

O ACESSO (UNILATERAL E SEM RECURSO A MECANISMOS DE COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA INTERNACIONAL) A DADOS ARMAZENADOS EM SISTEMAS INFORMÁTICOS LOCALIZADOS NO ESTRANGEIRO

THE ACCESS (UNILATERAL AND WITHOUT RESORTING TO INTERNATIONAL JUDICIAL COOPERATION MECHANISMS) TO DATA STORED IN COMPUTER SYSTEMS LOCATED ABROAD*

Rui SOARES PEREIRA
*Universidade de Lisboa**

Sumário: O artigo procura discutir, a partir de um caso (o caso *United States v. Gorshkov-Ivanov*), se (e, em caso afirmativo, em que medida) pode ocorrer o acesso a dados armazenados em sistemas informáticos localizados no estrangeiro, mais concretamente de forma unilateral e fora do quadro do recurso aos mecanismos de cooperação judiciária internacional. Ao invés do que sugerem alguns autores portugueses, no artigo defende-se que a disposição do artigo 15.º, n.º 5 da Lei do Cibercrime portuguesa não poderá, em face da Constituição Portuguesa, ser considerada uma norma habilitante suficiente para esse efeito e que a prova obtida mediante esse tipo de acesso poderá vir a ser considerada inválida por falta de uma habilitação normativa suficiente e também no contexto do sistema constitucional português de proibições de prova.

Palavras-chave: acesso transfronteiriço; dados armazenados em sistemas informáticos localizados no estrangeiro; Lei do Cibercrime; prova inválida

Abstract: The paper seeks to discuss, from a case (the *United States v. Gorshkov-Ivanov* case), whether (and, if so, to what extent) an access to data stored in computer systems located abroad may occur, more specifically unilaterally and outside the framework of resorting to international judicial cooperation mechanisms. Contrary to what is suggested by some Portuguese authors, in the paper it is sustained that the provision of Article 15(5) of the Portuguese Cybercrime Law cannot, in view of the Portuguese Constitution, be considered a sufficient enabling provision for this purpose and that the evidence obtained through this type of access may be considered invalid due to lack of a sufficient enabling provision and also in the context of the Portuguese constitutional system of prohibitions of proof.

Key words: trans-border access; data stored in computer systems located abroad; Cybercrime Law; invalid proof

* Texto elaborado para apresentação no dia 14 de novembro de 2018, em Lisboa, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no contexto do Congresso Internacional *Cooperação Judiciária Penal Transfronteiriça e Garantias Processuais*. É devido um agradecimento a João Gouveia de Caires pelas observações e comentários em relação a uma versão anterior deste texto e a David Silva Ramalho pela indicação dos seus estudos e algumas sugestões de leitura adicionais para o texto que serviu de base à apresentação no referido Congresso.

*Doutor em Direito. Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador do Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais e do Centro de Investigação de Direito Privado. Advogado e Consultor na PLMJ Advogados, SP, RL.

Sumário: 1. Introdução. 2. O caso United States v. Gorshkov-Ivanov. 3. A Lei do Cibercrime portuguesa em matéria de acesso transfronteiriço e a discutível conformidade da solução aí prevista com a Constituição. 3.1. *A solução da Lei do Cibercrime portuguesa e a tese da admissibilidade do acesso transfronteiriço.* 3.2. *Apreciação crítica da solução da Lei do Cibercrime portuguesa: a relevância da soberania e do território e o papel dos Estados na proteção dos direitos.* 4. As possíveis consequências em matéria de prova de um eventual acesso transfronteiriço realizado ao abrigo da Lei do Cibercrime portuguesa, mas em possível desconformidade com a Constituição. 4.1. *Justificação e razão de ordem.* 4.2. *A falta de habilitação normativa suficiente.* 4.3. *A violação do sistema constitucional de proibições de prova.* 5. Considerações finais. 6. Referências

1. Introdução

I. Antes de mais impõe-se agradecer aos membros da organização o convite e a oportunidade para participar neste Congresso Internacional.

O tema da intervenção que se segue pouco ou nada tem a ver com a colaboração premiada abordada na exposição anterior e também não se encontra propriamente relacionado com a questão da presunção de inocência de que se ocupará a exposição subsequente.

Não obstante, a problemática inscreve-se plenamente no tema geral da cooperação judiciária transfronteiriça e garantias processuais, estando desta forma devidamente legitimada (expressão que será doravante particularmente importante) a exposição que se fará de seguida neste Congresso Internacional.

Iremos ocupar-nos do problema do acesso transfronteiriço a dados armazenados em sistemas informáticos situados em países estrangeiros ou também designado problema do acesso (de forma unilateral e sem recurso a mecanismos de cooperação judiciária internacional) a dados armazenados em sistemas informáticos localizados no estrangeiro.

II. A temática – como se sabe – não é nova.

Dela já se ocuparam inclusive de forma desenvolvida e muito atual alguns especialistas em prova digital, aqui merecendo particular destaque, em Portugal, as investigações realizadas por David Silva Ramalho.

A posição deste autor, vertida nos diversos estudos que tem vindo a publicar desde 2013 a esta parte¹, vai, embora com algumas *nuances* ou clarificações e alguns acrescentos, no sentido de considerar admissível o acesso transfronteiriço a dados armazenados em sistemas informáticos situados em países estrangeiros. Em primeiro lugar, no entender deste autor, a Lei do Cibercrime portuguesa permite, malgrado o disposto na Convenção sobre o Cibercrime a esse respeito, a pesquisa de dados informáticos em sistemas informáticos ainda que não estejam situados em território nacional e sem necessidade de recurso à cooperação judiciária (e isto apesar de, ao mesmo tempo, referir o autor em questão que o acesso a sistemas informáticos situados em território nacional fora dos mecanismos de cooperação judiciária se encontra vedado). Em segundo lugar, o autor em questão defende que, para além de eventuais problemas diplomáticos, o não recurso à cooperação judiciária por parte das autoridades portuguesas dificilmente se saldará num problema de invalidez da prova que possa vir a ser obtida em resultado da pesquisa efetuada.

¹ Ramalho (2013), (2014), (2017), e (2018).

Esta posição, fundamentada numa análise detalhada da Convenção sobre o Cibercrime, dos antecedentes dessa Convenção e das tentativas de criação de um protocolo adicional à Convenção por parte do *Transborder Group* e também de algumas experiências jurídicas comparadas (em especial, da Bélgica e de Espanha) tem sido acompanhada por outros autores portugueses, nomeadamente Duarte Rodrigues Nunes².

III. Recorrendo a argumentos jurídicos equivalentes aos utilizados por David Silva Ramalho (v.g. intencionalidade do legislador de não restringir as pesquisas de dados informáticos, o facto de não poderem ser entendidas essas pesquisas como violação da soberania do Estado e a tendente não territorialidade da criminalidade informática), aponta ainda Duarte Rodrigues Nunes argumentos coadjuvantes no sentido da eliminação de eventuais barreiras ao acesso transfronteiriço.

Tais argumentos, de cariz mais pragmático, estão ligados essencialmente aos inconvenientes que uma solução contrária ao acesso transfronteiriço poderia ter para a investigação criminal, ao facto de não estar em causa uma diligência que pressuponha sequer a cooperação de terceiros ou a utilização de mecanismos coercitivos, e ainda à circunstância de os mecanismos de cooperação serem atualmente morosos e de se verificar uma abusiva falta de cooperação por parte de alguns Estados³.

IV. Pareceria, pois, que, em face das investigações realizadas pelos referidos autores, o problema do acesso transfronteiriço se encontraria afinal esvaziado de interesse em Portugal e que, com base nos argumentos jurídicos e argumentos de conveniência apresentados por aqueles autores, a discussão, entre nós, sobre o acesso aos dados armazenados em sistemas informáticos localizados no estrangeiro deveria considerar-se fínida ou, porventura, remetida em termos de possível relevância para o puro domínio da diplomacia ou dos incidentes diplomáticos.

Não discordando das conclusões daqueles autores sobre o sentido e alcance a dar à disposição da Lei do Cibercrime portuguesa no sentido de dar guarida a pretensões das autoridades competentes de acesso transfronteiriço a sistemas informáticos situados em países estrangeiros sem recurso aos mecanismos de cooperação judiciária internacional, gostaríamos ainda assim de procurar discutir nesta ocasião se (e, em caso afirmativo, em que moldes) poderá considerar-se a referida disposição conforme com a Constituição da República Portuguesa e se uma eventual invalidade da prova obtida poderia ser vislumbrada numa situação de acesso transfronteiriço realizada por aquelas autoridades.

V. Atenta a importância que o método do caso tem tido na metodologia de investigação⁴ e de ensino que temos vindo a seguir⁵, propomos fazê-lo a partir da

² Nunes (2018).

³ Nunes (2018), pp. 91-94.

⁴ É clara nesse sentido a proposta recentemente apresentada sobre a probática, ciência da prova ou teoria da prova, em Pereira (2018), pp. 357-365.

⁵ Muito por influência também, importa dizê-lo, da perspetivação particularista e de crítica a certas formas de encarar a dogmática jurídica penal defendida por Mendes (v.g. 2014 e 2016), e da perspetivação dogmática-problemática do crime sugerida por Augusto Silva Dias (v.g. 2008a, pp. 541 e segs., e 2008b, pp. 20 e segs.), com quem temos tido o privilégio de trabalhar e aprender. Naturalmente que a adoção para o direito ou para a dogmática jurídica de uma perspetivação particularista (mesmo que de cariz racional e liberal como defende Mendes) poderia ser criticada se redundasse numa (pura) tónica

referência a um caso real – o caso *United States v. Gorshkov-Ivanov* – referido e explicado de forma mais detalhada por David Silva Ramalho na sua dissertação de mestrado⁶.

Procuraremos depois equacionar se, caso a situação descrita no caso tivesse porventura ocorrido em Portugal, a disposição do artigo 15.º, n.º 5 da Lei do Cibercrime poderia então, à luz da Constituição da República Portuguesa, ser considerada norma habilitante para as autoridades competentes portuguesas realizarem um acesso transfronteiriço aos dados localizados em sistemas informáticos localizados no estrangeiro, como sugerem os autores já referidos.

Finalmente, procuraremos refletir sobre se, perante um acesso (de forma unilateral e sem recurso aos mecanismos de cooperação) a dados armazenados em sistemas informáticos localizado no estrangeiro, mas realizado ao abrigo da referida disposição da Lei do Cibercrime, poderemos ainda assim equacionar a existência de uma invalidade da prova que por esse meio tenha sido obtida pelas autoridades competentes portuguesas.

Antecipando o resultado da exposição subsequente e as considerações finais, é nosso entender que (i) a disposição do artigo 15.º, n.º 5 da Lei do Cibercrime portuguesa é desconforme com a Constituição da República Portuguesa, e que (ii) a prova obtida mediante acesso transfronteiriço (realizado de forma unilateral e sem recurso aos mecanismos de cooperação judiciária internacional) poderá vir a ser considerada inválida por falta de habilitação normativa suficiente e também no contexto do sistema constitucional de proibições de prova.

sem qualquer referência ao sistema de normatividade – cfr. Pereira (2018), pp. 363-364. Mas tal falta de referência ao sistema jurídico e ao sentido do direito não tem necessariamente de suceder nem é desejável que suceda pela mera aceitação das ideias fundamentais da tópica jurídica apesar das críticas que lhe podem ser apontadas (cfr., por exemplo, a descrição e considerações críticas de Atienza (2014a), pp. 37-54), nem tão pouco tal sucederá pela adoção de uma perspetiva particularista. No fundo o que um particularista racional e liberal dirá, do ponto de vista metodológico, é que deveremos atender à riqueza do caso e às suas particularidades (ou seja, partir do pressuposto que qualquer solução para um problema jurídico deverá ser sempre *case specific*) e mostrar-nos abertos às diferentes mundividências que apoiam as diversas metodologias, rejeitando desta forma as atitudes metodológicas de pendor absolutamente sistemático, que recorrem a conceitos abstratos e deduções lógicas meramente formalistas. No domínio do direito penal podemos encontrar a adoção (ainda que eventualmente não consciente) de uma perspetiva particularista nos escritos de Roxin, como refere Mendes, sendo exemplo acabado disso mesmo o recente artigo daquele (2018), ao preferir o recurso a indícios para a distinção das situações em que existe dolo dos casos em que falta o dolo. Contudo, DIAS (2016), p. 150, nota 411, chama a atenção para as limitações ou insuficiências da perspetiva particularista (moral) defendida por Mendes para a compreensão das sociedades contemporâneas multiculturais e dos crimes culturalmente motivados, referindo a esse propósito que o particularismo moral não se mostra capaz de escapar ao relativismo moral e que a compatibilização da diversidade cultural com a integridade da sociedade liberal exige algo mais do que a compreensão e a abertura sugeridas pelo particularismo: nas palavras de DIAS, implica “*um esforço de construção de uma cultura cívica comum, que, com respeito pela diversidade cultural, religiosa, etc., assegure a coesão social e trace consensualmente – e portanto de forma não autoritária – os limites da tolerância*”. Essas críticas, na opinião de Mendes, dificilmente se justificam se tormarmos em consideração o estrito plano metodológico (ético e jurídico) onde a proposta particularista parece pretender (exclusivamente?) situar-se – Mendes (2018), p. 102, nota 270: “*o particularismo moral só tem a ver com a densidade dos problemas éticos e jurídicos*” e “*é defensável tanto no quadro de uma comunidade liberal capaz de integrar as minorias culturais como no interior de cada uma destas minorias culturais*”.

⁶ Uma descrição detalhada do caso surge em Ramalho (2017), pp. 48-49.

2. O caso *United States v. Gorshkov-Ivanov*

Tendo o FBI no final da década de 1990 recebido informação de que teria decorrido uma onda de ataques informáticos dirigidos a várias empresas norte-americanas mediante a realização de acessos ilegítimos, resolveu investigar.

Após ter conseguido identificar os locais de onde partiram os ataques (na Rússia) e localizar os autores (cidadãos russos), decidiu o FBI atrair os autores ao território norte-americano para proceder à sua detenção e julgamento, criando uma empresa fictícia que os contrataria na qualidade de *hackers*.

Estabelecido o contacto com os suspeitos, foi-lhes pedido que dessem provas das suas capacidades, o que estes fizeram, desta forma permitindo ao FBI documentar o *modus operandi* utilizado para comparar com os ataques anteriormente realizados às empresas norte-americanas.

Feita essa comparação foram os suspeitos convidados para uma entrevista de emprego presencial nos EUA, para que pudessem demonstrar, através dos computadores que lhes foram facultados com *software* instalado de *keylogging*, as suas capacidades.

Tendo os suspeitos acedido através dos EUA aos servidores localizados na Rússia, ficou documentada toda a informação por eles introduzida, incluindo nomes de utilizador e palavras-passe. Os suspeitos foram então detidos e o FBI, munido dos nomes de utilizador e palavras-passe dos suspeitos, acedeu aos servidores na Rússia para obter os dados por aqueles armazenados, tendo recolhido uma quantidade muito significativa de informação.

Avaliemos agora este caso à luz da Lei do Cibercrime portuguesa e da Constituição da República Portuguesa.

3. A Lei do Cibercrime portuguesa em matéria de acesso transfronteiriço e a discutível conformidade da solução aí prevista com a Constituição

3.1. A solução da Lei do Cibercrime portuguesa e a tese da admissibilidade do acesso transfronteiriço

I. A Lei do Cibercrime portuguesa contempla no artigo 15.º, n.º 5 a possibilidade de, mediante autorização ou ordem da autoridade competente, nos termos dos n.ºs 1 e 2, ser estendida a pesquisa realizada a dados armazenados noutra sistema informático, ou numa parte diferente do sistema pesquisado, desde que sejam legitimamente acessíveis a partir do sistema inicial, não mencionando (de forma intencional e consciente ao que parece) se esse sistema informático se situa em território português ou no estrangeiro.

Tendo em conta esta disposição, a doutrina portuguesa anteriormente indicada tem entendido que nada impede o acesso transfronteiriço (unilateral e sem recurso aos mecanismos de cooperação judiciária internacional), podendo com base na referida norma considerar-se tal acesso por parte das autoridades competentes portuguesas legitimado por existência de uma base legal expressa, o que assume relevância decisiva, não apenas para a pesquisa de dados transfronteiriça, como também para a apreensão de dados e para a apreensão de

correio eletrónico e de registos de comunicação de natureza semelhante que dependem desse acesso, assim entendido como legítimo.

De acordo com os mesmos autores, não se tratará sequer de uma posição isolada na panorâmica doutrinária, uma vez que expressam idêntico entendimento em relação a disposições congêneres autores estrangeiros.

II. Consideram tais autores que não existe um verdadeiro entrave ou uma justificação suficientemente forte (antes pelo contrário) para impedir o acesso a dados armazenados em sistemas informáticos localizados no estrangeiro fora do quadro dos mecanismos de cooperação judiciária.

Várias razões surgem invocadas: (i) a perceção da reduzida relevância da violação de soberania decorrente deste tipo de pesquisas e apreensões no contexto de processos-crime; (ii) A volatilidade da prova, especialmente tendo em consideração a possibilidade de o arguido, ou alguém a seu pedido, poder eliminá-la a partir de qualquer sistema informático seu enquanto os mecanismos de cooperação judiciária são desencadeados; (iii) a lentidão dos mecanismos de cooperação judiciária; (iv) a ideia de que a Internet é um espaço sem fronteiras; (v) a impossibilidade, em certos casos, de se descobrir o local onde a prova se encontra armazenada (o problema da *loss of location*); (vi) A ideia de que, estando em causa a violação de normas que regulam relações entre Estados e que não visam conferir específicos direitos aos cidadãos na sua relação com o Estado, as únicas consequências negativas que daí possam advir serão no plano supranacional e não no da invalidade da prova⁷.

III. No essencial estarão em causa razões fundamentalmente práticas, as quais não podem ser pura e simplesmente ignoradas ou desconsideradas, aceite-se ou não uma visão do direito mais atenta às consequências práticas⁸ ou até instrumentalista ou pragmatista⁹.

Um tópico frequentemente invocado é o das dificuldades inerentes à cooperação judiciária internacional, que não constitui propriamente um argumento novo ou que deva por si só impressionar em demasia¹⁰.

No entanto, repare-se que mesmo a invocação da soberania dos Estados (utilizada no caso acima referido pelas autoridades russas para contestar a atuação

⁷ Ramalho (2018), pp. 58-59.

⁸ Sobre a relevância da ponderação das consequências no âmbito do elemento teleológico da interpretação da lei, cfr. Cordeiro (2012), pp. 727-728. A ponderação das consequências tem, aliás, sido entendida como uma das evoluções metódicas e dogmáticas demonstrativas da insuficiência do normativismo, exprimindo um sentido do direito que tem na base uma "ética do futuro" e assentando por isso na criação de vínculos jurídicos à luz das fontes e dos princípios do direito – Cortês (2010), pp. 74-79.

⁹ Por exemplo, o realismo jurídico norte-americano, caracteriza-se por ser uma conceção instrumentalista do direito (Lamego (2016), pp. 201-206), tendo como base filosófica o pragmatismo americano (Atienza (2014b), p. 312). Sobre a corrente filosófica pragmatista, cfr. as obras de Bernstein (2010), e Bacon (2012). Sobre as relações entre a corrente filosófica pragmatista e o movimento do realismo jurídico norte-americano e, em particular, o contributo de PEIRCE para este movimento, cfr. Kevelson (1986).

¹⁰ Nesta linha escreve Bachmaier Winter (2013), p. 127: "Every criminal proceeding requiring cooperation by the authorities of another state represents a challenge: added complexity, probable delays, difficulties in communicating in another language, explaining what exactly is required for the criminal investigation and, above all, the differences which exist between the different legal systems involved in the judicial cooperation. All these issues are well known and have often been dealt with by scholars and practitioners".

do FBI) não é considerada argumento suficiente, de acordo com os referidos autores, para impedir o acesso transfronteiriço (unilateral e sem recurso aos mecanismos de cooperação judiciária internacional) e muito menos conduzir a consequências em termos de (in)validade no domínio da prova recolhida.

IV. Dois motivos costumam ser avançados para essa insuficiência.

Por um lado, refere-se que pelo desenvolvimento das novas tecnologias e pelo advento do ciberespaço foi alterado o paradigma subjacente aos conceitos clássicos de soberania e de jurisdição e veio a permitir-se que os Estados procedessem a uma definição (unilateral) do âmbito de aplicação das suas disposições processuais, independentemente das fronteiras do seu território¹¹.

Por outro lado, sustenta-se que, ainda que por força do acesso transfronteiriço se pudesse verificar uma violação dos princípios da territorialidade e da soberania, a única questão a ponderar será a possibilidade de existirem normas no plano do direito interno do Estado que pretende aceder que proibam esse acesso e cominando efeitos sobre a validade da prova assim recolhida¹².

Por assim ser, quando ocorra um acesso transfronteiriço (entenda-se: de forma unilateral e fora do quadro dos mecanismos de cooperação judiciária internacional), e ainda que em eventual violação de normas e princípios de direito internacional, deverá esse acesso, por exemplo no caso português, ser considerado legal e legitimado ao abrigo da disposição do n.º 5 do artigo 15.º da Lei do Cibercrime, que aliás intencionalmente (por opção do legislador nacional de suprimir a limitação territorial que resulta do artigo 19.º da Convenção sobre o Cibercrime) não introduziu qualquer restrição do ponto de vista territorial.

3.2. *Apreciação crítica da solução da Lei do Cibercrime portuguesa: a relevância da soberania e do território e o papel dos Estados na proteção dos direitos*

I. A conclusão dos autores acima referida até pode ser correta (aspeto que analisaremos com maior detalhe em 4.) no que respeita à possível consequência que o acesso transfronteiriço (de forma unilateral e fora do quadro dos mecanismos de cooperação judiciária internacional) deverá ter no domínio da validade da prova e mais concretamente no sistema constitucional de proibições de prova.

Porém, a visão de que partem os autores em questão sobre a soberania e o território (ou jurisdição) e sobre o papel que os Estados desempenham hoje na proteção dos direitos (humanos) não corresponde em rigor à visão que vem sendo adotada pelos cultores do direito constitucional e da teoria das relações internacionais em relação a esses conceitos e categorias mesmo no quadro atual de uma intensificada globalização extensível até ao domínio penal¹³.

A compreensão destas diferentes visões (independentemente da respetiva valia) não é inócua para o problema em discussão, pelo que não pode nem deve ser desconsiderada.

¹¹ Ramalho (2017), pp. 58-65.

¹² Ramalho (2017), pp. 65-66.

¹³ Sobre os traços dessa globalização no domínio penal, cfr., por exemplo, Torrão (2014), pp. 59-96.

II. Desde logo, cumpre sublinhar que o território e a soberania (ou poder político soberano) continuam a ser considerados, a par do povo, elementos constitutivos fundamentais do conceito de Estado¹⁴ e que a soberania mantém relevância mesmo no quadro da “crise do constitucionalismo”¹⁵ (estadual).

Com efeito, entende-se que sobre o seu território (verdadeiro pressuposto existencial) cada Estado exerce um direito de jurisdição, ou seja, tem um âmbito de competência para a imposição de normas jurídicas, que lhe permite exercer senhorio e domínio sobre as pessoas e as coisas¹⁶. É num determinado espaço territorial que se circunscreve o âmbito de aplicação da autoridade soberana do Estado¹⁷.

No caso da soberania (ou poder político soberano) este conceito exprime, na ordem interna, a possibilidade de o Estado submeter todos os poderes aí existentes (prerrogativa de os governantes se fazerem obedecer pelos governados, nos limites fixados pela Constituição e na lei) e, na ordem externa, a colocação do Estado no mesmo plano dos poderes dos restantes Estados na ordem internacional (por razões de independência e igualdade jurídico-formal dos Estados)¹⁸, acrescentando-se que, através dela, se consegue discernir os Estados que são plenamente soberanos dos Estados com soberania limitada e ainda dos Estados semi-soberanos ou de soberania diminuída¹⁹.

Claro que a competência de imposição de normas jurídicas é por vezes exercida nos territórios dos Estados por outras entidades e também não é infrequente no contexto da globalização que a soberania de um Estado surja mitigada ou enfraquecida pelo exercício de poderes por outras entidades. Mas tal opera no quadro ou por força de organizações internacionais ou supranacionais de que os Estados fazem parte²⁰.

Importa também não exagerar o alcance das limitações à soberania decorrentes da participação em organizações desse tipo. A soberania encontra-se por vezes limitada quando um Estado integre uma organização supranacional, uma vez que aí se admite que o Estado possa, em condições de reciprocidade, inclusive delegar, mediante tratado, alguns poderes soberanos²¹. Em todo o caso, no quadro do constitucionalismo estadual atual não se assiste hoje a qualquer perda de centralidade da soberania e do princípio democrático.

Por força até da unidade valorativa que a expressão “Estado de direito democrático” encerra (cfr. artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa), entende-se que certos princípios associados ao princípio fundamental do Estado de direito terão de interagir com outros princípios ligados ao princípio fundamental da democracia, de tal forma que o resultado em termos de perspetivação do

¹⁴ Morais (2017), p. 20.

¹⁵ Refletindo, em particular, sobre a possibilidade de o constitucionalismo ter sucumbido à globalização (económica) em virtude das “aberturas constitucionais” ao transtitucionalismo dos direitos fundamentais, o que leva a equacionar se as constituições terão perdido a sua força e se os “catálogos nacionais” de direito terão sido substituídos pelas cartas de direitos e por um poder supranacional, cfr. Silva (2011).

¹⁶ Alexandrino (2017), pp. 113-115.

¹⁷ Morais (2017), p. 28.

¹⁸ Alexandrino (2017), p. 117.

¹⁹ Morais (2017), pp. 32-33.

²⁰ Brito (2017a), pp. 84-86.

²¹ Morais (2017), pp. 33-34.

constitucionalismo estadual na atualidade se faça tomando em consideração tanto a ideia de Estado de direito (de tendência liberal) como o princípio democrático (não necessariamente acolhido por um Estado liberal). Só assim se poderá vislumbrar a Constituição, quer como limite ao poder do Estado para salvaguarda da liberdade dos indivíduos (elemento do Estado de direito), quer como ponto de legitimação desse poder (elemento democrático)²². Ora, a soberania é atualmente entendida como uma garantia da democracia ou como uma forma de assegurar a legitimidade democrática do poder ao nível dos Estados. Não se trata, pois, de um conceito irrelevante ou desprezível. A soberania exprime aliás, na conceção discursiva por alguns adotada, uma pretensão de um poder ordenador supremo para uma comunidade política, visando estabelecer e sustentar a identidade dessa comunidade política e providenciar uma fonte contínua e um veículo da autoridade final quanto à ordem jurídica dessa comunidade²³.

A própria crise do constitucionalismo (estadual), que surgiu como consequência do reforço das instâncias internacionais e do triunfo do modelo de constituição liberal e que ganhou maior força com a fragmentariedade que a chamada *global law* impôs e a interculturalidade e globalização económica não tem conseguido evitar, apesar da centralização dos discursos na descrença generalizada na força das Constituições e no conteúdo material das normas jurídicas, não obsta a que surjam esforços de recuperação do sentido do constitucionalismo para refundação da força e do papel da Constituição na era global e que recebem o qualificativo de verdadeiros “testes de resistência” ao constitucionalismo baseados no reconhecimento do papel dos direitos fundamentais constitucionais no quadro da internormatividade²⁴. Daí que, mesmo na “atual encruzilhada transnacional” (com uma forte dinâmica de desnacionalização no plano de direito internacional e a que não é nem poderá ficar também alheio o direito penal e o direito processual penal), não se constata (nem sequer no contexto da União Europeia) o envio de conceitos tradicionais, como o conceito de soberania, para os anais da história ou o regresso desses conceitos a fases em que surgiam com um outro conteúdo (por exemplo, a soberania a uma era pré-Bodin)²⁵.

Seja como for, em matéria criminal não se verifica uma limitação à soberania dos Estados, nem sequer mesmo no contexto do direito penal europeu onde as limitações à soberania poderiam ser mais intensas: no espaço europeu, ao invés de os cidadãos serem confrontados com uma força punitiva soberana da União Europeia como direito penal imediatamente aplicável, apenas encontramos algumas áreas esparsas e específicas de legislação penal europeia e em rigor só se pode falar num sistema de justiça em sentido estrito (correspondente a formas de europeização do direito criminal levadas a cabo pela harmonização de direito substantivo e processual e por força de instrumentos normativos de reconhecimento mútuo de decisões em matéria penal)²⁶.

III. Também a visão sobre o Estado e o papel que ele continua a desempenhar na relação com os cidadãos apresentada pelos autores favoráveis ao

²² Medeiros (2015), pp. 91-92 e nota 477, 96-97.

²³ Brito (2017a), pp. 86, 88-89.

²⁴ Silva (2011), pp. 11-16.

²⁵ Medeiros (2015), pp. 154-171. A expressão “atual encruzilhada transnacional” pode encontrar-se, por exemplo, nas pp. 97, 103, 154 e 167.

²⁶ Assim, por exemplo, Ambos (2018), pp. 2-10.

acesso transfronteiriço não se compadece com a discussão atualmente realizada a esse respeito.

Se as teorias dominantes das relações internacionais foram, no contexto de uma possibilidade sempre presente de uma guerra vir a eclodir e de recurso ao equilíbrio como mecanismo de segurança, efetivamente construídas à luz daquilo que se designa por “projeto totalizador ou totalizante”, caracterizado por uma associação indissolúvel entre a soberania (poder político originário e incondicionado), a nacionalidade (exclusivismo identitário) e a territorialidade bem demarcada, os direitos e garantias dos cidadãos não se deixam hoje aprisionar por aquelas teorias²⁷.

Com efeito, esses direitos e garantias reclamam (até como reação ao potencial de violência e de desproteção da pessoa humana que a realidade internacional clássica revelou) a possibilidade de virem a ser afirmados no palco político mundial mesmo contra as pretensões dos respetivos Estados. Este tópico legítima que hoje se questione (como de algum modo vem fazendo parte da doutrina referida que considera legítimo o acesso transfronteiriço fora do quadro da cooperação judiciária internacional) a ideia de uma estrita internacionalidade ou se quisermos de uma internacionalidade nos exclusivos e insuficientes moldes da realidade internacional clássica²⁸.

Isto vale por dizer que os direitos dos cidadãos assumem atualmente importância, não tanto no quadro de uma ordem internacional ou sequer apenas de uma ordem interna, mas sobretudo de uma verdadeira ordem de direito cosmopolita que não se confunde com as duas anteriores e almeja ir para além destas²⁹. No quadro desta nova ordem, os cidadãos, para além de uma proteção mediata (como beneficiários das obrigações dos Estados em sede de conformação da sua ordem interna), gozam também de uma proteção imediata (como verdadeiros titulares de direitos invocáveis perante o Estado ou justificadores de ações de proteção por parte de Estados distintos daqueles dos quais os mesmos são nacionais). Tal ocorre hoje no âmbito do Direito das Nações Unidas (no chamado instituto da “responsabilidade de proteger”), do Estatuto de Roma e da própria Convenção Europeia dos Direitos Humanos, permitindo-se desta forma atribuir aos direitos (humanos) uma relevância internacional de que antes não gozavam na sua plenitude³⁰.

No entanto, isto não significa de alguma forma subalternizar as ordens estaduais em nome de uma ordem global totalizadora, que implique na prática uma espécie de desmantelamento dos Estados. Desde logo, porque a implementação e garantia dos direitos continua a caber primordialmente aos Estados no âmbito de cada ordem interna, uma vez que está em causa pela convocação da ordem de direito cosmopolita sobretudo o aperfeiçoamento dos meios existentes internamente a esse respeito tendo em vista evitar ou corrigir as falhas dos Estados. Por outro lado, não se pode esquecer que a realidade internacional continua a ser caracterizada por uma realidade intercultural, o que

²⁷ Coutinho (2017), pp. 109-110.

²⁸ Coutinho (2017), p. 110.

²⁹ Coutinho (2017), pp. 110-111.

³⁰ Coutinho (2017), pp. 112-117.

significa a impossibilidade de se proceder a uma elaboração unívoca dos direitos (humanos) desligada dos referentes culturais de cada ordenamento jurídico³¹.

IV. Um outro aspeto que vale a pena assinalar prende-se com a invocação das alterações de paradigma (em matéria de soberania e territorialidade) decorrentes do desenvolvimento das novas tecnologias e o advento do ciberespaço³² ou com a não menos comum convocação dos tópicos da tendente ateritorialidade da criminalidade, dos riscos para a investigação criminal ou das vantagens que uma solução de permitir o acesso transfronteiriço comporta para o combate à cibercriminalidade³³.

A situação atual coloca efetivamente desafios novos que poderão justificar novas soluções ou diferentes modelos mesmo ao nível de cooperação judiciária até pelo facto de a atuação das sociedades modernas não se confinar hoje às fronteiras territoriais de um Estado soberano, o que terá de ter necessariamente impacto na perseguição criminal³⁴.

Porém, mesmo admitindo que num contexto global, como é o que hoje se vive, se verifica uma clara erosão dos conceitos e das categorias clássicas do Direito Público (como sejam o de Estado, soberania e constitucionalismo), bem como da intencionalidade classicamente neles envolvida, a verdade é que não é certo que os mecanismos de governança que têm vindo a ser criados por força da globalização (como se nota no caso da Convenção sobre o Cibercrime³⁵) sejam, até pela erosão interna do constitucionalismo (e as dúvidas criadas acerca do futuro das Constituições de cada Estado), suficientes para assegurar a proteção dos direitos dos cidadãos³⁶.

É verdade que a intensificação do fenómeno da globalização coloca inegáveis pressões ao nível do desenvolvimento de mecanismos formais ou informais, mais ou menos institucionalizados, de gestão e regulação dos assuntos da governança internacional ou governança global. O que também significa que, por essa via, se abandona a realidade clássica das relações internacionais em que cada Estado seria autossuficiente nos mais variados planos e seria capaz de definir isoladamente o seu próprio rumo. Todavia, a dificuldade reside em saber se os mecanismos de governança, mesmo irrelevando as suas incongruências e disjunções, estarão verdadeiramente em condições de criar um governo cosmopolita e uma democracia global³⁷.

Não parece que assim seja ou possa ser.

Desde logo, no domínio do que vem sendo designado por “direitos fundamentais em sentido amplo” coexistem vários tipos de discurso: uns estão ligados à matriz nacional dos direitos fundamentais constitucionais em sentido

³¹ Coutinho (2017), p. 117.

³² Ramalho (2017) p. 65.

³³ Nunes (2018), pp. 92-93.

³⁴ Bachmaier Winter (2013), p. 127.

³⁵ Em virtude da limitação de objetivos da Convenção sobre o Cibercrime, de nem todos os Estados serem Parte da Convenção sobre o Cibercrime e não se encontrarem por isso todos sujeitos às suas normas e ainda de mesmo os Estados que são Parte da Convenção sobre o Cibercrime fazerem interpretações unilaterais das normas dela constantes e dos princípios gerais nela plasmados – RAMALHO (2017), pp. 69-72.

³⁶ Medeiros (2015), pp. 7 e segs.

³⁷ Coutinho (2017), pp. 119-121.

estrito (direitos individuais e garantias institucionais); outros encontram-se associados à arena internacional e aspiram a uma matriz universal (direitos humanos); e outros ainda surgem ancorados no reconhecimento de certas comunidades de Estados (direitos fundamentais federativos ou de clube). Ora, não apenas subsistem diferenças metodológicas no momento da aplicação dos direitos fundamentais pelos diferentes tribunais (nacionais e não nacionais), como não é possível concluir que a proteção supranacional conferida hoje aos direitos fundamentais se traduza na prática numa garantia de maior proteção desses direitos³⁸.

No contexto criminal, apesar dos progressos verificados, em termos de consenso e de aplicação extraterritorial, em relação ao direito internacional aplicável aos direitos humanos, parecem ainda assim existir dificuldades de compatibilização do direito internacional e do direito interno com os aspetos transnacionais da justiça criminal, quer na perspetiva de um real *enforcement* do direito, quer na perspetiva de assegurar as garantias dos direitos humanos³⁹.

Ora, é neste enquadramento que poderá residir uma das chaves para solucionar o problema do acesso transfronteiriço.

V. Com efeito, tem-se vindo a reclamar a existência, pelo menos ao nível europeu, de uma harmonização mínima no que se refere às normas e princípios fundamentais em matéria de prova, sugerindo-se inclusive que deverão existir esforços tendo em vista fornecer uma orientação clara ao nível da prova transnacional e para a sua inclusão em normas internas processuais penais dos diferentes Estados-membros⁴⁰.

No caso da Convenção sobre o Cibercrime, tornou-se evidente a incapacidade de esta, por si só, poder dar o seu contributo para a democracia global, mesmo pensando apenas nos objetivos centrais a que a Convenção se propôs e, em especial, no objetivo de estabelecer mecanismos para facilitar a recolha, conservação e transmissão rápida e eficaz da prova localizada em Estado diverso do Estado em que decorre o processo-crime: "*nesta fase, não seria ainda possível elaborar um regime global, legalmente vinculativo, que regulamentasse esta matéria*"⁴¹.

A insuficiência do regime criado era já evidente à data da Convenção sobre o Cibercrime e veio a tornar-se ainda mais manifesta com a chegada da computação em nuvem e a conceção da internet como plataforma⁴². Esse diagnóstico surge também confirmado no quadro das conclusões a que chegou o *Transborder Group* em 2014 tendo em vista o desenvolvimento de um instrumento

³⁸ Silva (2011), pp. 21 e segs.

³⁹ Esse o diagnóstico de Gless/Vervaele (2013), p. 1, ao referirem: "*Due to the widespread ratification of various human rights treaties and their supervision by monitoring bodies and courts, certain procedural rules and fair trial guarantees do apply in the legal order of states and, furthermore, form part of an increasing consensus on international human rights law (IHRL). Despite this development and the increasingly well-accepted idea that human rights norms apply extraterritorially, we cannot state that IHRL and national law have been designed to cope with the transnational aspects of criminal justice, neither from the perspective of effective law enforcement nor from the perspective of ensuring human rights guarantees. We lack due process principles for cross-border investigations, prosecutions and subsequent trials*".

⁴⁰ Bachmaier Winter (2013), p. 145.

⁴¹ Ramalho (2017), pp. 70-71.

⁴² Ramalho (2017), pp. 76-78.

jurídico (um novo Protocolo Adicional à Convenção sobre o Cibercrime) que regulasse o acesso transfronteiriço a dados, já que nessa sede se admitiu que as diferentes soluções possíveis que foram avançadas dificilmente permitiriam alcançar um consenso alargado e vieram, por essa razão, a ser abandonadas⁴³. Não certamente por acaso o referido grupo veio inclusive a admitir que seria expectável a adoção de medidas unilaterais por parte dos Estados, por forma a alargar o âmbito da legislação a dados armazenados em outros Estados, embora tal solução fosse, em sua opinião, indesejável até pelos riscos de os acessos não contemplarem as garantias de segurança necessárias⁴⁴.

Mais ainda: os próprios defensores da possibilidade de acesso transfronteiriço concluem ser afinal *“difícil que venha a formar-se um costume internacional sobre o tema do acesso transfronteiriço, em grande medida por questões de princípio dos Estados que não querem abdicar de qualquer parcela da sua soberania”*⁴⁵.

VI. Não existindo por ora o consenso necessário em matéria de acesso transfronteiriço, então não se pode afirmar a existência de um sistema de proteção de direitos fundamentais verdadeiramente cosmopolita ou global sequer no estrito campo da problemática do acesso transfronteiriço.

Daqui também decorre que o acesso transfronteiriço só deveria poder ocorrer no contexto da cooperação judiciária e, devido à falta de harmonização existente, deveria continuar a ser respeitado o princípio do *forum regit actum*⁴⁶, o que significa que o acesso teria de observar ou, pelo menos, não ignorar, sob pena de violação dos direitos dos arguidos, o sistema processual vigente no local onde se situam os sistemas informáticos onde os dados se encontram armazenados.

VII. Há um outro argumento que pode ser convocado em defesa da possível desconformidade da solução acolhida na Lei do Cibercrime com a Constituição da República Portuguesa.

Esse argumento prende-se com o facto, muitas vezes desconsiderado e ignorado, da vigência, à luz da Constituição da República Portuguesa, de um princípio constitucional implícito de alcance geral de abertura ao direito internacional e até de amizade pelo direito internacional, que assume uma importância decisiva, quer na avaliação de possíveis conflitos normativos envolvendo as autoridades portuguesas, quer no significado que tal princípio assume em torno de uma opção clara do legislador constitucional português por um Estado cosmopolita e por atribuir relevância às constelações internacionais⁴⁷.

4. As possíveis consequências em matéria de prova de um eventual acesso transfronteiriço realizado ao abrigo da Lei do Cibercrime portuguesa, mas em possível desconformidade com a Constituição

⁴³ Ramalho (2017), pp. 78-80.

⁴⁴ Ramalho (2017), p. 81.

⁴⁵ Ramalho (2018), p. 69.

⁴⁶ Bachmaier Winter (2013), p. 145: *“As long as such harmonization is not attained, judicial cooperation regarding witness evidence should be based on the principle of forum regit actum as a first step towards a European transnational criminal proceeding. Otherwise, the mutual recognition principle and the non-inquiry principle would hamper the protection of defence rights and efficiency would not be achieved at the cost of defence rights”*.

⁴⁷ Medeiros (2015), pp. 291-328.

4.1. *Justificação e razão de ordem*

Outro aspeto igualmente relevante será discutir as possíveis consequências em matéria de prova verificado um eventual acesso transfronteiriço realizado ao abrigo da Lei do Cibercrime portuguesa, mas em possível desconformidade com a Constituição da República Portuguesa.

Repare-se que, mesmo quem considera que o acesso se encontra (formalmente) legitimado pela existência de uma base legal expressa (o que é discutível pelas razões que de imediato iremos explicar), não deixa de equacionar a possibilidade de esse acesso ser analisado no plano das proibições de prova, embora o refira essencialmente⁴⁸ à luz do artigo 126.º, n.º 3 do Código de Processo Penal⁴⁹.

Contudo, existe um ponto a discutir antes de ser convocado o plano das proibições de prova e que surge assumido como indiscutível pelos autores favoráveis ao acesso transfronteiriço: a existência ou não de uma base legal suficiente que possa ser convocada pelas autoridades competentes portuguesas para procederem de forma legítima a esse tipo de acesso.

Essa dúvida integra um ponto prévio da discussão sobre a validade da prova obtida mediante acesso transfronteiriço porque a questão da legitimação deste acesso não se esgota na discussão das proibições de prova. Sobretudo, a legitimação daquele tipo de acesso não pode ser desligada da problemática da observância das condições de validade formuladas por um modelo de aquisição probatória genericamente proibitivo (na falta de permissão) ou de permissão condicionada por habilitação legal⁵⁰.

4.2. *A falta de habilitação normativa suficiente*

I. No entender de David Silva Ramalho, o artigo 15.º, n.º 5 da Lei do Cibercrime portuguesa, ao não mencionar (de forma intencional e consciente) se o sistema informático se situa em território português ou no estrangeiro, permitiria concluir (e assim terá sido interpretado por outros autores portugueses e também pelo *Transborder Group*) que o legislador português teria então optado (atenta a letra e o espírito da referida disposição) por suprimir a limitação territorial inicialmente contida no artigo 19.º da Convenção sobre o Cibercrime, desta

⁴⁸ É sabido que o sistema de proibições de prova nacional é, tal como sucede com outros de ordenamentos jurídicos continentais, de base constitucional, estando associado à tutela de direitos fundamentais, desta forma se diferenciando também claramente de ordenamentos jurídicos onde as proibições de prova configuram sobretudo regras de exclusão, ou seja, de regras de disciplina dirigidas (fundamentalmente) à atuação das entidades públicas. Uma explicação sobre o sentido das proibições de prova e as diferenças em relação a alguns ordenamentos jurídicos não continentais, como é o caso do ordenamento jurídico norte-americano, pode ser encontrada em Mendes (2013), pp. 177-178, e, em especial no que tange à prova obtida por particulares, em COSTA (2013).

⁴⁹ Ramalho (2017) p. 89. Não se pode, em todo o caso, daí concluir que o autor em questão restrinja as proibições de prova ao domínio infra-constitucional e ao artigo 126.º, n.º 3 do Código de Processo Penal. Veja-se, *colorandi causa*, a caracterização e as considerações que o autor faz na mesma obra nas pp. 186-202 das proibições de prova como proibições constitucionais.

⁵⁰ A expressão é de Beatriz Brito (2018), pp. 27 e 36, que considera que aquele modelo impõe a observância do princípio da legalidade e do princípio da reserva de lei, sendo as proibições de prova um crivo de aplicação subsequente visando complementar aquele modelo.

forma consagrando (de forma unilateral) a admissibilidade do acesso transfronteiriço pelas autoridades competentes portuguesas. E, existindo então base legal expressa para o fazer (ainda que unilateral), o acesso transfronteiriço por parte dessas autoridades encontrar-se-ia (legalmente) legitimado, restando apenas analisar a questão do acesso transfronteiriço no plano das proibições de prova⁵¹.

Não podemos acompanhar esta posição.

II. Ainda que suportada numa análise da Lei do Cibercrime portuguesa e do processo de adaptação do direito interno português à Convenção sobre o Cibercrime, tal posição é sobretudo fruto de uma opção tomada pelo referido autor entre duas interpretações que o autor vislumbra como sendo as únicas possíveis da citada disposição legal da Lei do Cibercrime portuguesa.

Porém, estranhamente esquece o mesmo autor que, em termos de legitimação (material) de qualquer interpretação de preceitos da legislação ordinária, não podem deixar de assumir relevância decisiva as imposições que surgem formuladas por certos princípios constitucionais (como o princípio da legalidade e da reserva de lei) e que, caso certas disposições legais se mostrem em contradição com princípios constitucionais, deverão as mesmas ser consideradas inválidas se não puderem ser interpretadas em conformidade com a Constituição⁵².

Dizemos estranhamente porque, como o referido autor reconhece noutra ponto da sua dissertação de mestrado (na explicação dos princípios gerais dos métodos ocultos de investigação criminal), não basta a existência de uma habilitação legal (nem sequer uma que seja expressa e específica) para que uma restrição de direitos fundamentais se considere legitimada: por um lado, exige-se densidade normativa da lei que habilita formalmente a restrição, uma vez que só assim se conseguirá determinar “*o conteúdo e extensão da medida restritiva de direitos fundamentais, e prescrever o respetivo regime, incluindo os seus pressupostos materiais, formais, orgânicos e procedimentais*”; por outro lado, exige-se qualidade de lei, no sentido (assumido pelo TEDH) de que “*a norma habilitante da restrição seja suficientemente acessível, precisa e previsível na sua aplicação para evitar o risco de arbitrariedade*”⁵³.

Esse, aliás, é também o sentido de outras investigações recentes em torno das novas tecnologias e legalidade da prova que sublinham: estando os direitos fundamentais abertos ao progresso tecnológico, surge a necessidade “*de reforçar o lastro de aplicação dos princípios jurídico-constitucionais pré-existent*” e “*de*

⁵¹ Ramalho (2017), pp. 83-89.

⁵² No sentido de que toda a interpretação deve orientar-se por uma interpretação conforme à Constituição e que não sendo possível essa interpretação em concordância com os princípios da Constituição ocorrerá invalidade, cfr. Larenz (1997), pp. 479-484. Cfr. ainda Sousa (2012), p. 363 (referindo que a interpretação conforme à Constituição integra o contexto vertical do elemento sistemático da interpretação da lei, impondo a interpretação do direito ordinário de acordo com os preceitos constitucionais e evitando dessa forma interpretações inconstitucionais de normas válidas e a inconstitucionalidade da lei a interpretar), e Brito (2017b), pp. 222-228 (defendendo que a interpretação conforme à Constituição, não sendo um critério de interpretação autónomo, deve ser vista como uma regra de prioridade ou de preferência entre diferentes resultados interpretativos, fundamentando-se no dever dos tribunais de não aplicação de normas inconstitucionais que decorre do artigo 204.º da Constituição da República Portuguesa e também no princípio de constitucionalidade previsto no artigo 3.º da Constituição da República Portuguesa).

⁵³ Ramalho (2017), pp. 223-226.

promover novas formulações garantísticas”, concluindo-se então (a respeito do GPS mas com vocação de aplicação genérica) que “nenhuma restrição de direitos fundamentais implicada na utilização de métodos de aquisição probatória justifica a desproteção do mandato de reserva de lei e do princípio da legalidade” e que hoje até se deverá procurar trilhar um caminho “tendente à expansão da área típica de proteção de direitos fundamentais”⁵⁴.

Ora, neste contexto, e estando em causa algo que corresponde a uma verdadeira busca apesar da designação por vezes utilizada de “pesquisa de dados informáticos”⁵⁵, não parece que se possam considerar cumpridas pelo artigo 15.º, n.º 5 da Lei do Cibercrime portuguesa as imposições constitucionais relevantes nesta matéria: sobretudo, faltará à referida disposição legal a densidade normativa e a qualidade de lei necessárias, que são ainda exigências constitucionais de legitimação à luz do princípio da legalidade e do princípio da reserva de lei.

4.3. A violação do sistema constitucional de proibições de prova

I. Importa agora equacionar as possíveis consequências em termos de proibições de prova de um acesso transfronteiriço realizado ao abrigo da Lei do Cibercrime portuguesa, mas em possível desconformidade com a Constituição da República Portuguesa, em especial se implicar a violação de normas e princípios de direito internacional.

Não estamos perante uma situação paradoxal ou desprovida de sentido. No fundo o que aqui se pretende discutir é se, ainda que o acesso transfronteiriço tenha sido realizado pelas autoridades competentes portuguesas ao abrigo de uma disposição legal que o preveja ou não o proíba, essa conduta poderá ser considerada (materialmente) legitimada, designadamente quando a mesma ponha em causa ou viole mesmo algumas normas ou princípios fundamentais de direito internacional acolhidos pela Constituição da República Portuguesa.

II. As situações de violação de obrigações convencionais ou princípios de direito internacional tornam legítima a dúvida se não estaremos perante uma proibição de produção de prova e, por consequência, também de valoração de prova⁵⁶.

Essa dúvida parece inclusive dever resolver-se no sentido de afirmar a existência de uma proibição de prova quando se constata que estão em causa normas ou princípios da ordem jurídica internacional que se impõem aos próprios ordenamentos nacionais⁵⁷.

A primeira questão será então a de saber se e em que medida podemos considerar que o acesso (de forma unilateral e fora dos mecanismos de cooperação

⁵⁴ Beatriz Brito (2018), pp. 26- 27 e 109-111.

⁵⁵ Nesse sentido, por exemplo, Mesquita (2010), p. 114, ao referir que, não obstante a peculiaridade terminológica do termo “pesquisa”, não se altera a verdadeira natureza processual de busca.

⁵⁶ Andrade (2009), pp. 125-126. Sobre os diferentes sentidos de proibição de prova (como proibições de produção e proibições de valoração), cfr. Mendes (2013), pp. 177-186. Aspecto relevante é também o da distinção que se deve fazer entre as proibições de produção e as proibições de valoração no sentido de não fazer coincidir todas as situações de proibição de produção com todas as situações de proibição de valoração e vice-versa: há algumas proibições de produção não geradoras de proibições de valoração e existem algumas proibições de valoração que são independentes de prévias proibições de produção.

⁵⁷ Ramos (2014), p. 328.

judiciária internacional) a dados armazenados em sistemas informáticos localizados no estrangeiro poderá ser visto como uma violação de normas ou princípios de direito internacional.

III. Tendo até em consideração o que se disse sobre a vigência entre nós do princípio constitucional implícito de alcance geral de abertura ao direito internacional e até de amizade pelo direito internacional⁵⁸, em causa poderá estar desde logo o risco de essa solução poder representar uma violação da Convenção sobre o Cibercrime: por um lado, a contrapartida do consenso obtido entre os Estados; a limitação territorial expressamente consagrada no artigo 19.º; e a previsão da regra de recurso à cooperação internacional nos artigos 33.º e 34.º.

Repare-se que, mesmo quem considera que o recurso a medidas visando ultrapassar o obstáculo do acesso transfronteiriço não é vedado pela Convenção sobre o Cibercrime, não deixa de reconhecer que essas medidas se situarão à margem da Convenção e não dispõem de suporte jurídico internacional que as legitime⁵⁹.

E, no caso português, a violação da Convenção sobre o Cibercrime poderia ser mais notória ainda tendo em consideração: (i) a intencional ampliação do âmbito de aplicação do artigo 19.º da Convenção sobre o Cibercrime, mesmo estando o legislador nacional plenamente consciente de que estaríamos perante uma aplicação de medidas de natureza processual penal e que não têm apenas implicações nacionais; (ii) a aceitação pelo legislador nacional da correção das premissas da Convenção sobre o Cibercrime ao dispor de caso pensado no artigo 25.º que o acesso transfronteiriço por autoridades estrangeiras de dados armazenados em território português só poderá ocorrer nas situações excecionalmente previstas também na Convenção ou mediante o recurso aos mecanismos de cooperação internacional⁶⁰.

Assim, para a Lei do Cibercrime portuguesa, ao contrário do que sucede com a Convenção sobre o Cibercrime, não releva a soberania e a jurisdição dos outros Estados, o que significa que o referido diploma desconsidera o sistema interno de proteção de direitos fundamentais eventualmente existente no ordenamento jurídico onde se situam os sistemas informáticos. Esta conclusão sobre a Lei do Cibercrime portuguesa é legítima sobretudo se pensarmos que em parte alguma nela se prevê que as autoridades portuguesas que realizem o acesso transfronteiriço devem assegurar-se que no ordenamento onde se localizam os sistemas informáticos que armazenam os dados seria admissível o acesso pelas próprias autoridades nacionais.

Ao mesmo tempo, a Lei do Cibercrime não admite – e bem pelas razões já explicadas – que o seu sistema interno de proteção de direitos fundamentais possa ser “franqueado” fora do quadro dos mecanismos de cooperação judiciária internacional. Mas tal significa que o legislador português, um pouco paradoxalmente, formula exigências para as autoridades competentes de outros países fundadas na relevância que atribui à soberania e à jurisdição do Estado português, mas que ele próprio intencional e expressamente declara não observar quando estejam em causa autoridades competentes portuguesas.

⁵⁸ Medeiros (2015), pp. 291-328.

⁵⁹ Ramalho (2017), p. 78, nota 126.

⁶⁰ Ramalho (2017), pp. 84-87.

IV. Que o acesso a dados armazenados em sistemas localizados em território estrangeiro fora das exceções consagradas na Convenção sobre o Cibercrime (e na Lei do Cibercrime portuguesa) e sem recurso a mecanismos de cooperação internacional se situa claramente fora da lógica e da economia da referida Convenção parece estar fora de dúvida.

Mais ainda no caso português, ao serem consagradas exigências pelo legislador para as autoridades competentes estrangeiras cujo cumprimento intencionalmente dispensa para as autoridades competentes nacionais.

A questão consiste, porém, em saber se a realização de atos processuais que têm implicação noutro Estado (como implica o acesso transfronteiriço) não torna, independentemente da bondade ou da justificação prática que se apresente para essa solução, a conduta (o acesso) inválida no plano das normas ou princípios de direito internacional e se essa invalidade não se projeta no plano das proibições de prova.

V. A falta de respaldo jurídico internacional das medidas estabelecidas para contornar as limitações da Convenção sobre o Cibercrime é reconhecida mesmo pelos autores que consideram legítimo o acesso transfronteiriço suportado apenas por uma disposição interna de caráter unilateral⁶¹, como é o caso da Lei do Cibercrime portuguesa, o que poderia ser visto como uma contradição ou um contrassenso.

No entanto, no quadro de pensamento desses autores não existe qualquer contradição ou contrassenso. Isto sucede porque, por um lado, não acreditam verdadeiramente que o acesso transfronteiriço represente algo mais do que uma possível (mas nunca necessária) violação de normas ou princípios de direito internacional⁶² e, por outro lado, não descortinam a possibilidade de existir uma proibição de prova fundada (exclusivamente?) na violação de normas ou princípios de direito internacional⁶³.

No entender dos autores portugueses favoráveis à admissibilidade do acesso transfronteiriço e à validade da prova que venha a ser obtida seria fundamentalmente correta a ideia segundo a qual “*os princípios jurídico-internacionais violados não encontram reflexo na legislação nacional em matéria de invalidade da prova, maxime no plano das proibições de prova*”⁶⁴.

VI. A descrença de alguns autores na violação de normas ou princípios de direito internacional não encontra, a nosso ver, suporte suficiente na análise que fazem do problema da admissibilidade do acesso transfronteiriço nos planos da soberania, da jurisdição e da legalidade⁶⁵.

Desde logo, as críticas que dirigem aos conceitos clássicos de soberania e de jurisdição não representam propriamente uma novidade no contexto do direito constitucional e do direito internacional e não surgem como suficientemente profundas⁶⁶. Tem-se assistido há várias dezenas de anos a uma despacialização do

⁶¹ Ramalho (2017), p. 78, nota 126.

⁶² Ramalho (2017), p. 87, refere-se a “*potencial ilicitude desse acesso no plano internacional*” e a “*possível violação da soberania*”.

⁶³ Ramalho (2017), pp. 88-89.

⁶⁴ Ramalho (2017), p. 87.

⁶⁵ Ramalho (2017), pp. 61-66.

⁶⁶ Morais (2017), pp. 28-34. Acrescente-se a conclusão de Alexandrino (2017), pp. 113-115, a respeito da soberania: “*em maior ou menor medida, tanto por factores extra-jurídicos (globalização,*

nosso viver e à perda de referências clássicas do espaço, sendo tal fruto da internacionalização massificada dos povos, procedendo-se ainda, por intermédio do pós-modernismo, a uma refutação dos grandes paradigmas da modernidade de forma a colocar em crise os modelos histórico-culturais anteriores (incluindo o iluminista) e eclipsar ou negar as grandes narrativas (unificadoras ainda que produzidas em determinada época) ou meta-narrativas (típicas dos sistemas filosóficos totalizantes)⁶⁷. As objeções às teorias dominantes da realidade internacional não são novas nem exclusivas da realidade internacional contemporânea onde se pretendem situar as críticas dos autores favoráveis ao acesso transfronteiriço⁶⁸. E, como se viu, mesmo no domínio da realidade internacional contemporânea subsiste a intenção de manter a proteção mediata concedida aos cidadãos pelo Estado-nação e conservam-se as reservas quanto à possibilidade de criar⁶⁹, através de mecanismos de governança internacional ou global desenvolvidos em resultado da intensificação da globalização, um governo cosmopolita e uma democracia global⁷⁰. Não espanta, por isso, que alguns autores persistam em contrariar a ideia segundo a qual os procedimentos de procura de provas em meio eletrónico, ainda que ocorrendo no “espaço” da internet, não se encontram subtraídos às vinculações da soberania territorial dos Estados, reclamando novos princípios de direito nacional e supranacional para o respetivo enquadramento jurídico e com reflexos no domínio das proibições de prova⁷¹. Não existindo hoje um enquadramento jurídico global, mesmo no espaço europeu, têm surgido propostas ao nível da justiça criminal internacional de elaboração de princípios gerais em estreita conexão com os direitos humanos⁷².

Igualmente improcedente parece ser a justificação, apresentada no (estrito) plano da legalidade, de que, por força deste princípio, de algum modo as normas internas que possibilitam a realização de pesquisas em sistemas informáticos tornariam as normas de cooperação internacional em meras normas de cortesia internacional⁷³. Não é esse o sentido nem o relevo que se deve atribuir aos princípios de enquadramento normativo supranacional que a doutrina vem

desregulação do capitalismo financeiro, neofeudalização, aumento da complexidade e interdependência, desafios da sustentabilidade), como jurídicos (internacionalização, europeização, direito transnacional, etc.), hoje em dia o Estado apresenta-se reconhecidamente com uma soberania fragmentada e “diminuída””.

⁶⁷ Torrão (2014), pp. 63-68.

⁶⁸ Bastará pensar no difícil desafio que enfrentam as sociedades multiculturais, o qual obriga a colocar em causa “a lógica do velho Estado-nação assente numa base homogênea constituída por povo, identidade, território e que força a um alargamento dos horizontes da vida pública e da política democrática” – Dias (2014), p. 18. Sobre as sociedades contemporâneas multiculturais e a relevância dos crimes culturalmente motivados, cfr., do mesmo autor, e com significativo desenvolvimento, Dias (2016).

⁶⁹ Uma reserva surge formulada por Wade (2013), ao admitir que poderá ser considerada uma violação do contrato social a transferência de poderes de investigação e perseguição em contextos transnacionais levada a cabo pelos poderes executivos sem procurarem temperar essa atribuição com mecanismos que assegurem os direitos dos indivíduos que contrabalançam estes tal como exigido pelas tradições constitucionais dos respetivos países.

⁷⁰ Coutinho (2017), pp. 117 e 119-121.

⁷¹ Andrade (2009), p. 126.

⁷² Gless (2013a).

⁷³ Ramalho (2017), p. 66.

reclamando para o domínio do processo penal transnacional⁷⁴. Aliás, essa justificação quadra mal com a recente proposta apresentada por alguns autores favoráveis ao acesso transfronteiriço no sentido de aproximação do sistema português ao regime belga de acesso transfronteiriço, ao referirem que “*uma solução de compatibilização possível entre os interesses em causa pressuporia que a única modalidade de apreensão a realizar nestes casos seria a cópia e não qualquer das outras previstas no artigo 16.º, n.º 7, da Lei do Cibercrime*”⁷⁵. Essa necessidade de compatibilização só poderá surgir afinal no contexto do reconhecimento de uma reduzida legitimação da disposição do n.º 5 do artigo 15.º da Lei do Cibercrime portuguesa ou da necessidade de a compatibilizar com as normas e os princípios de direito internacional. Ou seja, embora não o digam direta e expressamente, esses autores, ao formularem esse tipo de propostas, indiretamente reconhecem que o acesso transfronteiriço referido nessa disposição se salda numa violação de normas ou princípios de direito internacional.

VII. Sucede que, mesmo admitindo que a recolha da prova mediante acesso transfronteiriço poderá colocar em crise a violação de normas ou princípios de direito internacional (o que nos parece manifesto e fora de dúvida), o aspeto mais relevante parece ser o de saber se e em que medida poderá a violação de tais normas ou princípios influir na validade da prova obtida.

Os autores portugueses que consideram legítimo o acesso transfronteiriço com base naquela disposição da Lei do Cibercrime respondem negativamente a esta questão por não vislumbrarem a possibilidade de qualquer vício no domínio da validade da prova, concluindo, por exemplo, da seguinte forma: “*porque a prova assim recolhida encontra legitimidade na lei, o que, em face da inexistência de qualquer contrariedade com uma disposição de cariz constitucional, é condição bastante para a sua admissibilidade, nos termos do disposto no artigo 125.º do CPP*”⁷⁶.

Trata-se de uma conclusão em nossa opinião apressada (até porque o ónus de demonstrar concretamente que assim é sempre incumbiria àquela doutrina, não sendo suficiente para esse efeito, como já se explicou, os autores limitarem-se a afirmar que não existe violação da Constituição da República Portuguesa ou que ocorre uma situação de atipicidade) e que exigiria uma reflexão adicional mesmo no quadro de uma crítica interna⁷⁷ ao sistema (argumentativo) dos autores que defendem a admissibilidade do acesso transfronteiriço por parte das autoridades competentes portuguesas.

⁷⁴ Gless/ Vervaele (2013). Nesse sentido também, por exemplo, Andrade (2009), pp. 126-127, ao sublinhar as dificuldades decorrentes da falta de apoios significativos das instituições supra-nacionais e da própria intervenção tímida do TEDH neste domínio.

⁷⁵ Ramalho (2018), p. 69.

⁷⁶ Ramalho (2017), p. 89.

⁷⁷ Utiliza-se aqui a expressão “crítica interna” no sentido e com o alcance que lhe deu Georg Wilhelm Friedrich Hegel, quando diferenciou a crítica interna da crítica externa, considerando apenas legítimo o recurso à primeira forma de crítica. Para uma explicação desta contraposição em Hegel, cfr. Luft (1995), pp. 12-16: por um lado, pode identificar-se a crítica interna como “*aquela que valoriza o passo dado pelo sistema precedente, aceita a sua forma de argumentação e, através das suas próprias suposições e de sua lógica interna, realiza a sua refutação (ou também sua correcção) e sua superação*”; por outro lado, pode referir-se a crítica externa, que “*é a refutação proveniente de fora, alheia às suposições e lógica do sistema a ser refutado. Ou seja, aquela que desconsidera o tratamento que o autor criticado deu à questão, e não consegue entrar em diálogo com tal sistema, e muito menos consegue, a partir de seus supostos e sua lógica própria, refutá-lo*”.

VIII. Não havendo possibilidade de existir uma proibição de prova fundada (exclusivamente?) na violação de normas ou princípios de direito internacional então para os referidos autores não existe também qualquer disposição constitucional que obstaculize à consagração de uma disposição interna de caráter unilateral e que dispensa o recurso aos mecanismos de cooperação internacional.

No caso do acesso transfronteiriço, a análise da sua admissibilidade (ou legitimação) deveria assim, na opinião daqueles autores, ser feita apenas a um nível infraconstitucional (sendo nesse domínio então irrelevante uma eventual base constitucional das proibições de prova) e tendo apenas em consideração a legislação interna do Estado que realiza o acesso transfronteiriço.

Porém, essa construção não faz, salvo o devido respeito, verdadeiramente sentido quando em causa está um sistema de proibições de prova como o português (muito menos sendo este de matriz continental)⁷⁸. Tal sistema de proibições de prova não é de modo algum de cariz (exclusivo) infraconstitucional (fala-se inclusive e com toda a propriedade de “proibições constitucionais de prova”⁷⁹), visa salvaguardar primordialmente direitos fundamentais (tanto de índole substantiva como de índole processual) e pode vir a ser convocado sempre que a ilegalidade das provas se reporte a valores constitucionalmente relevantes⁸⁰. Por força de evoluções recentes, o sistema de proibições de prova continental evoluiu inclusive no sentido de comprometer a descoberta da verdade com o respeito pelas exigências de um processo justo e equitativo e também com o respeito pelo direito à privacidade e pela dignidade humana, estabelecendo claras limitações à referida descoberta⁸¹.

Esse sistema de proibições de prova surge reforçado pela tutela concedida aos direitos fundamentais no contexto internacional através de instrumentos normativos de cariz internacional. Aliás, é também por assim ser que se entende que quando o Estado responsável pela recolha da prova não consagre, no seu direito interno, proibições de prova para uma determinada situação, essas proibições poderão decorrer da violação de uma convenção internacional, como sucede no caso da CEDH e da jurisprudência do TEDH, sendo em todo o caso as decisões que afirmem nesse contexto a existência de proibições na recolha de prova de cumprimento obrigatório e de aplicação direta na ordem interna que não as contém⁸².

IX. Mas existe um outro argumento que costuma ser utilizado pelos autores favoráveis à admissibilidade do acesso transfronteiriço contra a eventualidade de a violação de normas ou princípios internacionais vir a influir na validade da prova obtida.

Sugerem também os autores em questão que *“estando em causa a violação de normas que regulam relações entre Estados e que não visam conferir específicos direitos aos cidadãos na sua relação com o Estado, as únicas*

⁷⁸ Mais referências sobre o sistema de proibições de prova de matriz continental (ou alemão) podem ser encontradas em GLESS (2013b).

⁷⁹ Morão (2006), p. 589.

⁸⁰ Ramos (2017), p. 769.

⁸¹ Gless (2013b), pp. 141-142.

⁸² Ramos (2017), p. 771.

*consequências negativas que daí possam advir serão no plano supranacional e não no da invalidade da prova*⁸³.

No fundo, a relevância de uma eventual violação de normas ou princípios internacionais pertenceria apenas à diplomacia ou ao foro diplomático.

Trata-se de um argumento aparentemente mais forte do que o anterior, mas que não resiste desde logo ao facto de na tradição da teoria das proibições de prova de Ernst von Beling⁸⁴, entendidas enquanto limites à descoberta da verdade (material) no processo penal que o Estado impõe a si mesmo, como alguns desses autores também reconhecem (embora não lhe atribuam especial significado por uma alegada ausência de critério justificador da solução), uma proibição de prova se poder fundar no interesse (superior) do Estado, nos interesses do serviço público e nas relações de direito internacional⁸⁵. Para Beling, os referidos limites justificar-se-iam *"em parte como forma de respeitar a esfera da personalidade do cidadão investigado"* e *"noutra parte também como forma de preservar certos interesses públicos"*⁸⁶. Em particular no que se refere à relação do Estado com outros Estados concluiu Beling que estaríamos perante uma proibição de prova (inclusive de natureza absoluta)⁸⁷. A correlação entre os Estados foi vista por Beling como um fator de cultura e de necessidade de convivência ordenada, razão pela qual, no seu entender, teria dado origem, a par de instrumentos normativos de cariz internacional, à regra segundo a qual cada Estado deveria respeitar os funcionários estrangeiros e abster-se de atos de jurisdição contra eles ou contra os seus bens. Não parece que se tenha tratado de uma afirmação duvidosa, pouco sustentada ou não desenvolvida por Beling, como de alguma forma sugere David Silva Ramalho⁸⁸. Muito pelo contrário. Acrescentou Beling noutra passagem da sua conferência inaugural que o interesse do Estado em manter a boa convivência com outros Estados deveria considerar-se obviamente preponderante quando comparado com o interesse do Estado no processo penal: *"Es obvio que el interés estatal en conservar los vínculos de la comunidad de los estados es mucho más significativo que el interés en llevar hasta el final un proceso penal concreto"*⁸⁹.

X. Duas razões adicionais poderão ser apresentadas para rejeitar aquele argumento: uma apoiada nos desenvolvimentos da referida teoria das proibições de prova e outra suportada no papel que ainda hoje é atribuído à soberania e territorialidade no sistema interno de proteção dos direitos fundamentais de cada Estado.

A teoria das proibições de prova que remonta a Beling continua a vigorar em diversos ordenamentos jurídicos, como é o caso do ordenamento jurídico

83 Ramalho (2018) pp. 58-59.

84 A origem da teoria das proibições de prova germânica é atribuída a ERNST VON BELING que a expressou numa conferência inaugural proferida em 1902, na cidade de Tübingen, e que se encontra vertida em *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess*, Breslau, 1903.

85 Beling (2009), p. 9.

86 Mendes (2013) p. 177.

87 Beling (2009), pp. 13-14.

88 Ramalho (2017), pp. 88-89, ao referir: *"os termos em que a regra é formulada pelo Autor não permitem concluir com certeza se a violação de normas de Direito Internacional pode, na sua tese, gerar, em abstrato, uma proibição de prova – e, assim sendo, qual o seu fundamento jurídico –, ou se, pelo contrário, apenas quando a prova recolhida afete a categoria de indivíduos em causa e as normas de Direito Internacional suscitadas é que se poderá sustentar a questão da proibição de prova"*.

89 Beling (2009), p. 51.

alemão, mas veio a ser complementada⁹⁰ pela abordagem do *fair trial* da jurisprudência do TEDH⁹¹ e com uma preocupação acrescida pela privacidade e a dignidade humana. No contexto da tradição alemã das proibições de prova (outras perspectivas podem eventualmente apontar em sentido diverso, como será o caso das regras de exclusão dos EUA que funcionam num plano equivalente ao das proibições de valoração de prova⁹², mas não interessa aqui convocá-las até pelas diferenças que apresentam), as limitações à descoberta da verdade em processo penal dependem principalmente da posição outorgada ao indivíduo pelo ordenamento jurídico, no quadro de um Estado de Direito, frente ao poder estatal⁹³. Neste plano (que não é o único relevante como se viu ao referir-se Beling ao caso dos interesses do Estado, do serviço público e das relações de direito internacional⁹⁴ e podemos também confirmar se convocarmos certas proibições de valoração resultantes de temas de prova que são proibidos por estarem em causa interesses públicos a salvaguardar⁹⁵), o que importa para que ocorra uma proibição de prova é que esteja em causa a violação de direitos ou valores ou interesses com dignidade constitucional. Isto sucede porque se admite que o próprio legislador democrático se encontra vinculado aos direitos fundamentais nos moldes que foram assumidos pelos estados liberais⁹⁶. Por assim ser a Constituição da República Portuguesa configura a conciliação das provas com a dignidade da pessoa humana como tratando-se de um verdadeiro direito fundamental⁹⁷. Mais: no quadro de um Estado de Direito democrático, o respeito de direitos ou valores constitucionais poderá ser entendido como um fator essencial na credibilidade e integridade de qualquer sistema jurídico⁹⁸ e um papel não despreciando tem vindo a ser atribuído um pouco por todo o mundo às proibições de prova na prevenção de violações de direitos humanos⁹⁹. Aliás, quando não esteja em causa a violação de direitos ou interesses constitucionalmente assegurados (ou violações de relevância constitucional) poderá ainda assim ser admitida a existência de uma proibição de prova, embora nesse caso a discussão da admissibilidade da prova deva ficar sujeita aos critérios propostos pelas teorias da ponderação, o que não sucede no caso das proibições de proporções constitucionais, ou seja, de relevância constitucional, em que a utilização das ponderações se deve (malgrado a existência de posições e decisões que as utilizam) considerar vedada¹⁰⁰.

⁹⁰ Nesse sentido, Gless (2010).

⁹¹ Sobre essa abordagem em relação ao *fair trial* e o método comparatístico usado pelo TEDH, cfr. Mendes (2019), e Gless/Martin (2013).

⁹² Mendes (2013), p. 178.

⁹³ Ambos (2009), p. 57.

⁹⁴ Aliás, Beling (2009), pp. 14-34, refere-se a outros planos para além destes, abordando um total de 6 grupos de proibições de prova.

⁹⁵ Por exemplo, factos abrangidos pelo segredo de Estado – Mendes (2013), p. 178.

⁹⁶ Ambos (2016), p. 16: “*éste se debe orientar (...) por las decisiones axiológicas constitucionales que en términos de derechos humanos han adoptado los Estados liberales de Derecho*”.

⁹⁷ Mendes (2013), p. 179.

⁹⁸ Schombourg (2009), p. 1.

⁹⁹ Gless (2018), p. 160.

¹⁰⁰ Explicando essas teorias da ponderação no domínio das proibições de prova e defendendo a restrição da sua utilidade ao campo das provas ilícitas que não contêm com direitos fundamentais constitucionais, Thaman (2013), que conclui (442): “*The area where true judicial balancing should have free rein, is where the violation is truly not of constitutional significance, such as errors in the execution*”.

Também não resiste o referido argumento à constatação de que atualmente, apesar da crítica às teorias dominantes da realidade internacional e da intensificação da globalização, a proteção mediata tradicionalmente concedida aos cidadãos pelos Estados-nação e que assenta na visão clássica da realidade internacional subordinada ao paradigma totalizante continua a não ser dispensada. Antes pelo contrário. Afirma-se muito claramente que essa proteção mediata “*tem provado bem como “abrigo moral e jurídico” em cujo quadro os direitos humanos conhecem real implementação e garantia no quadro de direitos fundamentais*”, sendo nesse pressuposto que assenta a responsabilidade dos Estados, tanto mais que esta é assumida como um aperfeiçoamento ou complemento da tutela concedida pelos Estados¹⁰¹. Neste quadro, a soberania e a territorialidade (ou jurisdição) devem ser entendidas como fazendo parte e assumindo um papel relevante no sistema (interno) de proteção de direitos fundamentais de cada Estado, pelo que, tendo em conta este cenário, sempre se poderia considerar ocorrer, por via do acesso transfronteiriço, uma violação indireta dos direitos fundamentais passível de enquadramento nas proibições de prova.

5. Considerações finais

I. Ao longo da exposição realizada procurámos discutir, a partir de um caso (o caso *United States v. Gorshkov-Ivanov*), se (e, em caso afirmativo, em que medida) pode ocorrer o acesso a dados armazenados em sistemas informáticos localizados fora do território português, mais concretamente de forma unilateral e fora do quadro do recurso aos mecanismos de cooperação judiciária internacional.

Ao invés do que sugerem alguns autores portugueses (nomeadamente David Silva Ramalho e Duarte Rodrigues Nunes), não parece inequívoco que o artigo 15.º, n.º 5 da Lei do Cibercrime deva ser considerado norma habilitante para a realização de um acesso transfronteiriço (de forma unilateral e sem recurso aos mecanismos de cooperação judiciária internacional) a dados armazenados em sistemas localizados no estrangeiro. Esse acesso pode ser considerado inválido no plano das normas ou princípios de direito internacional e, portanto, ilegítimo à luz da Constituição da República Portuguesa.

De igual modo, não cremos que não exista qualquer possibilidade de vislumbrar vícios no domínio da validade da prova obtida mediante tal acesso transfronteiriço. Essa possibilidade existe, tendo em consideração a falta de uma habilitação normativa suficiente e, determinando a violação de normas ou princípios de direito internacional, também no quadro do sistema constitucional de proibições de prova. Neste último caso, não só as proibições de prova de matriz continental que a Constituição da República Portuguesa acolhe contemplam quaisquer violações a direitos fundamentais de natureza substantiva ou processual, como essas proibições assumem relevância no quadro da relação do Estado com outros Estados e se aplicam estando apenas em causa valores ou interesses de dignidade constitucional. Ademais, a proteção (ainda que mediata) concedida aos cidadãos em matéria de direitos pelos Estados-nação continua a não ser nos dias de hoje dispensada, sendo certo que essa proteção só poderá ser assegurada

of a search or wiretap warrant otherwise based on probable cause. Here the seriousness of the violation can be weighed against the seriousness of the offense, the intentionality of the violations, etc.”.

¹⁰¹ Coutinho (2017), p. 117.

respeitando minimamente os conceitos em que assenta o paradigma totalizante tradicional, o que significa que integram e assumem um papel relevante no sistema (interno) de proteção de direitos fundamentais de cada Estado.

II. Num ponto estamos de acordo com alguns autores portugueses que se mostram favoráveis à admissibilidade do acesso transfronteiriço, quando referem que *“afigura-se (...) da maior importância que o debate seja alargado e que se procure explorar uma solução adequada à realidade digital, se necessário repensando conceitos tradicionais que neste foro são de difícil aplicabilidade e procurando uma compatibilização de interesses adaptada às especificidades deste ambiente”*¹⁰².

Ignorar um problema (jurídico ou não) nunca se apresenta como uma solução adequada. Como também não será uma solução adequada no caso concreto do acesso transfronteiriço admitir a possibilidade de medidas unilaterais por parte dos Estados, remetendo eventuais conflitos decorrentes desse tipo de acesso para o puro domínio da diplomacia ou dos incidentes diplomáticos, como parece ter sucedido no caso descrito no início desta exposição (2.), atenta até a perspectiva que os EUA vieram a adotar. Para além dos riscos de os acessos transfronteiriços não contemplarem as garantias de segurança necessárias, tal como já detetado pelo *Transborder Group* em 2014, cremos que será mais avisado continuar a fazê-lo no quadro dos mecanismos da cooperação judiciária internacional enquanto se aguarda pela elaboração (reclamada pela doutrina) de princípios gerais relevantes em matéria de perseguição criminal transnacional e de *standards* sobre a forma de lidar com a prova transnacional.

Já a forma de solucionar no futuro concretamente o problema do acesso transfronteiriço (unilateral e sem recurso aos mecanismos de cooperação judiciária internacional) e de formular uma possível proposta que o resolva em conformidade com a Constituição da República Portuguesa (e sobretudo que mereça o consenso de todos os Estados para a edificação de um sistema de proteção de direitos fundamentais verdadeiramente cosmopolita ou global no estrito campo do acesso transfronteiriço) será toda uma outra história que em muito dependerá dos desenvolvimentos verificados nos próximos tempos em torno da elaboração dos referidos princípios gerais e *standards*, pelo que nada acrescentaremos a esse propósito neste momento.

6. Referências

- Alexandrino, José Melo, (2017): *Lições de Direito Constitucional*, vol. I, 3.^a ed. AAFDL. Lisboa.
- Ambos, Kai, (2009) “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán”. In Ernst Beling, Kai Ambos e Óscar Julián Guerrero *Las Prohibiciones Probatorias*. Editorial Themis. Bogotá, pp. 57-121.
- (2016) “Sobre el futuro de la ciencia jurídico penal alemana: apertura y 270étodo discursivo en lugar de provincianismo presuntuoso”. *Revista Penal México* 9 1-18.
 - (2018) “European Criminal Law and Brexit”, in Martin Böse et. al. (ed.) *Justice Without Borders - Essays in Honour of Wolfgang Schombourg*, Brill | Nijhoff. Leiden/Boston, pp. 1-22.
- Andrade, Manuel da Costa, (2009) *“Bruscamente no verão passado”, a reforma do Código de Processo Penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*. Coimbra Editora. Coimbra.

¹⁰² Ramalho (2018), p. 69.

- Atienza, Manuel, (2014a) *As Razões do Direito – Teoria da Argumentação Jurídica*, 2.^a ed. Editora Forense. Rio de Janeiro.
- (2014b) *O Sentido do Direito*. Escolar Editora. Lisboa.
- Bachmaier Winter, Lorena, (2013) "Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case Law". *Utrecht Law Review* 9(4) 127-146.
- Bacon, Michael, (2012) *Pragmatism: an introduction*. Polity Press. Cambridge, UK.
- Beling, Ernst von, (2009) "Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal". Ernst Beling, Kai Ambos e Óscar Julián Guerrero *Las Prohibiciones Probatorias*. Editorial Themis. Bogotá, pp. 1-56.
- Bernstein, Richard J., (2010) *The Pragmatic Turn*. Polity Press. Cambridge, UK.
- Brito, Maria Beatriz, (2018) *Novas Tecnologias e Legalidade da Prova em Processo Penal – Natureza e enquadramento do GPS como método de obtenção de prova*. Almedina. Coimbra.
- Brito, Miguel Nogueira de, (2017a) *Lições de Introdução à Teoria da Constituição*, 2.^a ed. AAFDL. Lisboa.
- (2017b) *Introdução ao Estudo do Direito*. AAFDL. Lisboa.
- Cordeiro, António Menezes, (2012) *Tratado de Direito Civil*, I, 4.^a ed. Almedina. Coimbra.
- Cortês, António, (2010) *Jurisprudência dos Princípios: ensaio sobre os fundamentos da decisão jurisdicional*. Universidade Católica Editora. Lisboa.
- Costa, José Neves da, (2013) "Do aproveitamento em processo penal das provas ilicitamente obtidas por particulares". *Revista de Concorrência & Regulação* 4(16) 295-344.
- Coutinho, Luís Pereira, (2017) *A Realidade Internacional - Introdução à Teoria das Relações Internacionais*, 2.^a ed. AAFDL. Lisboa.
- Dias, Augusto Silva, (2008a) "*Delicta in se*" e "*delicta mere prohibita*": uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção antiga. Coimbra Editora. Coimbra.
- (2008b) *Ramos Emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro*. Coimbra Editora. Coimbra.
- (2014) "O multiculturalismo como ponto de encontro entre Direito, Filosofia e Ciências". In Teresa Pizarro et. Al. (org.) *Multiculturalismo e Direito Penal: I encontro Nova-Direito*. Almedina. Coimbra, pp. 15- 31.
- (2016) *Crimes Culturalmente Motivados - O Direito Penal ante a "Estranha Multiplicidade" das Sociedades Contemporâneas*. Almedina. Coimbra.
- Gless, Sabine, (2010) "Truth or due process? The use of illegally gathered evidence in the criminal trial". In Jürgen Basedow, Uwe Kischel and Ulrich Sieber (org.) *German national reports to the 18th International Congress of Comparative Law: Washington 2010*. Mohr Siebeck. Tübingen, pp. 675-709.
- (2013a) "Transnational Cooperation in Criminal Matters and the Guarantee of a Fair Trial: Approaches to a General Principle". *Utrecht Law Review* 9(4) 90-108.
- (2013b) "Germany: Balancing Truth Against Protected Constitutional Interests". In Stephen C. Thaman (ed.) *Exclusionary Rules in Comparative Law*. Springer. Dordrecht, pp. 113-142.
- (2018) "Protecting Human Rights through Exclusionary Rules? Highlights on a Conflict in Criminal Proceedings from a Comparative Perspective". In Martin Böse et. al. (ed.) *Justice Without Borders - Essays in Honour of Wolfgang Schombourg*. Brill | Nijhoff. Leiden/Boston, pp. 159-179.
- Gless, Sabine / Jeannine Martin, (2013) "The comparative method in European Courts: A comparison between the CJEU and ECtH". *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice* 1(1) 36-52.
- Gless, Sabine / John A.E. Vervaele, (2013) "Law Should Govern: Aspiring General Principles for Transnational Criminal Justice". *Utrecht Law Review* 9(4) 1-10.
- Kevelson, Roberta, (1986) "Semiotics and Methods of Legal Inquiry: Interpretation and Discovery in Law from the Perspective of Peirce's Speculative Rethoric". *Indiana Law Journal* 61(3) 355-371.
- Lamego, José, (2016) *Elementos de Metodologia Jurídica*. Almedina. Coimbra.
- Larenz, Karl, (1997) *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.^a ed. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa.
- Luft, Eduardo, (1995) *Para uma crítica interna ao sistema de Hegel*. EDIPUCRS. Porto Alegre.

- Medeiros, Rui, (2015) *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*. Universidade Católica Editora. Lisboa.
- Mendes, Paulo de Sousa, (2013) *Lições de Direito Processual Penal*. Almedina. Coimbra.
- (2014) “Em defesa do particularismo e do pluralismo liberal: em especial no domínio do Direito Penal”. In Teresa Pizarro et. al. (org.) *Multiculturalismo e Direito Penal: I encontro Nova-Direito*. Almedina. Coimbra, pp. 143-152.
 - (2016) “Sobre o estatuto não científico da dogmática jurídica no pensamento de Kelsen”. In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*. Almedina. Coimbra, pp. 851-864.
 - (2018) *Causalidade Complexa e Prova Penal*. Almedina. Coimbra.
 - (2019) “Fair trial na CEDH e na jurisprudência do TEDH”. *Revista de Estudios Europeos ...* [em curso de publicação].
- Mesquita, Paulo Dá, (2010) *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*. Coimbra Editora. Coimbra.
- Morais, Carlos Blanco de, (2017) *O Sistema Político no Contexto da Erosão da Democracia Representativa*. Almedina. Coimbra.
- Morão, Helena, (2006) “O efeito-à-distância das proibições de prova no Direito Processual Penal português”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 16(4) 575-620.
- Nunes, Duarte Rodrigues, (2018) *Os Meios de Obtenção de Prova Previstos na Lei do Cibercrime*. Gestlegal. Coimbra.
- Pereira, Rui Soares, (2018) “A probática na ciência do direito e a relevância do recurso ao método do caso para a teoria da prova”. *Revista de Direito Civil* 2.º (II) 351-366.
- Ramalho, David Silva, (2013) “A investigação criminal na Dark Web”. *Revista de Concorrência & Regulação* 4(14-15) 383-429.
- (2014) “A recolha de prova penal em sistema de computação em nuvem”. *Revista de Direito Intelectual* 2 123-162.
 - (2017) *Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital*. Almedina. Coimbra.
 - (2018) “A recolha de prova digital através de pesquisas informáticas transfronteiriças”. In CEJ (org.) *O domínio do imaterial: prova digital, cibercrime e a tutela penal de direitos intelectuais*, ebook, pp. 55-69.
- Ramos, Vânia Costa,
- (2014) “Introdução aos problemas da obtenção de prova em contexto transnacional e à proposta da instituição de uma decisão europeia de investigação”. In Maria Fernanda Palma et. al. (coord.) *Direito da investigação criminal e da prova*. Almedina. Coimbra, pp. 323-363.
 - (2017) “Novos problemas em matéria de proibições de prova - a dimensão internacional - regras de exclusão da prova obtida em violação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos”. In José Faria Costa et. al. (org.) *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel da Costa Andrade*, vol. II. Instituto Jurídico, Coimbra, pp. 739-773.
- Roxin, Claus, (2018) “Sobre la delimitación del dolo y la imprudencia, especialmente en los delitos de homicidio”. In José María Suárez López et. al. (coord.) *Estudios jurídico penales y criminológicos: En homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*. Editorial Dykinson. Madrid, pp. 1579-1598.
- Schombourg, Wolfgang, (2009) “The Role of International Criminal Tribunals in Promoting Respect for Fair Trial Rights”. *Northwestern Journal of International Human Rights* 8(1).
- Silva, Suzana Tavares da, (2011) *Direitos Fundamentais na Arena Global*. Imprensa da Universidade de Coimbra. Coimbra.
- Sousa, Miguel Teixeira de, (2012) *Introdução ao Direito*. Almedina. Coimbra.
- Thaman, Stephen C., (2013) “Balancing Truth Against Human Rights: A Theory of Modern Exclusionary Rules”. In Stephen C. Thaman (ed.) *Exclusionary Rules in Comparative Law*. Springer. Dordrecht, pp. 403-446.
- Torrão, Fernando, (2014) “Direito penal, globalização e pós-modernidade - desconstrução do paradigma liberal?”. In Teresa Pizarro et. al. (org.) *Multiculturalismo e Direito Penal: I encontro Nova-Direito*. Almedina. Coimbra, pp. 59-96.
- Wade, Marianne, (2013) “General Principles of Transnationalised Criminal Justice? – Exploratory Reflections”. *Utrecht Law Review* 9(4) 165-183.