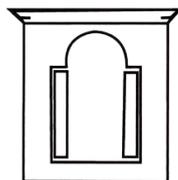


SEPARATA

RPDC N.º 4 (2024)

REVISTA PORTUGUESA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

PORTUGUESE REVIEW OF CONSTITUTIONAL LAW



AATRIC

Inviolabilidade das Comunicações Privadas, Correio Eletrónico e Jurisprudência Constitucional

Maria João Antunes

*Professora Catedrática e Investigadora do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
mja@ci.uc.pt*

Resumo: Relativamente à busca e recolha de mensagens na caixa de correio eletrónico, a jurisprudência constitucional é divergente quanto ao momento da cessação da tutela constitucional da inviolabilidade das comunicações privadas através de correio eletrónico, ao âmbito do que é ressalvado da proibição constitucional de ingerências nas comunicações privadas e à exigência de reserva de juiz quando a intromissão nas comunicações via correio eletrónico vise uma pessoa coletiva.

Abstract: Concerning the search and collection of e-mail inboxes, constitutional jurisprudence is divided as to the point at which the constitutional protection of the inviolability of private e-mail communications ceases, the scope of what is exempt from the constitutional prohibition of interference with private communications, and the requirement that a judge must be involved when the intrusion into e-mail communications is directed at a legal person.

Palavras-chave: mensagens de correio eletrónico; processo de comunicação; comunicação; reserva absoluta de processo criminal; privacidade formal; pessoa coletiva; reserva de juiz

Keywords: e-mails; communication process; communication; absolute reservation of criminal proceedings; formal privacy; legal person; reservation of judge

I. Comunicações privadas através de correio eletrónico e jurisprudência constitucional

É cada vez mais necessário proteger a comunicação à distância entre as pessoas, além da proteção que já decorre dos direitos fundamentais à inviolabilidade da correspondência, à reserva da intimidade da vida privada e à autodeterminação informacional, e é particularmente evidente a extensão do âmbito de proteção do direito à inviolabilidade das comunicações privadas às efetuadas através de correio eletrónico. Essa necessidade e esta evidência estão presentes em jurisprudência constitucional recente, simultaneamente reveladora de novas questões no plano jurídico-constitucional e de respostas divergentes em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade de normas de direito infraconstitucional, nomeadamente as questões e as respostas que decorrem dos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 91/2023 e 533/2024. Em ambos é questionada a conformidade constitucional de norma do Novo Regime Jurídico da Concorrência, segundo a qual, em processo contraordenacional por prática restritiva da concorrência, é permitida à Autoridade da Concorrência a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico marcadas como abertas ou lidas, mediante autorização do Ministério Público. No primeiro, cujos fundamentos foram depois integralmente acolhidos no Acórdão n.º 314/2023¹, a norma foi julgada inconstitucional, por violação do disposto nos artigos 32.º, n.º 4, e 34.º, n.ºs 1 e 4, este conjugado com o artigo 18.º, n.º 2, da CRP; no segundo, a norma foi julgada não inconstitucional, por referência ao direito à privacidade, associado à liberdade de empresa (artigos 26.º, n.º 1 e 61.º, n.º 1, da CRP), ao direito à autodeterminação informacional (artigo 35.º, n.º 4, da CRP) e à reserva de juiz (artigo 32.º, n.º 4, da CRP)².

Das decisões acabadas de mencionar vamos destacar três questões no plano jurídico-constitucional: quando é que cessa a tutela constitucional da inviolabilidade das comunicações privadas através de correio eletrónico, à luz do artigo 34.º da CRP; qual o âmbito da ressalva contida na parte final do n.º 4 do artigo 34.º da CRP, no que se refere à proibição constitucional de ingerências nas comunicações privadas; e se integra a reserva de juiz a intromissão nas comunicações via correio eletrónico em que a visada seja pessoa coletiva, por referência ao artigo 32.º, n.º 4, da CRP.

¹ Os fundamentos do Acórdão n.º 91/2023 foram acolhidos também na Decisão Sumária n.º 227/2024, mantida no Acórdão n.º 510/2024.

² Note-se, porém, relativamente ao Acórdão n.º 533/2024, que o julgamento de não inconstitucionalidade resultou apenas de ao juízo de inconstitucionalidade feito pela maioria dos juizes não corresponder a maioria de fundamentação a que obriga o princípio da constitucionalidade, consagrado no n.º 3, do artigo 3.º da CRP.

Quanto à primeira, respondemos-lhe adotando o critério da localização da comunicação recebida, o mesmo que foi adotado no Acórdão n.º 91/2023; relativamente à segunda, entendemos que o âmbito da ressalva vale apenas para o processo criminal, em concordância com o Acórdão n.º 533/2024; e, no que se refere à terceira, defendemos que a reserva de juiz não vale quando a pessoa visada seja um pessoa coletiva, na linha do Acórdão n.º 533/2024.

II. Momento da cessação da tutela constitucional da inviolabilidade das comunicações privadas através de correio eletrónico

1. Relativamente ao âmbito de proteção do direito à inviolabilidade das comunicações privadas é entendimento pacífico que nele se incluem as mensagens de correio eletrónico compreendidas nas duas fases dinâmicas do processo comunicativo – do envio pelo remetente para o *servidor* do seu *fornecedor* e até à chamada pelo destinatário para o seu sistema informático para a subsequente leitura e tomada de conhecimento – e que nele já não se incluem as mensagens de correio eletrónico recebidas pelo destinatário e por este guardadas no seu computador ou em qualquer outro suporte sob o seu domínio exclusivo, por terem perdido, entretanto, a natureza de *comunicação*³.

É também consensual que o que se questiona hoje, em bom rigor, é apenas quando é que *cessa* a tutela constitucional da inviolabilidade das comunicações privadas e não tanto, portanto, quando é que se inicia essa mesma tutela. No fundo, o que importa saber é se a tutela vai até ao momento em que as mensagens de correio eletrónico chegam à esfera de domínio do destinatário ou, antes, até ao momento em que permanecem na caixa virtual de correio eletrónico. Para a resposta foi-se abandonando a distinção entre mensagens de correio eletrónico abertas (lidas) e mensagens de correio eletrónico ainda fechadas (não lidas), por ser hoje maioritário o entendimento doutrinal e jurisprudencial de que se trata de um critério imprestável para responder à questão⁴.

³ Assim, COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, comentário ao artigo 194.º, § 27.

⁴ Assim, na doutrina nacional, nomeadamente, COSTA ANDRADE, “*Bruscamente no Verão Passado*”, a reforma do Código de Processo Penal. *Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 163 e ss., e SÓNIA FIDALGO, “A apreensão de correio electrónico e a utilização noutro processo das mensagens apreendidas”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 29 (2019), p. 69 e s. Na jurisprudência, vão neste sentido, nomeadamente, os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 287/2021 e 91/2023 e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 10/2023.

A resposta à questão de saber qual é o momento em que *cessa* a garantia constitucional da inviolabilidade das comunicações privadas é, porém, tudo menos consensual na doutrina e na jurisprudência. São identificáveis três critérios essenciais: o da *localização* da comunicação recebida (*fora* da caixa virtual de correio eletrónico ou *na* caixa virtual de correio eletrónico⁵); o do *conhecimento do conteúdo* da comunicação por parte do destinatário (mensagens de correio eletrónicos *abertas/lidas* ou ainda *fechadas/não lidas*); e o da *recepção da mensagem* por parte do destinatário (mensagem de correio eletrónico ainda *em trânsito* ou *já não*, isto é, ainda dependente da intermediação do terceiro prestador do serviço de transmissão ou já não dependente dessa intermediação)⁶.

2. No Acórdão n.º 91/2023 do Tribunal Constitucional o critério escolhido é o da *localização* da comunicação recebida: a tutela constitucional da inviolabilidade das comunicações privadas cessa quando as mensagens estão *fora* da caixa virtual de correio eletrónico. O *critério decisivo é o seu arquivamento definitivo, fora da caixa de correio eletrónico virtual*. Na fundamentação da decisão pesou a circunstância de persistir uma “*específica situação de perigo*”, *enquanto a mensagem estiver na caixa de correio eletrónico e o fornecedor de correio eletrónico mantiver controlo sobre a mensagem, que apenas cessa quando o destinatário retira a mensagem da caixa de correio eletrónico virtual e a arquiva em outro lugar do computador — passando, só então, a ter o controlo total e exclusivo sobre ela, deixando de ter de confiar no sistema de comunicações e podendo protegê-la como entender. Confiança essa que é o âmago da tutela especialmente conferida pelo artigo 34.º da Constituição*.

Já o Acórdão n.º 533/2024 do Tribunal Constitucional segue o critério da *recepção da mensagem* por parte do destinatário: a tutela constitucional da inviolabilidade das comunicações privadas cessa quando a mensagem de correio eletrónico já não está em trânsito. O critério decisivo é a circunstância de a *informação estar em trânsito (comunicação)*, *porque se encontra fora da esfera de controlo e de gozo do seu titular*. Segundo a decisão, *o correio eletrónico e os sistemas de mensagens eletrónicas beneficiam da proteção conferida pelo artigo 34.º, n.º 4, da CRP, quando realizam transferências*

⁵ Neste sentido, na doutrina espanhola, RIDAURA MARTÍNEZ, “El legislado ausente del artículo 18.3. de la Constitución (la construcción pretoriana del derecho al secreto de las comunicaciones)”, *Revista de Derecho Político*, 100 (2017), p. 375.

⁶ Para uma síntese destes três critérios, OCÓN GARCÍA, “Constitución y secreto de las comunicaciones: desafíos tecnológicos para el derecho fundamental”, *Nuevos Horizontes del Derecho Constitucional*, 2 (2022), p. 93 e s.

de informação entre utilizadores, mas já no que respeita a ficheiros resultantes dessa transferência de informação fixados em dispositivos eletrónicos, estes não beneficiam da proteção conferida pela autodeterminação comunicativa, por se tratar de informação armazenada e não de um processo comunicativo.

3. Entendemos que a especificidade das mensagens de correio eletrónico justifica a adoção do critério da *localização* da comunicação, sem prejuízo, porém, de devermos distinguir o *processo de comunicação* da *comunicação* (do que é comunicado).

3.1. Entende-se, maioritariamente, que a inviolabilidade das comunicações protege o *processo de comunicação* que é assegurado através de meios técnicos que são disponibilizados por um terceiro alheio aos sujeitos da comunicação. Prescreve-se a *inviolabilidade* das comunicações, precisamente porque durante a intervenção do prestador do serviço de comunicação/transmissão, o controlo sobre o processo comunicativo é subtraído aos sujeitos da comunicação. O carácter autónomo do direito fundamenta-se, precisamente, na circunstância de haver um terceiro que se intromete entre o emissor e o destinatário, o que justifica que se garanta a “segurança das comunicações”, a “confiança nas comunicações”, a “liberdade das comunicações”. E claro está, que se garanta também o que já se denominou “privacidade à distância”. Nas palavras de Costa Andrade, “a tutela jurídica da inviolabilidade das telecomunicações está vinculada ao *meio* de comunicação e ao *processo* de comunicação. É determinado pela *específica situação de perigo* decorrente da mediação do serviço de telecomunicações e da sua posição de domínio enquanto dura a transmissão: pode aceder, tomar conhecimento e comunicar a terceiros (designadamente aos poderes públicos) sem conhecimento nem possibilidade de oposição dos interlocutores. Por ser assim, a tutela jurídica não cobre o que corre fora ou à margem do processo de telecomunicação: cessa a partir do momento em que a mensagem (notícia, dados, etc.) é recebida e lida pelo destinatário e entra na sua esfera de domínio. A partir daí, deixa de subsistir aquela qualificada *necessidade de tutela* jurídica, cabendo ao destinatário atualizar as formas de autotutela possíveis e exigíveis. A partir daí, os interlocutores já não gozam da tutela da inviolabilidade das telecomunicações, mas apenas, sendo caso disso, a título de *autodeterminação informacional*”⁷.

⁷ Cf., *Comentário Conimbricense do Código Penal*, *op. cit.*, comentário ao artigo 194.º, § 26. E, ainda, quanto ao que se segue, os §§ seguintes.

As especificidades do correio eletrónico têm vindo, porém, a interpelar o intérprete da Constituição quanto à subsistência daquela *específica situação de perigo*, quando as mensagens recebidas, abertas (lidas ou não) ou fechadas, continuam em caixa virtual de correio eletrónico. Ou seja: quando as mensagens estão guardadas na conta de *email* do fornecedor dos serviços: “tanto na fase intermédia, em que a mensagem não foi ainda chamada nem aberta ou lida pelo destinatário; como na fase final, nas constelações em que, depois de aberto e lido, o *e-mail* é depositado no *servidor* do *fornecedor*”. É de entender, por isso, que as mensagens que continuam na caixa virtual de correio eletrónico também devem ser enquadradas no âmbito do direito fundamental à inviolabilidade das comunicações, com o conseqüente alargamento a mensagens “estáticas”, que já não estão “em trânsito”, isto é, em *processo de comunicação*. Isto, porque “os tópicos nucleares são agora a particular *carência de tutela* do utilizador, associada à «*específica situação de perigo*» devida ao *domínio fáctico* sobre a comunicação que o *fornecedor* continua a deter”.

Neste sentido, a garantia da inviolabilidade das comunicações vale até ao momento em que as mensagens permaneçam em caixa virtual de correio eletrónico, independentemente de já terem sido abertas (lidas ou não) ou ainda permanecerem fechadas. O momento temporal justifica-se pela “*específica situação de perigo*» devida ao *domínio fáctico* sobre a comunicação que o *fornecedor* continua a deter”. Sem prejuízo, porém, de se dever entender que a específica situação de perigo é *distinta*, por o *fornecedor* ter deixado de ter o domínio exclusivo sobre a comunicação⁸.

3.2. O entendimento que alarga o âmbito de proteção do direito à inviolabilidade das comunicações ao já comunicado através de correio eletrónico, só pode ser adotado, porém, mediante a distinção entre *processo de comunicação* e *comunicação*. De outra forma, estar-se-á a confundir, do ponto de vista dos limites temporais, a *cessação* do processo de comunicação com a *cessação* da garantia constitucional da inviolabilidade das comunicações.

A distinção assinalada entre *cessação* do *processo de comunicação* e *cessação* da *proteção constitucional da inviolabilidade das comunicações*, decorre, inequivocamente, da jurisprudência constitucional alemã, no sentido de que, apesar de já não estarem em “processo de telecomunicação”, as mensagens – corporizadas e estáticas – continuam a ter a natureza de *telecomunicação* sempre que continuem sob o *domínio fáctico* do *provider*, que as coloca na

⁸ Cf. *infra*, ponto 3.3. desta parte.

“*específica situação de perigo*”, o que justifica o seu enquadramento no direito fundamental da inviolabilidade das telecomunicações⁹.

Com efeito, divergindo da decisão de 2 de março de 2006, onde se lê que *a proteção do segredo das telecomunicações termina no momento em que a mensagem chega ao destinatário e termina o processo de transmissão*, o Tribunal Constitucional alemão decidiu em 16 de junho de 2009 que “a apreensão e confisco de *e-mails* no servidor de correio do *fornecedor* devem ser avaliados à luz do direito fundamental da inviolabilidade das telecomunicações, nos termos do art. 10 I da Lei Fundamental”¹⁰.

Foi então posta em causa a apreensão de emails armazenados em servidor de correio eletrónico e o Tribunal entendeu que, ao preverem este meio processual, os §§ 94 e ss. do Código de Processo Penal alemão restringem o direito à inviolabilidade das telecomunicações, com respeito pela Lei Fundamental, nomeadamente no que se refere ao princípio da proporcionalidade. Da decisão decorre ainda que o âmbito de proteção da disposição constitucional que consagra o direito fundamental da inviolabilidade das telecomunicações vai além das *ingerências* nas comunicações, nomeadamente das que ocorrem nos termos previstos no § 100a do Código de Processo Penal (*interceção de telecomunicações*).

O que a decisão de 2009 traz de novo, por comparação com a de 2006, reside, precisamente, em se ter admitido que também viola o artigo 10.º I da Lei Fundamental o “conhecimento ilícito do comunicado” que seja adquirido *já depois de terminado* o processo de comunicação. Entendia-se que a violação da norma constitucional poderia resultar quer da interceção em sentido estrito quer do conhecimento ilícito do comunicado, mas sempre *durante* o processo de comunicação. O que passou a entender-se foi que a violação da norma constitucional também pode resultar do que se conhece ilicitamente depois de o processo de comunicação ter terminado¹¹.

3.3. Também o Acórdão n.º 91/2023 vai no sentido de que se inclui no âmbito de proteção da inviolabilidade das comunicações a *comunicação* resultante de *processo de comunicação* já terminado, com a consequência de

⁹ Na conclusão, COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, *op. cit.*, comentário ao artigo 194.º, § 28.

¹⁰ Cf., respetivamente, *BVerfGE* 115, 166 e *BVerfGE* 124, 43-77.

¹¹ Para esta precisão, cf. RIDAURA MARTÍNEZ, “El legislado ausente del artículo 18.3. de la Constitución (la construcción pretoriana del derecho al secreto de las comunicaciones)”, *op. cit.*, p. 366, e, ainda, ROMEO CASABONA, “La protección penal de los mensajes de correo electrónico y de otras comunicaciones de carácter personal a través de internet”, *Derecho y conocimiento*, 2 (2002), p. 126.

também haver violação do artigo 34.º da CRP quando houver “conhecimento ilícito do comunicado”, adquirido já fora do processo de comunicação. Entendemos, porém, divergindo neste ponto daquele Acórdão, que há violação do n.º 1 do artigo 34.º, mas já não do seu n.º 4, o qual vale exclusivamente para o *processo de comunicação*, daí decorrendo consequências relevantes, nomeadamente que a busca e a apreensão de correio eletrónico, no exercício de poderes sancionatórios em processo contraordenacional por práticas restritivas da concorrência, *está fora do âmbito da proibição de ingerência* das autoridades públicas nas telecomunicações e demais meios de comunicação, na medida em que a proibição ditada por aquele n.º 4 vale apenas quando ainda esteja em curso o processo de comunicação.

Não é indiferente do ponto de vista da ingerência das autoridades públicas nas comunicações privadas a distinção entre *processo de comunicação* e *comunicação* (o já comunicado). Se em relação ao *processo de comunicação* é de defender a regra da proibição de ingerência, ressalvados os casos legalmente previstos em matéria de processo criminal, já em relação ao *comunicado* é de admitir, em geral, a intromissão nas mensagens que ainda se encontrem em caixa de correio eletrónico virtual, desde que a restrição do direito respeite as exigências postas pelo princípio da proporcionalidade, segundo o preceituado no n.º 2 do artigo 18.º da CRP. Isto é: a CRP *proíbe a ingerência* das autoridades públicas nas comunicações em *toda e qualquer processo contraordenacional*. Já não proíbe, porém, a busca e apreensão de mensagens localizadas em caixa virtual de correio, desde que a restrição do direito à inviolabilidade das comunicações seja *adequada, necessária e proporcionada* à salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (artigos 34.º, n.º 1, e 18.º, n.º 2, da CRP).

É este o sentido que damos aos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º da CRP: no n.º 1 protegem-se as comunicações estabelecendo a inviolabilidade do *processo de comunicação* e do já *comunicado* através de correio eletrónico, isto é, são também protegidas mensagens que continuam a ter *natureza de comunicação*, não obstante a cessação desse processo; no n.º 4 protege-se apenas o *processo de comunicação*, estabelecendo uma “*regra constitucional específica*”¹², que proíbe toda a *ingerência* das autoridades públicas, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.

A diferença de proteção, que no direito constitucional português é coberta por uma *regra constitucional específica* contida no n.º 4 do artigo 34.º, advém da *específica situação de perigo* decorrente da posição de domínio

¹² Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 687/2021.

exclusivo por parte de um terceiro enquanto dura a transmissão da mensagem. Diferentemente do que sucede depois da transmissão quando um terceiro *partilha* o domínio com o destinatário. Neste caso, a *situação de perigo* que subsiste é, seguramente, diferente. Conclui, com razão, Nuno Brandão, que “ao contrário do que sucede quando ainda está a caminho, período durante o qual o controlo sobre ela é exclusivamente detido pela entidade sua emissária, chegando a mensagem ao destino o seu recetor passa a ter controlo sobre ela. Ainda que se trate de um domínio partilhado com o *fornecedor*, já é um domínio suficiente para garantir uma autotutela que torne dispensável a proteção reforçada do direito à inviolabilidade das comunicações assegurada pelo art. 34.º/4 da Constituição”¹³. O limite temporal final da *proibição de ingerência* é a receção e disponibilidade da mensagem por parte do destinatário, o que coincide com o *termo final* do processo de comunicação. Entendemos, porém, que, embora o processo de comunicação finde, subsiste em relação ao que foi comunicado a tutela constitucional da inviolabilidade das comunicações privadas à luz do n.º 1 do artigo 34.º da CRP.

III. Âmbito da ressalva quanto à proibição constitucional de ingerências nas comunicações privadas

No n.º 4 do artigo 34.º proíbe-se toda a ingerência das autoridades públicas nas comunicações privadas, *salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal*. O entendimento constante e reiterado, da doutrina e da jurisprudência¹⁴, de que a ressalva vale exclusivamente para os processos criminais foi quebrado na jurisprudência constitucional, em 2023, quando estendeu a ressalva a uma parte dos processos contraordenacionais.

Ainda que por maioria¹⁵, no Acórdão n.º 91/2023 a norma constitucional é interpretada no sentido de não estar limitada ao processo criminal a possibilidade de ingerência das autoridades públicas nas comunicações privadas. À questão de saber o que é “matéria de processo criminal”, respondeu-se que “é todo o domínio da regulação que participe da natureza própria

¹³ Cf. “As grandes contra-ordenações e os seus desafios actuais”, *III Jornadas do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão. Direito das Contraordenações nos tempos actuais*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários (*E-book*), 2022, p. 48 e ss.

¹⁴ Assim, por todos, GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, anotação ao artigo 34.º, pontos VII e IX. Na jurisprudência, cf., entre outros, com destaque para os mais recentes, os Acórdãos n.ºs 403/2015, 420/2017, 464/2019 e 687/2021.

¹⁵ Note-se, porém, que a interpretação foi depois acolhida no Acórdão n.º 314/2023 por unanimidade. Note-se, ainda, que a interpretação que fez vencimento no Acórdão n.º 91/2023 era a defendida em duas declarações de voto, apostas ao Acórdão n.º 464/2019.

do ‘direito penal total’, cuja propriedade essencial é a função específica de proteção dos bens fundamentais da vida em comunidade organizada, através da prevenção de lesões futuras e da repressão de lesões passadas”. É, por outras palavras, todo o domínio da regulação de bens jurídicos com dignidade penal, o que abrange quer os que são também necessitados de pena e são, por isso, protegidos pelo direito penal quer os bens jurídicos dignos de tutela penal que dela não necessitem e que são, por isso, protegidos por outros ramos do direito, nomeadamente pelo direito contraordenacional.

No Acórdão n.º 533/2024 reitera-se depois o entendimento, que era unânime na jurisprudência constitucional, de que o n.º 4 do artigo 34.º estabelece “uma proibição absoluta de ingerência nas telecomunicações fora do quadro jurídico-processual penal, entendido em sentido *formal e próprio*”.

É também este o nosso entendimento, considerando quer o elemento literal, do qual decorre que da proibição de toda a ingerência nas comunicações privadas são ressalvados apenas os casos previstos na lei em matéria de processo criminal, quer a natureza da norma, uma regra da qual resulta uma proibição absoluta que admite unicamente uma exceção bem definida¹⁶. Além de que a interpretação adotada no Acórdão n.º 91/2023 abre a possibilidade de ingerências nas comunicações privadas, ao abrigo do artigo 34.º, n.º 4, da CRP, em matérias que vão além das de processo criminal e contraordenacional, uma vez que não é de excluir a existência de bens jurídicos com dignidade penal que sejam suficientemente tutelados por ramos do direito que não tenham sequer natureza sancionatória.

IV. Reserva de juiz na intromissão nas comunicações via correio eletrónico quando a visada é pessoa coletiva

1. A CRP consagra, no artigo 34.º, o direito fundamental à inviolabilidade das comunicações privadas. Por força do princípio da universalidade, que é afirmado no artigo 12.º, n.º 1, *todos os cidadãos* – e não todas as pessoas – gozam desse direito fundamental. No que se refere às pessoas coletivas, gozam deste direito fundamental apenas *se for compatível com a sua natureza*, de acordo com o preceituado no artigo 12.º, n.º 2¹⁷.

¹⁶ Assim, na doutrina mais recente, REIS NOVAIS, “O Tribunal Constitucional e o Acesso aos Metadados das Comunicações pelos Serviços de Informação”, *Revista Portuguesa de Direito Constitucional*, 1 (2021), p. 9 e ss. Para uma apreciação crítica do Acórdão n.º 91/2023, que acompanhamos no essencial, NUNO BRANDÃO, “Apreensão de Webmail em Processo Contraordenacional e Reserva de Processo Criminal – Contraponto a uma Nova Jurisprudência Constitucional Duplamente Equivocada”, *Revista Portuguesa de Direito Constitucional*, 3 (2023), p. 229 e ss.

¹⁷ Sobre o sentido da norma constitucional, em geral, GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da*

Sublinhando a dimensão “eminente pessoal” do direito à inviolabilidade do domicílio, da correspondência e de outros meios de comunicação privada, Gomes Canotilho e Vital Moreira excluem as pessoas coletivas do âmbito subjetivo de proteção destes direitos, cuja associação para efeitos de positividade normativo-constitucional está justificada pela proteção de bens jurídicos fundamentais comuns (“dignidade da pessoa, desenvolvimento da personalidade, e sobretudo garantia da liberdade individual, autodeterminação existencial, garantia da privacidade nos termos do artigo 26.º”). Sem prejuízo de as pessoas coletivas gozarem de proteção ao abrigo de outros direitos (“liberdade de associação, liberdade de empresa, direito de propriedade, etc.”)¹⁸.

A exclusão das pessoas coletivas do âmbito subjetivo de proteção do direito à inviolabilidade das comunicações privadas assenta na ligação que é estabelecida entre este direito e o “direito à privacidade”. Concebe-se o “direito à inviolabilidade das comunicações” (correspondência e outros meios de comunicação privada) como garantia do “direito à privacidade”. A este entendimento, que ao sublinhar a dimensão eminentemente pessoal do direito à inviolabilidade das comunicações exclui do seu âmbito subjetivo as pessoas coletivas, contrapõe-se o que *autonomiza* o direito fundamental à inviolabilidade das comunicações privadas do direito fundamental à privacidade. O que se protege do ponto de vista constitucional, nomeadamente no artigo 34.º da CRP, é a comunicação em si, prescrevendo-se a sua inviolabilidade, *independentemente* de o seu conteúdo contender com a reserva da intimidade da vida privada e familiar. Neste sentido, pode dizer-se, conforme assinalado pelo Tribunal Constitucional de Espanha, relativamente ao artigo 18.º, n.º 3, da Constituição espanhola, que o conceito de “inviolabilidade” tem carácter “formal”, no sentido de que “se aplica ao que é comunicado, independentemente do seu conteúdo e de o próprio objeto da comunicação pertencer ou não à esfera pessoal, íntima ou reservada”¹⁹. Consequentemente, estamos perante um direito que, pela sua

República Portuguesa Anotada, op. cit., anotação ao artigo 12.º, e JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Volume I, Coimbra: Wolters Kluwer / Coimbra Editora, 2010, anotação de Jorge Miranda ao artigo 12.º.

¹⁸ Cf. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., anotação ao artigo 34.º, pontos I, III e IV e XIII.

¹⁹ Cf. STC 114/1984, de 29 de novembro, disponível em www.tribunalconstitucional.es. Neste sentido, na doutrina espanhola, entre outros, JIMÉNEZ CAMPO, “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 7(20) (1987), p. 38 ss., e OCÓN GARCIA, “Constitución y secreto de la comunicaciones: desafíos tecnológicos para el derecho fundamental”, op. cit., p. 96.

natureza, pode ser gozado pelas pessoas coletivas e cujo gozo é compatível com a sua natureza²⁰.

Este outro entendimento, que autonomiza o direito à inviolabilidade das comunicações privadas de outros direitos fundamentais é defendido, também entre nós, na doutrina e na jurisprudência constitucional. Costa Andrade salienta, relativamente ao crime de violação de telecomunicações, que não se trata aqui da “privacidade em sentido material” mas, antes, de um caso paradigmático da “privacidade em sentido formal”, pelo que “é indiferente o conteúdo das missivas ou telecomunicações, não se exigindo que versem sobre coisas privadas ou íntimas nem que contendam com segredos. Pode tratar-se de matérias inteiramente anódinas, da troca de informações comerciais entre empresas ou mesmo da circulação de ofícios ou protocolos entre órgãos ou agentes da Administração Pública”²¹. Aderindo a este entendimento e louvando-se em jurisprudência anterior, o Tribunal Constitucional entendeu no Acórdão n.º 91/2023 que “a proteção das comunicações entre pessoas dispõe de assento constitucional próprio, nos termos do disposto nos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º da Lei Fundamental. Como se afirmou no Acórdão n.º 241/2002, «[i]ndependentemente da questão de saber se o sigilo das telecomunicações se inscreve sempre, numa relação de especialidade, com a tutela da vida privada (sendo embora seguro que o direito a tal sigilo garante o direito à reserva da intimidade da vida privada) certo é que aquele tem na Constituição um tratamento específico», que deriva do regime consagrado em matéria de inviolabilidade da correspondência e dos outros meios de comunicação privada. Quer isto dizer que, não obstante o direito à inviolabilidade das comunicações constituir uma refração de outros direitos constitucionalmente tutelados (como o direito à reserva da intimidade da vida privada), a Constituição autonomizou a proteção de uma esfera de privacidade e de sigilo no domínio específico das comunicações interpessoais, associando-lhe uma garantia constitucional autónoma face àquela que já decorreria do n.º 1 do artigo 26.º da Constituição”. Isto é, “a garantia da inviolabilidade da correspondência que decorre dos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º não supõe o caráter

²⁰ Assim concluem, apesar de a Constituição espanhola não ter norma equivalente ao nosso artigo 12.º, n.º 2, JIMÉNEZ CAMPO, “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, *op. cit.*, p. 51 s., OCÓN GARCIA, *El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones ante nuevos escenarios tecnológicos*, Universidad de la Rioja, 2020, p. 40 ss., e NEIRA PENA, “La interceptación de las comunicaciones de la persona jurídica investigada”, *Justicia*, 2 (2016), p. 423 ss.

²¹ Cf. *Comentário Conimbricense do Código Penal*, *op. cit.*, comentário ao artigo 194.º, § 5. No mesmo sentido, NUNO BRANDÃO, “Apreensão de Webmail em Processo Contraordenacional e Reserva de Processo Criminal – Contraponto a uma Nova Jurisprudência Constitucional Duplamente Equivocada”, *op. cit.*, p. 221.

pessoal ou particular do conteúdo da mensagem, não sendo posta em causa nem pelo facto de os endereços de correio eletrónico serem ‘profissionais’, nem pela eventualidade de o conteúdo das mensagens não se ligar à esfera da vida privada das pessoas envolvidas no circuito comunicativo. A autonomização da proteção da inviolabilidade das comunicações face ao direito à reserva da intimidade da vida privada tem justamente este sentido: a Constituição garante a segurança das comunicações, independentemente da qualidade do destinatário ou da natureza da mensagem”.

Concordando que o artigo 34.º da CRP consagra direitos que se autonomizam do da reserva da intimidade da vida privada e familiar, que o que se protege é a *privacidade formal*, é de concluir que as pessoas coletivas gozam da tutela constitucional da inviolabilidade das comunicações privadas, por se tratar de direito que é compatível com a sua natureza. Sem que isso signifique, porém, como já advertiu o Tribunal Constitucional²², que a aplicabilidade da norma constitucional nesse domínio opere exatamente nos mesmos termos e com a mesma amplitude com que opera relativamente às pessoas singulares. Uma das questões que se coloca é, precisamente, a de saber se a aplicabilidade da norma está reservada ao juiz quando a visada é pessoa coletiva. A divergência entre os Acórdãos n.ºs 91/2023 e 533/2024, reside, precisamente, na resposta dada a esta questão, uma vez que, ainda que com fundamentação divergente, em ambos se entende que é constitucionalmente conforme norma que permita a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico, em processo contraordenacional por prática restritiva da concorrência.

2. No Acórdão n.º 91/2023 a resposta foi no sentido de a busca e apreensão de mensagens em caixa de correio eletrónico, em processo contraordenacional por práticas restritivas da concorrência por parte de pessoa coletiva, integrar a reserva de juiz, o que ditou o juízo de inconstitucionalidade da norma que permite que a apreensão seja autorizada pelo Ministério Público. Quanto a esta questão foi reiterada a jurisprudência constante do Acórdão n.º 687/2021, mediante o qual o Tribunal Constitucional se havia pronunciado no sentido da inconstitucionalidade de norma segundo a qual o Ministério Público, na qualidade de autoridade judiciária, pode autorizar, ordenar ou validar a apreensão de mensagens de correio eletrónico em fase de inquérito processual penal, por violação dos

²² Cf. Acórdão n.º 198/85.

artigos 18.º, n.º 2, e 32.º, n.º 4, do Código de Processo Penal. Entendeu-se que a solução “não satisfaz, de modo algum, as exigências constitucionais de necessidade e proporcionalidade em sentido estrito das intervenções restritivas em matéria de direitos fundamentais, decorrente do artigo 18.º, n.º 2, da CRP, nem a específica imposição de intervenção de um Juiz de Instrução Criminal nos atos de inquérito que diretamente contendam com direitos fundamentais, consagrada no artigo 32.º, n.º 4, da CRP”.

Já o Acórdão n.º 533/2024 foi no sentido de aquela intromissão em caixa de correio eletrónico não integrar a reserva de juiz, por quatro razões que a própria decisão sumariza: “(i) porque não está em causa qualquer ingerência na autodeterminação comunicativa; (ii) porque a norma fiscalizada não se integra no ordenamento processual do crime e, como tal, não se encontra sujeita à observância do respetivo regime especial de garantias (artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa); (iii) porque a Lei Fundamental não impõe que esse tipo de ingerências na privacidade sejam subordinadas a autorização ou validação por Juiz, mesmo no domínio criminal, como não existe exigência nesse sentido sobre intrusões na liberdade de empresa ou na autodeterminação informacional (cfr. artigos 61.º e 35.º, n.º 4, ambos da Constituição da República Portuguesa); (iv) porque os controlos garantidos pela Lei, pelo Ministério Público antes da ingerência e a sindicância jurisdicional, depois, concretiza e excede os *standards* de Direito europeu sobre defesa da privacidade de ordem económica, alinhando o ordenamento com a jurisprudência europeia”.

3. Apesar de as pessoas coletivas gozarem do direito à inviolabilidade das comunicações, consagrado no artigo 34.º, n.º 1, da CRP, estamos perante um direito cujo gozo não opera exatamente nos mesmos termos com que opera relativamente às pessoas singulares, nomeadamente no que diz respeito à competência que é reservada ao juiz.

3.1. Ao direito à inviolabilidade das comunicações das pessoas coletivas não é associável uma qualquer dimensão *eminente* pessoal que justifique a reserva de juiz. Não correspondendo ao direito à inviolabilidade das comunicações privadas de que gozam as pessoas coletivas uma qualquer refração particularmente intensa e valiosa de um direito, mais geral, à privacidade – uma qualquer refração do interesse individual na reserva de intimidade da vida privada –, é de concluir que é constitucionalmente conforme a norma que permita ao Ministério Público autorizar, ordenar ou validar a apreensão de

correio eletrónico em processo penal ou contraordenacional. Como não está em causa a *privacidade* em sentido *material* – apenas em sentido formal –, como não se trata da restrição de um *direito eminentemente pessoal*²³, a autorização, ordem ou validação não integram o âmbito da reserva constitucional de juiz.

É esta a solução homóloga para as buscas no domicílio dos cidadãos em processo penal e em processo contraordenacional por práticas restritivas da concorrência (artigos 177.º do Código de Processo Penal e 19.º do *Novo Regime Jurídico da Concorrência*, respetivamente), as quais integram o âmbito da reserva constitucional de juiz (artigos 34.º, n.ºs 2 e 3, e 202.º, n.º 2, da CRP), diferentemente das buscas em lugar reservado ou não livremente acessível ao público em que sejam visadas pessoas coletivas (artigos 174.º, n.ºs 2 e 3, do Código de Processo Penal e 18.º, n.ºs 1, alínea *a*), e 2, e 21.º do *Novo Regime Jurídico da Concorrência*, respetivamente), as quais podem ser autorizadas ou ordenadas pelo Ministério Público.

O entendimento de que o âmbito normativo de proteção do artigo 34.º, n.º 2, da CRP não inclui a sede e o domicílio profissional de pessoas coletivas, não estando por isso na competência reservada do juiz ordenar a busca que aí se realize, foi até já sufragado pelo Tribunal Constitucional nos Acórdãos n.ºs 593/2008 e 596/2008, com o argumento de que “a inviolabilidade do domicílio a que se refere o artigo 34.º da CRP exprime, numa área muito particular, a garantia do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar”, o que é estranho à natureza das pessoas coletivas.

3.2. No Acórdão n.º 687/2021, cuja jurisprudência foi reiterada no de 2023, não foi considerada, expressamente, a natureza da pessoa visada – cidadão ou pessoa coletiva, mas o que é facto é que o Tribunal associou a titularidade do direito à inviolabilidade das comunicações aos “cidadãos” e ligou-o, recorrentemente, ao direito à reserva da intimidade da vida privada consagrado no artigo 26.º, cuja natureza eminentemente pessoal é por todos apontada: “(...) os direitos fundamentais potencialmente afetados pelas normas questionadas são os direitos à inviolabilidade da correspondência e das comunicações (consagrado no artigo 34.º, n.ºs 1 e 4, da CRP), e à proteção dos dados pessoais no âmbito da utilização da informática (nos termos do artigo 35.º, n.ºs 1 e 4, da CRP), enquanto refrações específicas do direito à reserva de intimidade da vida privada, (consagrado no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição)”; “trata-se, como se afirmou, de uma refração do

²³ Cf. *supra*, ponto 1 desta parte.

direito geral à reserva de intimidade da vida privada, consagrado no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição”; “a diversidade das formas de transmissão da informação privada e dos respetivos suportes não justifica uma diferença de tutela jusconstitucional, na medida em que esta visa garantir, do ponto de vista *material*, a possibilidade de comunicação privada, enquanto refração do interesse individual na reserva de intimidade da vida privada”; “é admissível uma restrição aos direitos fundamentais ao *sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada* (consagrado no artigo 34.º, n.ºs 1 e 4, da CRP), à *proteção dos dados pessoais*, no domínio da utilização da informática (que decorre da norma do artigo 35.º, n.ºs 1 e 4, da CRP), núcleos de *reserva de intimidade da vida privada* específica e intensamente tutelados pela Lei Fundamental, como a que se configura no regime jurídico instituído pelos preceitos questionados?”; “(...) considerando todos os argumentos até agora aduzidos, não se duvida de que os interesses prosseguidos pela investigação criminal constituem razões legítimas para uma afetação restritiva dos direitos fundamentais à inviolabilidade da correspondência e sigilo das comunicações (artigo 34.º, n.ºs 1 e 4, da CRP), e à proteção dos dados pessoais, no domínio da utilização da informática (artigo 35.º, n.ºs 1 e 4 da Lei Fundamental), enquanto manifestações particular e intensamente tuteladas da reserva de intimidade da vida privada (n.º 1 do artigo 26.º da CRP)”.

Especificamente quanto à autorização, ordem ou validação por parte do Ministério Público, o Tribunal também não deixou tal ligação para trás: “a restrição de tais direitos especiais, que correspondem a refrações particularmente intensas e valiosas de um direito, mais geral, à privacidade, não pode deixar de respeitar não apenas as condições genericamente impostas pelo texto constitucional para qualquer lei restritiva de direitos fundamentais, nos termos do artigo 18.º, n.º 2, da CRP, como a exigência específica, em sede de processo criminal, de intervenção de um juiz, consagrada no artigo 32.º, n.º 4, da Constituição”.

O que se impunha, por isso, questionar no Acórdão n.º 91/2023 era se um tal entendimento era transponível para o domínio do processo contraordenacional quando o visado é uma pessoa coletiva. Segundo jurisprudência do próprio Tribunal não basta afirmar que o gozo de determinado direito fundamental por parte da pessoa coletiva é *compatível* com a sua natureza, pois daí não se segue que a sua aplicabilidade nesse domínio vá operar exatamente nos mesmos termos e com a mesma amplitude com que opera relativamente às pessoas singulares. De resto, de acordo com a jurisprudência firmada nos Acórdãos n.ºs 593/2008 e 596/2008 não

pode afirmar-se, como se afirma no Acórdão n.º 91/2023, que “também em processo contraordenacional por prática restritiva da concorrência, a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico marcadas como abertas apenas será constitucionalmente viável se for, em regra, precedida da intervenção do juiz de instrução. Isto é, se for sujeita a um *controlo judicial prévio*, destinado a aferir, à semelhança do que ocorre com a realização de buscas domiciliárias, a gravidade da infração investigada, a relevância dos meios de prova procurados, o nível da indicição da participação da empresa ou associação de empresas envolvidas e a razoabilidade da convicção de que a diligência pretendida é indispensável para a descoberta da verdade dos factos ou de que a prova tida em vista seria impossível ou muito difícil de obter por meios alternativos, menos intrusivos para os direitos do(s) visado(s)”.

Com efeito, a semelhança com as buscas domiciliárias, que é destacada no Acórdão, cessa na hipótese de a pessoa investigada ser uma pessoa coletiva. Dizendo de um outro modo: à semelhança do que sucede com as buscas não domiciliárias em que são visadas pessoas coletivas, a apreensão de mensagens em caixa de correio eletrónico pode ser autorizada pelo Ministério Público quando a visada seja pessoa coletiva. Isto, porque ao direito à inviolabilidade das comunicações das pessoas coletivas não se associa, de todo, a *dimensão pessoal* que, a existir, imporia a intervenção judicial prévia. Dimensão pessoal que é estranha à natureza das pessoas coletivas e que levou o Tribunal Constitucional a entender naqueles Acórdãos de 2008 que a busca em lugar reservado ou não livremente acessível ao público em que sejam visadas pessoas coletivas não integra a reserva de juiz. Da análise da jurisprudência constitucional, de que o Acórdão n.º 533/2024 é mais um exemplo, pode até inferir-se que o artigo 32.º, n.º 4, segunda parte, da CRP, reserva ao juiz de instrução a prática dos atos que se prendam com direitos fundamentais de *natureza eminentemente pessoal* (por exemplo, o direito à reserva da intimidade da vida privada ou familiar – artigo 26.º da CRP) ou aos quais se associe uma *dimensão eminentemente pessoal* (por exemplo, direito à inviolabilidade das comunicações quando o titular seja uma pessoa singular – artigo 34.º da CRP).

Por outro lado, o legislador não despreza o *princípio da proibição do excesso* a que o n.º 2 do artigo 18.º da CRP sujeita a restrição do direito à inviolabilidade das comunicações (artigo 34.º, n.º 1) se, em processo penal ou contraordenacional em que o visado seja pessoa coletiva, a busca e a apreensão de mensagens em caixa de correio eletrónico for apenas precedida da autorização ou ordem do *Ministério Público*. Isto é, se for sujeita a um *controlo judiciário prévio*, destinado a aferir, à semelhança do que ocorre com

a realização de buscas em lugar reservado ou não livremente acessível ao público (*buscas não domiciliárias*), se a restrição do direito à inviolabilidade das comunicações é *necessária* para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Além de não ser compreensível a afirmação de que a autorização do Ministério Público “não satisfaz, de modo algum, as exigências constitucionais de necessidade e proporcionalidade em sentido estrito das intervenções restritivas em matéria de direitos fundamentais, decorrente do artigo 18.º, n.º 2, da CRP”²⁴, o Acórdão n.º 91/2023 não ponderou devidamente, a par da natureza coletiva da pessoa visada, que o Ministério Público é um outro órgão de administração da justiça. É uma *magistratura hierarquizada* que goza de *estatuto próprio e de autonomia*, à qual a CRP reconhece, por isso, a qualidade de *autoridade judiciária* nos artigos 27.º, n.º 3, alínea f), e 219.º, n.ºs 1, 2 e 3, e, em geral, no Título V da Parte III – *Tribunais* – onde está inserido. Do ponto de vista da lei, o estatuto e a autonomia resultam, entre outros, dos artigos 1.º, 3.º, 96.º, 97.º, n.ºs 1 e 2, do *Estatuto do Ministério Público*, 1.º, alínea b), 53.º e 54.º do Código de Processo Penal e 3.º, n.ºs 2 e 3, da *Lei da Organização do Sistema Judiciário*. No Acórdão n.º 7/87, a pronúncia do Tribunal Constitucional pela não inconstitucionalidade da norma que defere ao Ministério Público a competência para ordenar ou autorizar buscas não domiciliárias no inquérito em processo penal, fundou-se, precisamente, no estatuto de *autoridade judiciária* que lhe é inerente, estatuto que o diferencia de outras autoridades, nomeadamente das autoridades de polícia criminal²⁵.

²⁴ Sobre isto, com pertinência, RUI CARDOSO, “A apreensão de correio electrónico após o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 687/2021: do juiz das liberdades ao juiz purificador investigador?”, *Revista Portuguesa de Direito Constitucional*, 1 (2021), p. 150 e ss.

²⁵ Sobre o alcance do Acórdão n.º 7/87 em matéria de buscas e, em geral, sobre a partilha de competências entre o Ministério Público e o juiz de instrução, MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 2023, p. 101 ss. e, em especial, p. 109 s.