

SEPARATA

RPDC N.º 3 (2023)

REVISTA PORTUGUESA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

PORTUGUESE REVIEW OF CONSTITUTIONAL LAW



*Apreensão de Webmail em Processo Contra-Ordenacional e Reserva de Processo Criminal – Contraponto a uma Nova Jurisprudência Constitucional Duplamente Equivocada**

Nuno Brandão

*Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
nbrandao@fd.uc.pt*

Resumo: Dada a existência de várias normas legais que, no âmbito de processos contra-ordenacionais, autorizam a busca e apreensão de correio electrónico armazenado, analisa-se a sua compatibilidade com o direito fundamental ao sigilo das telecomunicações nos termos em que se encontra previsto no artigo 34.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa. O exame centra-se nas mensagens electrónicas transmitidas e guardadas em serviços de *webmail*, discutindo-se se a sua recolha para o processo contra-ordenacional afecta aquele direito fundamental e, em caso afirmativo, se é vedada pela reserva de processo criminal instituída por aquela norma constitucional. A reflexão é desenvolvida em diálogo crítico com os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 91/2023 e 314/2023 que tomaram posição sobre a questão, no sentido da não inconstitucionalidade.

Abstract: Given the existence of various legal rules which, in the context of administrative offence proceedings, authorise the search and

seizure of stored electronic mail, an analysis is made of their compatibility with the fundamental right to secrecy of telecommunications under the terms of Article 34(4) of the Portuguese Constitution. The article focuses on electronic messages transmitted and stored in webmail services, discussing whether their seizure for the purposes of administrative offence proceedings affects that fundamental right and, if so, whether it is prohibited by the reservation of criminal proceedings established by that constitutional rule. The discussion is developed in critical dialogue with the Constitutional Court Rulings nos. 91/2023 and 314/2023, which ruled that the issue was not unconstitutional.

Palavras-chave: sigilo das telecomunicações; autodeterminação comunicativa; *webmail*; reserva de processo criminal; buscas informáticas; processo contra-ordenacional.

Keywords: confidentiality of telecommunications; communicative self-determination; *webmail*; reservation of criminal proceedings; electronic searches; administrative offence proceedings.

I. O problema

1. Variada legislação contra-ordenacional concede às autoridades administrativas responsáveis pelo processamento de contra-ordenações o poder de lançarem mão de meios de obtenção de prova que implicam uma intromissão naquilo que é ou já foi uma comunicação à distância de carácter privado realizada através de um sistema de telecomunicações. Autoriza-se, mais especificamente, a realização de acções investigatórias susceptíveis de envolverem o acesso a *e-mails* ou mensagens electrónicas de cariz similar (*sms*, mensagens de *Whatsapp*, etc.) e a documentos digitais. Previsões legais desta índole suscitam interrogações no plano constitucional, nomeadamente quanto à sua compatibilidade com o direito fundamental ao sigilo das telecomunicações com assento no artigo 34.º, n.ºs 1 e 4, da Constituição. Em especial, justificam que se pergunte se ingerências de tal tipo constituem intervenções restritivas na esfera desse direito fundamental e, em caso afirmativo, se estão cobertas pela ressalva prevista na parte final daquele artigo 34.º, que só admite a ingerência das autoridades públicas nas telecomunicações em matéria de processo criminal.

São estas questões que nos propomos aqui abordar e discutir, procurando apresentar vias de resposta que se coadunem com o quadro constitucional vigente. Fá-lo-emos em jeito de contraponto crítico a uma

recente jurisprudência constitucional¹ sobre a matéria que tomou posição numa direcção a diversos títulos original.

Entre nós, o problema tem sido posto sobretudo a propósito de buscas realizadas para investigação de contra-ordenações tipificadas na Lei da Concorrência, no Regime Geral das Instituições de Crédito, no Código dos Valores Mobiliários, entre outros, que incidam sobre *e-mails* armazenados nos sistemas informáticos das pessoas individuais ou colectivas que delas são alvo. Por norma, trata-se de buscas não domiciliárias ou domiciliárias feitas a instalações de empresas ou de residências de indivíduos a elas ligados no âmbito das quais se acede a equipamentos informáticos que nelas sejam encontrados (servidores, computadores pessoais, telemóveis, *tablets*, etc.) e se procede à cópia de ficheiros informáticos da mais variada espécie, desde *e-mails*, documentos *pdf*, de *word*, de *excel*, etc. Cópia que é juridicamente qualificada como apreensão informática.

Frequentemente, esses ficheiros informáticos encontram-se disponíveis não apenas nos equipamentos informáticos objecto das buscas, mas também nos servidores de empresas que disponibilizam *software* e armazenamento *on-line* de ficheiros, em sistema de nuvem (a Microsoft com o Office 365, o Hotmail, o Outlook, o Onedrive e o Azure; a Google, com o Gmail e o Google Drive; a Amazon com o Amazon Web Services; etc.). Ainda que tais ficheiros possam ser obtidos através dessas grandes empresas informáticas, o certo é que só muito raramente, mesmo no processo penal, as autoridades de investigação preferem recorrer directamente a elas. As mais das vezes, esses documentos informáticos são procurados e apreendidos junto dos próprios buscados.

Sendo esta a realidade mais comum da nossa investigação contra-ordenacional será sobre ela que nos debruçaremos. Teremos em vista fundamentalmente os mencionados casos de buscas e apreensões de mensagens e documentos electrónicos realizadas em locais e dispositivos sob domínio das pessoas que por elas são visadas.

2. Será ocioso encarecer a importância do acesso pelas autoridades administrativas à correspondência e documentação electrónica das pessoas suspeitas da prática de contra-ordenações para satisfação da finalidade processual de descoberta da verdade material, sobretudo no âmbito das actividades económicas. No mundo actual, grande parte das conversações à

¹ Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 91/2023 e 314/2023.

distância, faladas e escritas, processam-se através de meios de telecomunicação e a generalidade dos documentos gerados nessas e para essas actividades são produzidos e armazenados de forma electrónica. Como é evidente, um processo contra-ordenacional que fosse mantido à sua margem não estaria em condições de (ou muito dificilmente conseguiria) investigar de forma cabal as infracções contra-ordenacionais praticadas no âmbito dessas actividades económicas, mesmo das que não sejam particularmente sofisticadas, com o que ficaria comprometida a efectividade da justiça contra-ordenacional.

O acesso pela investigação contra-ordenacional a meios de prova digital sem a anuência das pessoas a que dizem respeito – de forma coerciva, portanto – é susceptível de contender com direitos, liberdades e garantias fundamentais² de diversa ordem de que tais pessoas são titulares³. Pelo menos, seguramente, com o direito à reserva da intimidade da vida privada (artigo 26.º, n.º 1, da CRP) e com o direito à autodeterminação informativa (artigo 35.º, n.ºs 1 e 4, da CRP); e ainda, em certos casos, com o direito ao sigilo das telecomunicações (artigo 34.º, n.ºs 1 e 4, da CRP). Logo por isso, dadas estas potenciais repercussões na esfera jusfundamental das pessoas visadas, na falta de *previsão legal* com suficiente precisão e densidade que habilite as autoridades administrativas a recorrer a meios de obtenção de prova que impliquem intervenções restritivas nesse plano, não poderão elas enveredar por esses caminhos investigatórios. Acresce a proibição de princípio de intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicação e de provas que colidam com a reserva da vida privada constante do artigo 42.º do RGCO.

Dada a referida frequente premente necessidade de contar com estes diversos tipos de prova digital, são cada vez mais os domínios contra-ordenacionais em que as legislações sectoriais respectivas abrem caminho a diligências investigatórias dirigidas à sua obtenção. Quando tal sucede, deparamos, via de regra, com normas legais com um significado restritivo de direitos fundamentais. *Leis restritivas*⁴ que, por isso, deverão observar as numerosas, diversificadas e apertadas exigências de que a Constituição faz depender a admissibilidade da restrição de direitos fundamentais num plano normativo, *maxime* as previstas no seu artigo 18.º

² Doravante, em texto, por simplicidade de exposição, mencionaremos os direitos, liberdades e garantias fundamentais sob a forma abreviada de direitos fundamentais.

³ Por todos, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 687/2021, 36 (*DR, I*, de 22.09.2021, p. 33).

⁴ No preciso sentido a que se refere J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 1265.

II. As posições em confronto

3. Uma vez que os métodos de obtenção de prova digital a que nos vimos referindo têm esta potencialidade restritiva de diversos direitos fundamentais, é precisamente aqui, na verificação da existência de uma credencial constitucional para a sua limitação, que se joga o essencial do problema da possibilidade da sua mobilização nos processos contra-ordenacionais.

A questão foi em data recente objecto de tratamento e decisão num muito dividido Acórdão do Tribunal Constitucional, o n.º 91/2023, da 3.ª Secção⁵; seguido e acolhido, já sem divisões, pela 1.ª Secção do Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 314/2023⁶.

Basicamente, estava em causa saber se é constitucionalmente admissível a norma constante da Lei da Concorrência que viabiliza a pesquisa e apreensão, em busca realizada ao visado do processo contra-ordenacional dirigido pela Autoridade da Concorrência, de correspondência electrónica armazenada num sistema de *webmail*, para investigação de uma prática anticoncorrencial qualificada como contra-ordenação. Por duas vezes, o Tribunal Constitucional, nos mencionados Acórdãos n.ºs 91/2023 e 314/2023, concluiu que sim, desde que essa busca seja precedida da competente autorização judicial.

Também nos parece que, neste específico domínio contra-ordenacional da concorrência, *uma tal norma não ofende a Constituição*, sendo constitucionalmente legítimas as buscas e apreensões informáticas assim efectuadas e válidas as provas digitais (*i.e.*, as mensagens de correio electrónico) assim obtidas⁷. Divergimos, porém, radicalmente, da fundamentação da posição que fez vencimento no Tribunal Constitucional.

O cerne do problema está na compreensão da norma constante do n.º 4 do artigo 34.º da Constituição⁸, relativo ao sigilo das telecomunicações,

⁵ Pela maioria, no sentido da não inconstitucionalidade, votaram os Conselheiros Joana Fernandes Costa (relatora), João Caupers e Gonçalo Almeida Ribeiro. O Conselheiro Lino Ribeiro convergiu na conclusão, divergindo dos fundamentos, substancialmente desalinados dos que fizeram vencimento. Apenas o Conselheiro Afonso Patrão apontou para a inconstitucionalidade, assente na reserva absoluta de processo criminal extraída da parte final do artigo 34.º, n.º 4, da Constituição.

⁶ O Tribunal Constitucional foi confrontado com questão similar já em 2008, no âmbito do processo n.º 397/2008, tendo, todavia, decidido não conhecê-la (Acórdão n.º 593/2008).

⁷ Já em momento anterior o sustentámos: “As grandes contra-ordenações e os seus desafios actuais”, in *O Direito das Contraordenações nos tempos actuais – III Jornadas Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão*, CEJ, 2022, pp. 46 ss., em https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fleticket=Aw-eX5CdN_w%3d&portalid=30.

⁸ “É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos

e na articulação das duas partes que a integram: por um lado, a relativa à proibição de ingerência nas telecomunicações; e, por outro lado, a referente à ressalva dos casos previstos na lei em matéria de processo criminal.

Grosso modo, o Tribunal Constitucional entende que a pesquisa e apreensão de *webmail* afronta o direito ao sigilo das telecomunicações, estando abrangida pelo respectivo âmbito normativo, mas aceita que possa ter lugar num processo contra-ordenacional por infracção à regra da concorrência. Isto, por considerar que processos dessa natureza *versam sobre factos materialmente penais, cabendo na excepção* relativa aos casos previstos na lei em matéria de processo criminal.

Da nossa parte, julgamos que não há ofensa ao disposto no artigo 34.º, n.ºs 1 e 4, da Constituição logo porque normas que autorizem tal tipo de buscas e apreensões *não contêm com o direito ao sigilo das telecomunicações*⁹. A partir do momento em que, porém, se conclua em sentido contrário, de forma alguma poderá admitir-se que factos portadores de dignidade penal, mas tipificados como contra-ordenação sejam constitucionalmente qualificados como matéria de processo criminal, de forma a viabilizar a compressão desse direito fundamental também no domínio contra-ordenacional¹⁰.

Manifestaremos as razões da nossa discordância em relação às posições avançadas pelo Tribunal Constitucional, tanto na parte respeitante à definição do âmbito normativo do direito à autodeterminação comunicativa¹¹, como na parte atinente à ressalva feita à matéria de processo criminal; procurando, do mesmo passo, fundamentar a nossa ideia de que nestes casos nem sequer há motivo para considerar haver afronta a este direito fundamental.

III. O direito ao sigilo das telecomunicações

4. O direito ao sigilo das telecomunicações visa essencialmente assegurar a *liberdade da comunicação* em circuito fechado entre ausentes¹².

demais meios de comunicação, *salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal*”.

⁹ Ideia que corresponde substancialmente à firmada pelo Conselheiro Lino Ribeiro na sua declaração de voto ao Acórdão n.º 91/2023.

¹⁰ Também nesta direcção se manifestaram os Conselheiros Lino Ribeiro e Afonso Patrão nas declarações de voto que apuseram ao Acórdão n.º 91/2023, convergentes com a jurisprudência tirada pelo Plenário do Tribunal Constitucional nos Acórdãos n.º 403/2015 (*DR, I*, de 17.09.2015, pp. 8245 ss.) e 464/2019 (*DR, I*, de 21.10.2019, pp. 5 ss.).

¹¹ A expressão foi cunhada entre nós, ao que cremos, por J.J. GOMES CANOTILHO, “Privatizações e direitos, liberdades e garantias. A propósito do sigilo de correspondência no serviço de telecomunicações”, in *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 162.

¹² Sobre o que se segue, cf., na doutrina nacional, MANUEL DA COSTA ANDRADE, “*Bruscamente no Verão Passado*”, a *Reforma de Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 155 ss., e, no panorama

Pretende-se que, tanto quanto possível¹³, estes se sintam à vontade para dialogar como se estivessem face a face, decidindo quem pode tomar conhecimento daquilo que é dito enquanto a conversação decorre, o que é condição indispensável para que possam transmitir livremente aquilo que desejam dizer. Neste sentido, a inviolabilidade das telecomunicações serve direitos e liberdades fundamentais, como a reserva de intimidade da vida privada, a liberdade de expressão, o direito à palavra, entre outros, sendo condição de materialização do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Em todo o caso, o que se visa proteger não é o conteúdo da comunicação, mas o seu sigilo, por isso se considerando que é a *vertente formal do direito à privacidade*, e não a material, que aqui releva.

Esta concepção do direito à autodeterminação comunicacional liga-se à *estrutura do processo de comunicação* que envolva meios de telecomunicação. Uma estrutura composta pelo menos por *três polos*: além dos participantes na conversação há que contar ainda com um terceiro, o operador desses meios de telecomunicação, por aqueles incumbido de realizar a transmissão, levando-lhes e trazendo-lhes aquilo que dizem entre si. É a interposição desse terceiro que gera o *risco de devassa* que poderá comprometer o sigilo da comunicação a que os interlocutores naturalmente aspiram. É esse período em que a comunicação está exposta ao perigo de devassa por se encontrar sob domínio de um terceiro, o operador, que reclama a protecção do direito à inviolabilidade das telecomunicações. Daí que haja um largo consenso em torno da ideia de que este direito entra em cena quando se inicia o processo de comunicação e dela sai quando esse processo se encontra concluído.

No momento em que cessa a comunicação telefónica, termina igualmente o direito ao sigilo que a cobria enquanto teve lugar. E do mesmo modo, tratando-se de mensagens electrónicas, chegando elas ao destino e entrando na esfera de disponibilidade do destinatário, hajam sido lidas/abertas ou não, poderá entender-se que o respectivo processo comunicacional chegou ao fim e por isso a partir daí deixam de receber a protecção do direito ao sigilo das telecomunicações. Assim, uma *sms* que

alemão, os Acórdãos do Tribunal Constitucional Federal (doravante, *BVerfG*) de 02.03.2006 (*BVerfGE*, n.º 115, pp. 166 ss.), de 27.02.2008 (*BVerfGE*, n.º 120, 274, pp. 307 s.) e de 16.06.2009 (Proc. 2 BvR 902/06) e DURNER, in Dürig / Herzog / Scholz, *Grundgesetz Kommentar*, Munique: C. H. Beck, Werkstand: 97. EL, Janeiro de 2022, Art. 10, nm. 83 ss.

¹³ Nos tempos actuais, esta possibilidade parece ser já uma esperança vã: “(...) é igualmente evidente que, com as actuais tecnologias de informação, é vão esperar poder manter relações reservadas pelo telefone” (UMBERTO ECO, “Reflexões sobre o WikiLeaks”, in *Construir o Inimigo e Outros Escritos Ocasionalmente*, Lisboa: Gradiva, 2011, p. 309 s.).

seja recebida e fique guardada no telemóvel ou um *e-mail* que seja guardado numa *pendrive* depois de ser recebido não beneficiarão da tutela desse direito. Donde, normas que autorizem a sua apreensão não colidem com o direito à autodeterminação comunicativa, logo porque estão fora do seu âmbito de protecção.

Tudo isto é hoje praticamente consensual.

5. Nem sempre, todavia, as coisas são assim tão lineares. Por exemplo, entendendo-se embora que os dados relativos às circunstâncias de telecomunicações que no passado foram efectuadas, os chamados dados de tráfego, beneficiam da protecção do direito à inviolabilidade das telecomunicações previsto no artigo 34.º da Constituição¹⁴, vem acontecendo não ser esse o parâmetro constitucional convocado pela nossa jurisprudência constitucional para sindicar normas que abram acesso a órgãos do Estado para fins de investigação criminal¹⁵. E se tradicionalmente ao sigilo das telecomunicações era associada uma *marca de subjectividade ou interpessoalidade*, só abrangendo comunicações à distância realizadas ou tentadas entre pessoas, temos nas últimas décadas assistido a um movimento doutrinal e jurisprudencial, sobretudo na Alemanha, que faz expandir as suas fronteiras para lá desse campo¹⁶. Uma tendência justificada pela presença constante e massiva da *internet* no quotidiano da generalidade dos cidadãos e pela enorme diversificação dos usos que lhe podem ser dados, por humanos e por máquinas. Vem-se falando na necessidade de chamar a força protectora do direito ao sigilo das telecomunicações em actividades tão díspares como a interacção entre uma pessoa e um sistema informático através da *internet*¹⁷ ou a simples navegação em páginas da *internet*¹⁸.

¹⁴ Cf. Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 403/2015 (15. e *passim*; DR, *cit.*, pp. 8255 s.), e 464/2019 (7.; DR, *cit.*, pp. 23 ss).

¹⁵ Paradigmático, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022, relativo à conservação e disponibilização ao processo criminal de dados de tráfego previstas na Lei n.º 32/2008 (cf. o dispositivo do Acórdão, in DR, I, de 03.06.2022, p. 69).

¹⁶ Sobre esta controvertida evolução, DURNER, *op. cit.*, Art. 10, nm. 118 ss. Referindo-se igualmente à querela, o Acórdão do BVerfG de 06.07.2016 (2 BvR 1454/13), in *Neue Juristische Wochenschrift* [NJW], 2016, p. 3508 ss., nm. 26 ss.

¹⁷ Cf. THOMAS WISCHMEYER, in Dreier, *Grundgesetz-Kommentar*, Band 1, 4.ª ed., Tübingen: Mohr Siebeck, Art. 10, nm. 64 ss. Contra, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 464/2019 (8.; DR, *cit.*, p. 27).

¹⁸ Acórdão do BVerfG de 06.07.2016, NJW, *cit.*, pp. 3508 ss. (cf. esp. nm. 34 ss., NJW, *cit.*, p. 3510), tido por WISCHMEYER, *Grundgesetz-Kommentar*, *op. cit.*, Art. 10.º, nm. 65, não como um *outlier*, mas como uma decisão claramente filiada na jurisprudência constitucional alemã anterior acerca do direito ao sigilo das telecomunicações. Contra, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 464/2019, (8.; DR, *cit.*, p. 27).

Nesta tendência expansiva do direito ao sigilo das telecomunicações¹⁹ passa ele a cobrir realidades que, *em rigor, não são telecomunicações*. Seja porque *já deixaram de o ser*; seja porque *nunca sequer o foram*, porque desprovidas de uma característica de interpessoalidade. A tónica deixa de estar no conceito de telecomunicação e passa para a chamada *situação de perigo*²⁰: o que verdadeiramente passa a importar é se uma dada realidade se processa através da *internet* ou de outros meios de transmissão de sinais à distância. Pois as actividades que se desenvolvem por essas vias carecem da intermediação de um *provider*, que, pela posição que ocupa e pelo papel que desempenha, detém uma condição privilegiada para se intrometer no processo comunicacional que tem a seu cargo, bem como para abrir a porta a autoridades estaduais que a ele pretendam aceder ou dele tenham necessidade de se inteirar.

É neste caldo de desvalorização do conceito de telecomunicação e de sobrevalorização da situação de perigo que se inscrevem as recentes decisões do Tribunal Constitucional acerca da pesquisa e apreensão de *webmail* em processo contra-ordenacional. Largamente inspirada pela experiência alemã, onde, porém, o direito à autodeterminação comunicativa está longe de receber uma protecção constitucional tão forte como aquela que lhe é dispensada entre nós²¹, a nossa jurisprudência constitucional faz entrar no seu âmbito de tutela não apenas o correio electrónico que se encontra em trânsito, como também aquele que, muito embora já chegado ao destino, se encontre jacente simultaneamente em sistemas informáticos do utilizador e do *provider* da conta de *e-mail*, como sucede nos serviços de *webmail*²². O relevo prático desta *nuance* é enorme, já que nos dias de hoje a esmagadora maioria das contas de correio electrónico, pessoais e institucionais, correm em programas de *webmail*. E o mesmo se diga das mensagens de telemóvel: cada vez se usa menos a *sms* e se usa mais o *Whatsapp* e afins, cujas mensagens (ditas instantâneas) estão armazenadas tanto nos dispositivos electrónicos dos utilizadores como nos servidores das empresas que exploram esses serviços de mensagens instantâneas, autónomos ou integrados em plataformas de redes sociais ou de trabalho.

¹⁹ Cf. DURNER, *op. cit.*, Art. 10, nm. 108.

²⁰ Acórdão do BVerfG de 16.06.2009, *cit.*, nm. 40 ss. (esp. nm. 46).

²¹ Ao contrário do artigo 34.º, n.º 4, da nossa Constituição, o artigo 10.º da Lei Fundamental alemã não delimita o âmbito das restrições possíveis ao direito ao sigilo das telecomunicações.

²² Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 91/2023, 17. s.

Ora, de acordo com esta perspectiva, mesmo que as mensagens electrónicas já não se encontrem em movimento, do emitente para o receptor, estando apenas guardadas em servidores da empresa que providencia o *webmail*, continuam, digamos assim, à mão de semear desta. Permanecem, pois, vulneráveis a ingerências dela ou do Estado através dela. Por essa razão, porque o que este direito fundamental visa proteger é a confidencialidade daquilo que é ou foi comunicado e não a telecomunicação propriamente dita, justifica-se estender a sua área de tutela também a este tipo de correio electrónico²³. Isto, sob pena de a confiança nas empresas de *internet* e/ou de telecomunicações que prestam estes serviços de comunicação instantânea à distância, essenciais nas sociedades contemporâneas, ficar comprometida. De facto, e nisto haverá que dar razão a esta visão das coisas, seria incompreensível que da sustentação constitucional da imprescindível proibição dirigida aos operadores de devassa do conteúdo das mensagens e das circunstâncias da sua transmissão fosse arredado o direito ao sigilo das telecomunicações, o direito fundamental especialmente vocacionado para garantir a confidencialidade do processo comunicacional e a confiança comunitária nos sistemas de telecomunicações. Proibição que nesta era de capitalismo de vigilância²⁴ é tanto mais justificada quanto se mostra uma das possíveis barreiras ao apetite voraz das empresas de *internet* pelos dados das comunicações dos utilizadores dos seus serviços, para fins publicitários, de alimentação dos programas de inteligência artificial, etc.

6. Daí, porém, a considerar que qualquer ingerência estadual em mensagens electrónicas de *webmail* ou afins entra de plano no âmbito de previsão deste direito fundamental é um passo que, além de não ser reclamado pela sua teleologia, põe sob risco de inconstitucionalização todas aquelas acções investigatórias que não caibam na excepção da parte final do artigo 34.º, n.º 4, da Constituição e possam por ela ser “salvas”. Uma e outra coisa devem ser perspectivadas de forma articulada.

É a própria Constituição que determina que a proibição de ingerência nas telecomunicações só é ressalvada nos “casos previstos na lei em matéria

²³ Acórdão do BVerfG de 16.06.2009, cit., nm. 41 ss., e na sua esteira DURNER, *op. cit.*, Art. 10, nm. 128, e TILL ZIMMERMANN, “Der strafprozessuale Zugriff auf E-Mails”, *Juristische Arbeitsblätter* 46 (2014), p. 325, que se refere a esta posição como a corrente dominante; e na doutrina portuguesa, logo MANUEL DA COSTA ANDRADE, in *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, Artigo 194.º, § 28. E agora também, de forma clara e expressa, os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 91/2023 (18.) e 314/2023.

²⁴ SHOSHANA ZUBBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism*, Nova Iorque: PublicAffairs, 2019.

de processo criminal” (artigo 34.º, n.º 4). Uma excepção que, durante muito tempo, foi identificada pela doutrina largamente maioritária²⁵ e até pelo próprio Tribunal Constitucional²⁶ como correspondendo a uma “reserva absoluta de processo criminal” em sentido formal. Neste jogo de regra de proibição²⁷ / excepção, perante uma *margem de excepção tão estreita* não se poderá deixar de ser especialmente rigoroso e cauto naquilo que se leva ao objecto da proibição, o mesmo é dizer ao conteúdo normativo do princípio da autodeterminação comunicativa. No princípio da proibição da autoincriminação encontramos uma ilustração desta mesma ordem de razão²⁸: ali onde se conceba o *nemo tenetur se ipsum accusare* como princípio irrestringível, será aconselhável definir o seu conteúdo de forma contida, coincidindo exclusivamente com aquele que é comumente tido como o seu núcleo essencial, sob pena de inviabilização de diversas importantes actividades investigatórias; já onde se relativize o princípio, admitindo que se encontra aberto a restrições, abrir-se-á uma folga para expandir o seu conteúdo.

Se é certo que o procedimento metodológico de avaliação da legitimidade de leis restritivas de direitos fundamentais impõe que se comece por determinar o alcance normativo do direito fundamental, só depois fazendo funcionar a norma de restrição²⁹; não há razão para que o primeiro momento se abstraia por completo das possíveis limitações que a própria Constituição institui às limitações admissíveis do direito fundamental em questão³⁰. Uma referenciação que, de todo o modo, nos parece menos problemática do que aquela outra com que acabamos por deparar na recente jurisprudência constitucional (Acórdãos n.ºs 91/2023 e

²⁵ Por todos, J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, Art. 34.º, VII. e IX., e JORGE REIS NOVAIS, “O Tribunal Constitucional e o acesso aos metadados das comunicações pelos Serviços de Informação”, *Revista Portuguesa de Direito Constitucional* 1 (2021), p. 12.

²⁶ *Vd.* os Acórdãos n.ºs 241/2002, 403/2015 (16. ss., *DR, cit.*, pp. 8256 ss.), 464/2019 (9.2; *DR, cit.*, pp. 31 ss.) e 687/2021 (28. s.; *DR, cit.*, pp. 26 ss.), os últimos três do Plenário.

²⁷ JORGE REIS NOVAIS, “O Tribunal Constitucional e o acesso aos metadados...” *op. cit.*, p. 12, e JORGE SILVA SAMPAIO, *Ponderação e Proporcionalidade – II*, Coimbra: Almedina, 2023, pp. 326 s.

²⁸ Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “*Nemo tenetur se ipsum accusare* e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 3989 (2014), pp. 143 ss.

²⁹ J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 1275 ss.

³⁰ Para uma perspectiva geral sobre o carácter absoluto ou relativo dos direitos fundamentais e sua relevância para a determinação do seu âmbito normativo, JAMAL GREENE, *How Rights Went Wrong: Why Our Obsession with Rights Is Tearing America Apart*, Boston: Houghton Mifflin Harcourt, 2021, um autêntico *plâyoyer* pela relativização dos direitos fundamentais.

314/2023), que põe a definição do conteúdo da excepção na dependência do amplo alcance normativo previamente atribuído ao direito fundamental: porque se insuflou o espaço jusfundamental houve depois necessidade de alargar o âmbito da excepção.

Uma ampliação que, como se disse, se inspirou na experiência alemã, mas que não deu relevo ao facto de na ordem constitucional alemã não haver limitação semelhante àquela que encontramos no artigo 34.º, n.º 4, da Constituição, e de a busca e apreensão de *webmail* realizada às claras não ser tida como uma afronta especialmente qualificada ao sigilo das telecomunicações, ficando por isso subordinada ao regime geral das buscas (§ 94 StPO), no âmbito do qual se exige uma autorização judicial prévia e um critério de indiciação mínimo, dependendo a sua admissibilidade da existência de simples indícios da prática da infracção³¹.

A contenção que, fruto do curto espaço de restrições admissíveis aberto pelo artigo 34.º, n.º 4, da Constituição, deve animar a determinação da amplitude normativa do direito à autodeterminação comunicativa e a respectiva definição das ingerências estaduais que podem ser levadas à conta de uma intervenção restritiva nesse direito fundamental impõe que a compreensão do conteúdo desta norma jusfundamental tome em consideração duas coisas. Primeiro, aquilo que, rigorosamente, dela é *objecto*, a telecomunicação. E segundo, a *teleologia* que lhe dá sentido, a necessidade de oferecer uma resposta normativa que acautele o perigo de devassa envolvido na intervenção do operador do serviço de telecomunicação.

Haverá, assim, quanto ao *objecto*, que distinguir entre o que é ou já foi uma telecomunicação e o que nunca sequer o foi. Só no primeiro caso se justifica accionar a protecção que o direito ao sigilo das telecomunicações visa garantir. E mesmo aí terá depois de atender-se à sua *teleologia*, a situação de perigo que o justifica.

6.1 Deste modo, deverá ser mantido *fora do perímetro normativo* do direito ao sigilo das telecomunicações tudo aquilo que *não é nem nunca foi uma telecomunicação*, logo por lhe faltar a nota de interpersoalidade que lhe é característica.

Se assim não for, privilegiando-se antes o critério da situação de perigo, o âmbito de protecção do direito fundamental acabará inevitavelmente por

³¹ Acórdão do BVerfG de 16.06.2009, *cit.*, nm. 55 ss., BRUNS, in *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 8.ª ed., München: C. H. Beck, 2019, § 100a, nm. 20, e HAUSCHILD, in *Münchener Kommentar zur StPO*, 2.ª ed., München: C. H. Beck, 2023, § 94, nm. 13.

ser expandido muito para além daquilo para que foi pensado e instituído, passando, por exemplo, a abranger os dados relativos à navegação na *internet*, os dados de localização dos dispositivos electrónicos e os ficheiros que as pessoas guardem na *cloud*. Se o que é decisivo é a situação de perigo a que os dados ficam expostos perante as operadoras de telecomunicações e as empresas de *internet*, por que razão os *e-mails* deixados na caixa de *webmail* ficarão sob a protecção do direito ao sigilo das telecomunicações, mas já não as fotografias, os vídeos, os ficheiros de *pdf*, *word*, *etc.* que as pessoas mantêm guardados na *cloud*, não raro de forma inadvertida e inconsciente?

6.2 Dentro daquilo que pode ser reconduzido à figura da telecomunicação, é necessário contrapor as interacções que, no momento da ingerência, são uma telecomunicação das outras que o já não são, tendo-o sido no passado.

6.2.1 As ingerências realizadas em telecomunicações em curso contendem com o cerne do princípio da inviolabilidade das telecomunicações, sendo por isso aí plenamente justificado o accionamento da sua protecção. As escutas telefónicas, a captura de mensagens electrónicas no decurso da sua transmissão ou a monitorização de um equipamento informático que capte e registre em tempo real comunicações que o seu utilizador realize são intromissões nas telecomunicações cuja admissibilidade depende da existência de normas legais que as autorizem. Normas que, quando instituídas, são portadoras de um relevo de restrição do direito à autodeterminação comunicativa.

6.2.2 As coisas deverão ser diferentes se o objecto da intromissão for algo que em tempos *foi uma telecomunicação* (um *e-mail*, uma mensagem de voz transmitida por *voice mail* ou por um programa de mensagens instantâneas) *ou foi parte dela* (um ficheiro anexo a um *e-mail*, um áudio ou um vídeo remetido por *Whatsapp*), mas já o não é no momento em que ela tem lugar. Aí, a tutela do direito ao sigilo das telecomunicações só se justificará se subsistir um domínio fáctico do *provider* sobre os dados e, no caso de ingerência estadual, se for por via dele que tal intervenção se concretize. Faltando uma dessas condições esse direito fundamental não chega a entrar em cena.

Se o operador que intermediou a comunicação à distância *já não tem qualquer domínio* sobre ela, uma possível quebra da confidencialidade dessa comunicação passada não lhe será imputável, não havendo razão

para desencadear a protecção que o princípio da inviolabilidade das telecomunicações visa garantir. Assim, buscas e apreensões que incidam sobre *e-mails* ou outras mensagens electrónicas enviadas ou recebidas que se encontrem guardados apenas em equipamentos ou suportes electrónicos dos utilizadores, e já não também nos servidores do operador que os transmitiu, não abalam o direito à autodeterminação comunicativa.

Em se tratando, porém, de correspondência electrónica que continua sob domínio do operador que a providencia, como paradigmaticamente sucede com o *webmail*, tudo está em saber se foi por via desse domínio que a intromissão do Estado no conteúdo e/ou nas circunstâncias da comunicação se realizou, *tomando partido da situação de perigo* em que essa correspondência se manteve.

Se a recolha do *webmail* se faz através de um pedido de colaboração dirigido à empresa de *internet* que o gere há um aproveitamento pelo Estado da vulnerabilidade perante riscos de intromissão associada ao armazenamento de *e-mails* por terceiros, justificando-se a intervenção protectora do direito ao sigilo das telecomunicações³².

Já não assim se a devassa for levada a cabo através de uma ingerência realizada directamente em equipamentos electrónicos à guarda do titular dos dados, sendo esses dados recolhidos desses dispositivos ou a partir deles, como é prática habitual entre nós. Ainda que se trate de dados que já foram uma telecomunicação e que permanecem expostos a uma situação de perigo de devassa *não é pela exploração dessa vulnerabilidade que o Estado deles toma conhecimento e se apodera*. Por esse motivo, não se fazendo sentir a razão de ser que funda o direito à autodeterminação comunicativa não há motivo para que os dados assim recolhidos beneficiem da sua protecção e para que as intromissões que neles sejam promovidas pelo Estado sejam qualificadas como intervenções restritivas *nesse* direito fundamental³³.

Significa isto, contra o que concluiu o Tribunal Constitucional nos Acórdãos n.ºs 91/2023 e 314/2023, que pesquisas e apreensões de *webmail* realizadas em processo contra-ordenacional directamente em equipamentos do visado não afectam o princípio da inviolabilidade das telecomunicações. Consequentemente, não estão sujeitas à limitação de reserva de processo

³² Ingerência que na Alemanha é tida como uma vigilância de telecomunicações (*Telekommunikationsüberwachung*) para efeito do previsto no § 100a da StPO: cf. Acórdão do Supremo Tribunal Federal (BGH) de 04.08.2015 (3 StR 162/15), in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2015, pp. 704 ss.

³³ Pronunciámo-nos já neste sentido em “As grandes contra-ordenações e os seus desafios actuais”, *op. cit.*, p. 50.

criminal que circunscreve o levantamento da proibição de ingerência que lhe é associada pelo artigo 34.º, n.º 4, da Constituição. Daí não se segue, obviamente, que tais ingerências não se deparem com outras barreiras jusfundamentais, designadamente, das proibições inerentes a outros direitos fundamentais da esfera da privacidade que inevitavelmente ficam sob ameaça em diligências investigatórias dessa natureza, os quais se manifestam aqui como direitos de defesa (*Abwehrrechte*) do particular perante o Estado. Barreiras que só podem ser derrubadas, de forma a viabilizar a intromissão, se estiverem verificados os requisitos que a Constituição estabelece para a legitimação das leis restritivas de direitos fundamentais. Entre essas condições conta-se a *relevância constitucional dos fins e interesses susceptíveis de justificar a restrição*. Exigência que se intersecta com a problemática da reserva absoluta de processo criminal, instituída pelo artigo 34.º, n.º 4, da Constituição, mas agora negada pelo Tribunal Constitucional e que por isso abordaremos a propósito da reflexão crítica que esse repúdio nos merece.

IV. A reserva absoluta de processo criminal

7. Se se seguir uma concepção como a adoptada pelo Tribunal Constitucional acerca da amplitude normativa do princípio da inviolabilidade das telecomunicações de forma a cobrir todos os casos de apreensão de *webmail*, incluindo aqueles que não requerem uma colaboração da empresa operadora desse serviço de *internet*, a possibilidade de recurso a essa actividade investigatória em processo contra-ordenacional poderá ficar comprometida por força da reserva de processo criminal instituída pela parte final do n.º 4 do artigo 34.º da Constituição.

Nas recentes decisões do Tribunal Constitucional a que nos vimos referindo, concluiu-se que esse obstáculo não seria todavia decisivo³⁴. Uma linha decisória que assentou na ideia de que a matéria contra-ordenacional em apreço poderia ser substancialmente assimilada a matéria penal. Nessa medida, considerou-se que participa dos mesmos fins e interesses cometidos à intervenção penal e como tal deve beneficiar do salvo-conduto que a Constituição a esta reservou na excepção constante daquele preceito. Do mesmo passo, rejeitou-se a máxima de reserva absoluta de processo criminal que o Plenário do Tribunal Constitucional vinha há muito reiteradamente afirmando neste quadro.

³⁴ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 91/2023, 19. ss.

Ecoam agora as palavras que o Conselheiro Pedro Machete dirigiu a propósito, precisamente no âmbito da discussão anteriormente travada no Plenário acerca do alcance da reserva de processo criminal: “não poderia deixar de causar enorme perplexidade que, depois de uma pronúncia tão clara como a que consta do Acórdão n.º 403/2015, o Tribunal, a propósito da mesma matéria e com referência ao mesmo parâmetro, viesse a adotar um entendimento diferente”³⁵. Num domínio tão sensível para os direitos fundamentais e sujeito a sucessivas e cada vez mais agressivas investidas dos poderes públicos e privados, espanta que o Tribunal, funcionando em Secção, enfraqueça uma das barreiras mais sólidas com que contam e que num passado muito recente foi por três vezes reiterada nem mais nem menos do que pelo Plenário! Dificilmente se poderia cogitar uma afronta institucional do Tribunal Constitucional à sua própria jurisprudência mais chocante do que aquela que aqui se deu.

8. Para sustentar a qualificação da intervenção contra-ordenacional anticoncorrencial como matéria de processo criminal, esta nova corrente argumenta que o processo contra-ordenacional assegura as diversas garantias de defesa próprias do processo penal que contribuem para justificar essa reserva³⁶.

Além disso, acrescenta-se que só assim se assegura que o legislador sinta haver condições processuais para enveredar por uma via sancionatória de carácter contra-ordenacional, em detrimento da penal³⁷. Manifestou-se o receio de que se estas buscas e apreensões informáticas forem excluídas do arsenal investigatório das autoridades competentes para o processo contra-ordenacional o legislador como que se verá forçado a escolher um trilho penal, sob pena de a efectividade da ação sancionatória num domínio tão economicamente sensível e constitucionalmente importante como é o da concorrência ficar em risco.

A estas considerações, mais acessórias do que propriamente fundantes da conclusão a que se chegou, será suficiente contrapor o seguinte.

Os direitos e garantias do arguido em processo contra-ordenacional são qualitativa e quantitativamente menores do que os que são garantidos ao arguido em processo penal³⁸. Ora, as garantias institucionais dirigidas

³⁵ Declaração de voto aposta ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 464/2019 (*DR, cit.*, p. 56).

³⁶ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 91/2023, 23.

³⁷ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 91/2023, 19-22.

³⁸ MARIA JOSÉ CAPELO / NUNO BRANDÃO, “A eficácia probatória das sentenças penais e das decisões finais

à promoção e salvaguarda da independência e imparcialidade dos juízes penais e o direito de defesa do arguido penal³⁹ são, como se sabe, razões determinantes da previsão constitucional da reserva de processo criminal⁴⁰. Baldadamente se procurará na regulação do processo contra-ordenacional um quadro protector do arguido e de outras pessoas eventualmente afectadas por intervenções restritivas de direitos fundamentais minimamente comparável ao que é oferecido pelo sistema normativo processual penal. Isso mesmo é cabalmente esclarecido pelo Conselheiro Afonso Patrão no seu voto de vencido ao Acórdão n.º 91/2023. A clareza e a justa contundência da sua avaliação bastam para que aqui façamos nossas as suas palavras, de crítica à “burla de etiquetas” que viabiliza “a utilização de *medidas constitucionalmente reservadas ao processo penal* em procedimentos sancionatórios libertos das garantias do processo criminal”: “a referência explícita ao processo criminal no n.º 4 do artigo 34.º da Constituição tem um propósito inequívoco, associado *não só* às finalidades que podem legitimar a intervenção legislativa de restrição – atenta a maior gravidade ético-jurídica que lhe é associada –, como *também* (ou principalmente) ao *modo como ocorrem essas intromissões*, que é constitucionalmente regulado: só a convocação do direito penal implica a mobilização do *estatuto constitucional de arguido* (i); a atribuição de *todas as garantias de processo criminal* constantes do artigo 32.º da Constituição (ii); a direção do inquérito por magistrados do Ministério Público, e não por entidades administrativas (iii); a vigência integral e rigorosa de todas as dimensões do princípio da legalidade criminal (iv); e a reserva de lei parlamentar na tipificação das condutas (v)”⁴¹.

A invocação, por seu turno, da necessidade de dotar o processo contra-ordenacional de meios de investigação que não sejam freados pelo direito ao sigilo das telecomunicações sob risco de debandada das grandes contra-ordenações para a esfera criminal constitui uma inversão dos termos do problema que não passa de uma falácia. Se bem se vir a questão, o legislador contra-ordenacional, perfeitamente conhecedor da reserva absoluta de processo criminal, há décadas afirmada pela jurisprudência constitucional e pela doutrina, não se tem coibido de introduzir normas que

contra-ordenacionais no âmbito do processo civil”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 4006 (2017), pp. 25 ss.

³⁹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS / NUNO BRANDÃO, *Direito Processual Penal. Os Sujeitos Processuais*, Coimbra: Gestlegal, 2022, pp. 32 ss., 37 ss. e 238 ss.

⁴⁰ Cf. Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 403/2015 (18. s., *DR, cit.*, pp. 8259 ss.) e 464/2019 (9.; *DR, cit.*, pp. 28 ss.).

⁴¹ Declaração de voto, 3.2.

autorizam o acesso a correspondência electrónica armazenada pelas pessoas alvo de processamento. Em geral, fá-lo, não porque descarta aquela reserva, mas porque parte do princípio de que buscas e apreensões dessa natureza não constituem intervenções restritivas da autodeterminação comunicativa. E realmente, como se viu, não o são, pelo que está longe de ser necessário estilhaçar a reserva para, pelas brechas assim criadas, fazer nela entrar a matéria contra-ordenacional portadora de dignidade penal.

9. Sem embargo, o essencial da oposição à nova jurisprudência não reside nestas objecções que vêm de se apresentar. Bem mais decisivo é o que se segue.

Como se sabe, o segmento normativo final do artigo 34.º, n.º 4, da Constituição tem em vista limitar as faculdades de restrição da inviolabilidade das telecomunicações, circunscrevendo-as à matéria de processo criminal. Por isso que é *contrário à sua própria teleologia* convocá-lo para sustentar uma ampliação do campo de limitação desse direito fundamental. Uma norma que a Constituição institui para encolher o espaço concedido ao legislador para restringir este direito fundamental é operada pelo Tribunal Constitucional como um instrumento de alargamento da acção restritiva.

Na síntese clarificadora do Conselheiro Pedro Machete, “onde a Constituição é clara por razões históricas, literais, sistemáticas e teleológicas, no sentido da defesa dos direitos fundamentais de liberdade perante os poderes públicos, não pode o Tribunal adotar uma hermenêutica constitucional em que tais direitos comecem por ser perspetivados enquanto fonte de deveres de protecção legitimadores de intervenções intrusivas no seu âmbito de aplicação”⁴².

A eliminação da reserva absoluta de processo criminal é uma perversão que visa salvar da inconstitucionalidade um método investigatório que se tem como imprescindível para o processo das grandes contra-ordenações. O que é feito à custa de uma abertura de princípio do processo contra-ordenacional a actividades investigatórias bem mais danosas para este direito fundamental do que aquelas que assim se procura viabilizar. Para dar cobertura à restrição contra-ordenacional de uma – já de si muito questionável – área periférica do direito à autodeterminação comunicativa⁴³ acaba-se por abrir caminho a

⁴² Declaração de voto constante do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 464/2019 (*DR, cit.*, p. 56).

⁴³ Repare-se, por exemplo, que em países como os Estados Unidos da América (*Freedom of Information Act*) ou o Reino Unido (*Public Records Act*) poderão os particulares obter acesso a e-mails trocados por servidores públicos (a partir de contas institucionais ou mesmo pessoais) que versem sobre a coisa

outras intervenções restritivas bem mais fortes e que atingem o princípio da inviolabilidade das telecomunicações no seu núcleo essencial⁴⁴.

Com a relativização da reserva de processo criminal não será de excluir a possibilidade de introdução de escutas telefónicas ou de interceptação de correspondência electrónica para investigação de contra-ordenações. Algo que até aqui era impensável, sendo um autêntico tabu, deixou de o ser. E por maioria de razão também se tornará possível a transferência de provas obtidas no processo penal através de recurso àqueles métodos para os mais variados domínios processuais, sancionatórios ou não.

10. A tese a que nos opomos soçobra ainda em virtude *do esvaziamento da excepção que pretende alargar*, fruto da transposição para este plano do conceito material de crime como critério determinante da definição do que seja a matéria de processo criminal.

10.1 A previsão da ressalva relativa aos casos previstos na lei em matéria de processo criminal inscrita na parte final do artigo 34.º, n.º 4, da Constituição visa, *em primeira linha*, dar observância à injunção constitucional de que *a restrição de direitos fundamentais se encontre expressamente prevista na Constituição* (cf. artigo 18.º, n.º 2). A menção específica ao domínio do processo criminal procura, *em segunda linha*, restringir a potencialidade restritiva das normas limitadoras deste direito fundamental a esse preciso espaço. Trata-se, pois, de uma *restrição das restrições normativas* que o legislador possa porventura lançar sobre o âmbito normativo desta norma jusfundamental. Precisamente aquilo que é característico das normas de *reserva qualificada*⁴⁵ em matéria de limitações de direitos fundamentais: “a norma que impõe a previsão constitucional expressa das restrições a normas de direitos fundamentais pretende reduzir a gama de restrições normativas constitucionalmente legítimas”⁴⁶.

pública que lhes está confiada. Para os EUA, cf. a Decisão do United States District Court for The District of Columbia de 10.02.2016, no caso *Competitive Enterprise Institute v. Office of Science and Technology Policy*. Não será talvez descabido supor que, no direito português, o acesso a tal tipo de correspondência electrónica poderá ser devido com base na Lei de Acesso aos Documentos Administrativos (Lei n.º 26/2016).

⁴⁴ *Vd.* de novo a declaração de voto do Conselheiro Afonso Patrão ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 91/2023 (3.3).

⁴⁵ J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *CRP Anotada*, I, *op. cit.*, Art. 18.º, X., e JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 2012, p. 281.

⁴⁶ JORGE SILVA SAMPAIO, *Ponderação e Proporcionalidade – I*, Coimbra: Almedina, 2023, p. 568.

Estando as normas legais restritivas do direito à autodeterminação comunicativa confinadas ao reduto criminal, procurou o Tribunal Constitucional transcender os limites (ditos formais) da área normativa penal mediante uma compreensão dita material do *conceito de crime* que lhe é imanente e que poderá viabilizar uma justificação legitimadora da restrição que não se identifique com uma reserva absoluta (formal) de processo criminal. Nesta (nova) visão das coisas, tudo passará por saber se os *bens jurídicos beneficiários da tutela contra-ordenacional são uns tais que, à partida, poderiam também receber protecção penal*. Dito de outro modo, se em causa estão bens jurídicos que participam da ideia do direito penal do bem jurídico. E porventura ainda se os factos em questão, embora tipificados como infracção contra-ordenacional, são portadores de dignidade penal⁴⁷, por envolverem uma ofensa qualificada dos interesses com um referente constitucional que a norma tipificadora da contra-ordenação visa tutelar. Conclui o Tribunal Constitucional que normas contra-ordenacionais deste jaez integram o direito penal total⁴⁸ e podem por isso qualificar-se como matéria de processo criminal para efeito do previsto na parte final do artigo 34.º, n.º 4, da Constituição.

Cumprir começar por sublinhar, como assinala o Conselheiro Afonso Patrão⁴⁹ – indo ao encontro do que pensamos sobre o relacionamento de fundo entre os domínios sancionatórios penal e contra-ordenacional e sua conexão com a figura do bem jurídico com relevo constitucional –, que *o direito penal não tem o monopólio da função de protecção de bens jurídicos dessa natureza*⁵⁰. Nem mesmo sequer nas ofensas mais graves que possam ser infligidas a tais bens será de considerar que só o direito penal se encontra vocacionado para a sua repressão, sobretudo quando se trate de bens jurídicos supra-individuais. A tutela de bens jurídicos dotados de um signo constitucional – aqueles que a doutrina penal usa designar por bens jurídico-penais – não é pois um traço distintivo do direito penal que o singularize dos demais ramos do sistema jurídico, incluindo aqueles de carácter sancionatório. Logo por aqui não se vê como se possa conciliar o propósito constitucional de segregação de uma esfera normativa singular,

⁴⁷ Sobre a questão, de forma desenvolvida, procurando identificar constelações contra-ordenacionais merecedoras de um juízo positivo de dignidade penal, NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*, Coimbra: Coimbra Editora, 2016, § 35, pp. 714 ss.

⁴⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 91/2023, 19.2.

⁴⁹ *Ibidem*, 3.

⁵⁰ NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações... op. cit.*, p. 630.

a criminal, com uma sua compreensão fundada num critério hermenêutico tão aberto e com uma vocação expansiva capaz de nele fazer entrar um sem número de casos dos mais variados cantos do sistema jurídico que possam ser associados a uma intencionalidade de tutela de bens jurídicos com referente constitucional, não necessariamente de cariz sancionatório.

10.2 À perspectiva adoptada pelo Tribunal Constitucional poderá opor-se uma objecção adicional e ainda mais decisiva para a sua rejeição, o *esvaziamento da reserva qualificada instituída pelo artigo 34.º, n.º 4, da Constituição*⁵¹, a que conduz. Bem vistas as coisas, a exegese que agora recebe da jurisprudência constitucional destitui-a de qualquer efeito útil. O que certamente não foi desejado pelo legislador constituinte.

Estabelecendo-se o conceito material de crime como critério fundamental do que deva entender-se por “matéria de processo criminal” passará a ser a dignidade penal do bem jurídico tutelado e do facto tipificado como ilícito que se tornará o factor decisivo da pertença a esse reduto materialmente penal. Ora, como se sabe, do ponto de vista do bem jurídico, o crivo jurídico-constitucional de legitimação material da intervenção penal corresponde, no essencial, à necessidade de salvaguarda de direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, conforme prescrito no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição⁵². De modo que, levando até ao fim o pensamento do Tribunal Constitucional, poderá ter-se como materialmente penal a intervenção restritiva de direitos fundamentais vocacionada para a salvaguarda de direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Sucede que, em substância, sempre seria este também o crivo a que se deveria recorrer para definir e recortar possíveis normas restritivas do direito ao sigilo das telecomunicações mesmo na ausência de uma previsão como a que encontramos na parte final do artigo 34.º, n.º 4, da Constituição. Será isso que, parece-nos, resultará de uma compreensão do problema no quadro de uma *concepção externa das restrições de direitos fundamentais*, em que a norma restritiva do âmbito normativo jusfundamental é tida como

⁵¹ Nestes exactos termos, também o Conselheiro Afonso Patrão na sua declaração de voto (3.3): “ocorre um esvaziamento da «reserva absoluta de processo criminal» do n.º 4 do artigo 34.º da Constituição”.

⁵² MANUEL DA COSTA ANDRADE, “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal» como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 2 (1992), pp. 173 ss., e NUNO BRANDÃO, “Bem jurídico e direitos fundamentais: entre a obrigação estadual de protecção e a proibição do excesso”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Coimbra: Instituto Jurídico, 2017, pp. 260 ss.

autónoma e externa à norma que o instituiu⁵³. Nesse alinhamento, é questão saber se autorizações constitucionais implícitas ou indirectas de restrição de direitos fundamentais – maioritariamente tidas como admissíveis, apesar de a letra do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição só parecer admitir a restrição de direitos fundamentais nos casos nela expressamente previstos – *estão ou não subordinadas a uma cláusula de constitucionalidade*. Isto é, se a restrição de um direito fundamental pode ser determinada pela necessidade de protecção de um qualquer valor, constitucional ou não, ou se só interesses com estatuto constitucional poderão autorizar a sua introdução. Sobre isto prevalece entre nós a ideia de que “a justificação de uma restrição normativa não pode deixar de assentar numa norma constitucional”⁵⁴. Temos então que uma interpretação da reserva qualificada de restrição prevista no artigo 34.º, n.º 4, no sentido de que se refere ao conceito material de crime e portanto às intervenções para tutela de direitos e interesses constitucionalmente protegidos nada de substancial acrescenta àquilo que sempre se exigiria, em termos gerais, se nenhuma menção constitucional fosse feita à possibilidade de limitação do direito à inviolabilidade das telecomunicações: esta restrição também só seria constitucionalmente admissível se se mostrasse voltada para a salvaguarda de direitos ou bens constitucionalmente garantidos⁵⁵.

Com isto se percebe que, mesmo de um ponto de vista substancial, o conceito de matéria criminal a que o artigo 34.º, n.º 4, da Constituição alude tem necessariamente de conter um *plus* que o diferencie e singularize de outras expressões normativas, sancionatórias ou não, que visem a protecção de interesses com guarida constitucional. Esse extra, não partilhado por normas restritivas de direitos fundamentais a que pode ser reconhecida dignidade penal (*v.g.*, de natureza contra-ordenacional), corresponde à *necessidade de pena*. Por definição, os factos objecto de uma intervenção penal legítima são aqueles que para além de ostentarem dignidade penal (*sc.*, atentam de forma qualificada contra bens jurídicos com um referente constitucional) reclamam a aplicação de uma pena criminal. Daí que se deva entender, acompanhando o Conselheiro Afonso Patrão, que “a Constituição sentenciou que só podem ter

⁵³ J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional... op. cit.*, pp. 1275 ss., e JORGE SILVA SAMPAIO, *Ponderação e Proporcionalidade – I... op. cit.*, pp. 552 s., de acordo com o qual a concepção oposita, a chamada teoria interna, é hoje “uma teoria praticamente abandonada em Portugal” (nota 1547).

⁵⁴ JORGE SILVA SAMPAIO, *Ponderação e Proporcionalidade – I... op. cit.*, p. 571. Posição qualificada como “muito comum, quase unânime” por JORGE REIS NOVAIS, *Limites dos Direitos Fundamentais*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2023, p. 227, que se lhe opõe.

⁵⁵ A expressão é de J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional... op. cit.*, pp. 1277 (*vd.* ainda pp. 1271 s.). Na mesma direcção, ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986, pp. 253 ss.

lugar as medidas de investigação mais intrusivas para as condutas relativamente às quais, em cada momento, o legislador considerou haver dignidade criminal e carência de pena, retirando ao intérprete o espaço para encontrar distinta operação de concordância prática”⁵⁶.

Como é bom de ver, a necessidade de pena pressuposta pelo conceito de matéria de processo criminal constante do artigo 34.º, n.º 4, da Constituição, é um elemento constitutivo de legitimação *estranho às contra-ordenações*. Nessa medida, também por esta razão, diferentemente do que concluiu o Tribunal Constitucional, não podem as normas contra-ordenacionais restritivas do direito fundamental à inviolabilidade das telecomunicações ser qualificadas como matéria de processo criminal no âmbito da qual há autorização constitucional para a sua limitação.

V. Conclusão

A Constituição não veda, em absoluto, a busca e apreensão em processo contra-ordenacional de *webmail* e mensagens electrónicas afins, designadamente, se a sua recolha for levada a cabo a partir de equipamentos informáticos sob domínio do utilizador alvo dessa acção investigatória. Ainda que essa correspondência electrónica seja, à partida, apta a beneficiar da protecção do direito fundamental à autodeterminação comunicativa (artigo 34.º, n.ºs 1 e 4, da Constituição), não se justificará o seu accionamento quando a intromissão não envolva um aproveitamento pelo Estado do risco de devassa a que se encontra sujeita enquanto é mantida guardada em servidores da empresa que provê o serviço de *webmail*. Porque não há aí uma afectação daquele direito fundamental, não lhe é oponível a reserva de processo criminal instituída pelo n.º 4 do referido preceito. Não obstante, poderão estar em jogo outros direitos fundamentais, como a reserva da intimidade da vida privada e a autodeterminação informativa, pelo que, claro está, tais ingerências sempre deverão observar as exigências formais e materiais postas pela Constituição à restrição de direitos fundamentais.

Por seu turno, a intercepção de correspondência electrónica em tempo real e a sua obtenção directamente através de *providers* de serviços de *webmail* ou de mensagens instantâneas são acções de investigação com um significado de restrição do direito ao sigilo das telecomunicações, estando abrangidas pelas normas constitucionais que o prevêm. Atenta a reserva absoluta de processo criminal instituída pelo artigo 34.º, n.º 4,

⁵⁶ *Ibidem*.

da Constituição, há uma proibição constitucional também ela absoluta de recurso a esses meios investigatórios para apuramento de contra-ordenações. Tais métodos de investigação são, pura e simplesmente, proibidos em processo contra-ordenacional, independentemente da dignidade penal do facto tipificado como contra-ordenação. Mais ainda, deverão igualmente ficar à porta do processo contra-ordenacional provas digitais obtidas através daqueles métodos no âmbito de processo criminal: a reserva de processo criminal veda também, com efeito, a transferência de tal prova do processo penal para o processo contra-ordenacional.

Com a relativização da reserva de processo criminal empreendida pelo Tribunal Constitucional nos Acórdãos n.ºs 91/2023 e 314/2023 nada disto continua garantido, nomeadamente quando esteja em causa norma, sancionatória ou não, dirigida à tutela de interesses com relevância constitucional. O esvaziamento dessa área de reserva franqueia a entrada no processo contra-ordenacional (e não só!) de conversas alvo de intercepção através de escutas telefónicas, de metadados relativos a conversas telefónicas, de correspondência electrónica interceptada em tempo real ou fornecida pelo *provider* e de metadados relativos a mensagens electrónicas que se encontrem na posse do operador do serviço de telecomunicações. Não só passa a poder ser admitida a passagem dessas provas do processo penal, onde tenham sido recolhidas, para o processo contra-ordenacional, como, mais do que isso, não será mesmo de afastar o cenário de uma sua obtenção para o próprio processo contra-ordenacional, assim o decida o legislador.

Este é um preço demasiado alto e perigoso a pagar como moeda de troca da concessão ao legislador da oportunidade de autorizar a apreensão de *webmail* em busca feita a suspeito da prática de contra-ordenação que o mantenha sob seu domínio. Um sacrifício que, aliás, se pode mesmo considerar escusado, dada a existência de boas razões para concluir pela inaplicabilidade a esses casos do princípio da inviolabilidade das telecomunicações.