Vide Art.º 6º da Lei n.º 32/2008 de 17 de julho (Lei da conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações. Esta Lei transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março);

³¹ Armando Dias Ramos – *A prova Digital em Processo Penal*, 2ª edição, 2017, Chiado editora, pág.99;

³² Desde logo por não haver uma constante designação: ora se fala em correio eletrónico, ora em correspondência eletrónica, ora em comunicações eletrónicas (referindo-se no seu sentido mais estrito aos *e-mails*), mas também, pela indefinição entre e-mails e mensagens eletrónicas (referindo-se neste último aos tradicionais SMS'S trocados entre aparelhos eletrónicos);

IV. Conclusão

Podemos concluir sem margem para dúvidas, que, atualmente a prova digital e em especial o correio eletrônico (englobando neste, todo o tipo de mensagens comutadas entre dois ou mais dispositivos móveis) é, dependendo da situação concreta, um meio de obtenção de prova ou meio de prova em si mesmo, que no âmbito de alguma investigação, qualquer órgão de polícia criminal se socorre e que as autoridades judiciárias acabam por validar, dada a importância que a mesma detém atualmente no quadro da investigação criminal em geral.

Como refere Fernando Pinto Palacios, “*Análisis estructurado del régimen jurídico de la prueba electrónica en el proceso civil, penal y laboral que te ayudará a adoptar un criterio a la hora de aportar, interpretar, valorar, comprobar la veracidad de las pruebas e indicios de este tipo*”.³³

Contudo, não obstante o supramencionado, para que haja uma maior eficácia e celeridade em processos que envolvam a recolha deste tipo de prova, importa a todo o tempo que exista um concertado relacionamento entre os diversos atores processuais implicados.

Como é sabido, o Ministério Público é a autoridade judiciária competente para promover o processo penal, cumprindo-lhe colaborar com o Tribunal na descoberta da verdade e na realização do direito, obedecendo em todas as intervenções processuais a critérios de estrita objetividade.³⁴ Aos OPC, por força do artigo 55.º do CPP, cabem funções de coadjuvação das autoridades judiciárias, com vista à realização das finalidades do processo, acrescentando o artigo 56.º do CPP, onde refere que os mesmos funcionam, sob a sua direção e dependência funcional. Neste sentido, abarcam no seu leque de competências:³⁵

- a) colher notícia dos crimes;
- b) impedir o quanto possível as suas consequências;
- c) descobrir os seus agentes;
- d) levar a cabo os atos necessários e urgentes destinados a assegurar os meios de prova.

Não podemos assim duvidar do sentido investigatório presente na norma.

³³ Fernando Pinto Palacios, *La Prueba En La Era Digital*, EBOOK editora wolters Kluwer;

³⁴ *Vide* Art.º 48º e 53º do Código de Processo Penal;

³⁵ *Vide* Art.º 55.º n.º 2 do Código de Processo Penal;

No entanto, visto que o correio eletrónico (inclui-se aqui a transmissão de informação por *e-mail* ou até por *SMS*)³⁶ é uma forma de comunicação inscrita no quadro da correspondência privada,³⁷ o acesso ilegítimo por parte dos OPC corresponde a um crime de violação de correspondência ou telecomunicações, tipificado no artigo 194.º do CP.³⁸

Portanto, a questão que devemos colocar no âmbito da atuação dos órgãos de polícia criminal, está nos limites da própria investigação, devendo ser respeitados parâmetros que permitam ao Estado agir com uma superioridade ética que não tolere a sua conversão em criminoso.³⁹ Entendemos assim, que é necessário ter em conta os princípios de transparência e simplificação burocrática no relacionamento entre os OPC e as autoridades judiciais, evitando-se desta forma, a violação de normas penais por parte das polícias de investigação.

Já no que diz respeito aos limites de atuação dos órgãos de polícia criminal para os crimes praticados por meios informáticos, em que estão em causa direitos liberdades e garantias dos cidadãos, passam sempre por uma otimização e harmonização dos direitos envolvidos, nomeadamente no acesso a conteúdo informático armazenado em material informático (p.ex. computador ou telemóvel).

Em qualquer sociedade organizada, os cidadãos darão os sinais adequados ao legislador para introduzir, rever ou alterar a legislação existente face aos respetivos “inputs” do povo que vota e exige que lhe sejam garantidos os seus direitos, onde se inclui a própria segurança.

No que respeita à salvaguarda de qualquer de conteúdo digital, nomeadamente, as SMS's, as MMS's, as conversações (chat) e chat on-line, como é o caso da maior rede social da atualidade - o facebook, mas também, a troca de mensagens pela aplicação “WhatsApp”, os atores envolvidos, em especial, forças de segurança, carecem ainda de muita formação e investimento naquilo que é uma intervenção inicial e, em sede de medidas cautelares e de polícia, pois estas, terão sempre importância fundamental para o subsequente desenrolar do processo pericial de âmbito digital forense.

³⁶ Acórdão da Relação de Coimbra n.º 73/14.9JALRA-A.C1 de 4 de fevereiro de 2015;

³⁷ Lourenço Marques e Garcia Marques, *Direito da Informática*, 2ª edição, 2006, Almedina, pag.433;

³⁸ Daqui se reforça o disposto do art.º 34.º da CRP, sendo este o primeiro dos escudos da privacidade e intimidade de quem comunica, podemos garantir esta norma como cláusula limitadora da ação do poder do Estado, antevendo toda a amplitude que é possível à sua atuação, eliminando-se os excessos e abusos de autoridade.

³⁹ Rita Castanheira Neves, *As Ingerências nas Comunicações Eletrónicas em Processo Penal*, 2011, Coimbra Editora pág. 228;

Contudo, impera a necessidade de dotar de meios formativos, não só os órgãos de polícia criminal com responsabilidade de investigação, mas também, aqueles que na maioria dos casos têm o primeiro contacto com as vítimas.

Por muito que a lei seja suficiente e equilibrada, nunca se tornará eficaz face a uma deficiente formação, por parte daqueles a quem cabe preservar todos os meios de prova, prova essa que, como vimos se revela difusa, de difícil e sensível acesso.

Bibliografia

- Albuquerque, Paulo Pinto. Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 4.ª edição atualizada. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2011;
- Andrade, Manuel da Costa, as Proibições de Prova em Processo Penal, Coimbra Editora, 2006;
- Caetano, Marcello, Manual de Direito Administrativo, Almedina, Coimbra, 3.ª reimp. da 10.ª ed., 2004 Vol. II;
- Costa, José de Faria, As relações entre o Ministério Público e a Polícia: a Experiência Portuguesa in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LXX, Coimbra: Coimbra Editora, 1994;
- Martins, Lourenço e Marques, Garcia. Direito da Informática, 2ª edição, 2006, Almedina;
- Mesquita, Paulo Dá. Direção do Inquérito e Garantia Judiciária, Coimbra Editora, 2003;
- Mesquita, Paulo Dá. Repressão criminal e iniciativa própria dos órgãos de polícia criminal, in I Congresso de Processo Penal. Coimbra: Almedina, 2005;
- Neves, Rita Castanheira. As Ingerências nas Comunicações Eletrónicas em Processo Penal, 2011, Coimbra Editora;
- Palacios, Fernando Pinto, La Prueba En La Era Digital, EBOOK editora wolters Kluwer;
- Ramos, Armando Dias – A prova Digital em Processo Penal, 2ª edição, 2017, Chiado editora;
- Rodrigues, Benjamim Silva, Direito Penal Informático-Digital, Direito Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra, 2009;
- Roxin, Claus, Política Criminal y Sistema de Derecho Penal - edição da Universidad de Huelva, 2009.
- Valente, M. M. Guedes. Processo Penal – Tomo I, 3ª edição, Almedina, 2010;
- Verdelho, Pedro. Cibercrime, Direito da sociedade de informação - A obtenção de prova no ambiente digital, Revista do Ministério Público, Ano 25, n.º 99 Jul.-Set. 2004;