

NOTA PRÉVIA

A presente obra corresponde, no essencial, à Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, defendida em provas públicas a 17 de Novembro de 2021, na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, perante um júri constituído pelos Excelentíssimos Professores Doutores António Manuel de Almeida Costa (Presidente), André Lamas Leite (Arguente) e Sandra Oliveira e Silva (Orientadora). Foi-lhe atribuída, por unanimidade, a classificação de 18 valores.

Espera-se com a presente obra dar um contributo para um tema que se apresenta, na prática judiciária, bastante controvertido, propondo uma nova via de resposta no sentido da admissibilidade das gravações e fotografias recolhidas por particulares como meio de prova em processo penal.

O leitor julgará se o propósito é cumprido ou não.

RESUMO

Este estudo insere-se no âmbito das proibições de prova e trata do tema da admissibilidade, como meio de prova em processo penal, das gravações e fotografias recolhidas por particulares. Por imposição legal, para que as reproduções mecânicas sejam admitidas no processo, não poderão ser consideradas ilícitas, de acordo com o juízo do Direito Penal Substantivo. Deste modo, e em ordem a permitir a reprodução daqueles meios no processo, equacionaremos a aplicação de causas de exclusão da ilicitude, como a legítima defesa e o estado de necessidade, bem como da tipicidade. cremos, contudo, e procuraremos demonstrar a nossa posição, que a não ilicitude da reprodução será alcançada através do pensamento vitimodogmático. A conduta ilícita-típica da «vítima», alvo da captação das respectivas palavras ou imagem, determinará a falta de merecimento de tutela das suas concretas palavras criminosas e imagem na comissão do crime e apenas dessas.

ABSTRACT

This study is focused on the issue of the inadmissibility of evidence and more particularly on the matter of admissibility as evidence in a criminal procedure of recordings and images captured by victims of crimes or third parties acting on behalf of victims. We will reflect on the legality of the victim's or third party's conduct to establish whether the evidence should or should not be admissible in a court of law. Legitimate self-defense as well as right of necessity could be used so that the conduct would not be considered unlawful and, therefore, the recordings or images would be accepted. However, we do think the lawfulness of the victim's or third party's conduct might be established attending to the victim's behavior, *i.e.*, the conduct of the individual whose image or voice has been captured. The unlawfulness of the latter's conduct would determinate the loss of legal protection concerning the commission of the crime. Thus, there would be no right, and therefore no illegal action, to one's image or voice while committing a crime and on that precise instance.

INTRODUÇÃO

Com o presente estudo propomo-nos reflectir sobre o tema da admissibilidade das gravações, fotografias, bem como de outros produtos de meios técnicos de captação mecânica da voz e imagem, como meio de prova, no processo penal estadual. Trata-se de um tema inserido no mais vasto universo das proibições de prova que convoca, para além de institutos de natureza processual, questões indelevelmente pertinentes à dogmática penal substantiva. De facto, a previsão processual penal de que partimos – o artigo 167º CPP – coloca na dependência da solução penal material a decisão da admissibilidade do meio de prova em processo penal. O carácter *ilícito* da reprodução obstará à *utilização e valoração* do meio de prova. Questão cimeira é, portanto, determinar se a conduta consistente na reprodução do meio de prova está em conformidade ou em contrariedade a uma norma de determinação jurídico-criminal.

A nosso ver, e esse foi o caminho trilhado nas páginas que se seguem, temos, por conseguinte, de partir de considerações substantivas acerca da ilicitude penal, a que não serão alheias questões atinentes à delimitação dos bens jurídicos protegidos pelas incriminações penais, às causas justificativas e, também, de atipicidade. Deste modo, ancorámos o nosso entendimento da problemática em causa numa concepção de *ilícito pessoal* cuja imputação a um sujeito impõe, no âmbito dos delitos dolosos – que são os que consideramos pertinentes no âmbito do nosso estudo –, a afirmação do «domínio-da-não-impossibilidade-do-facto», critério de imputação objectiva, que determina que o acto consistiu na «realização de uma pessoa» e, portanto, assume relevância jurídico-penal. Trata-se de um critério, mais do que natural-empírico, verdadeiramente normativo, pelo que igualmente se impõe a análise do conteúdo de imputação.

Neste âmbito, surge em destaque a extensão da tutela conferida aos bens jurídicos – nomeadamente da imagem e da palavra falada, inexoravelmente postos em causa com os meios de prova objecto deste nosso estudo, pese embora outros bens jurídicos possam ser convocados, como os atinentes à privacidade em sentido lato –, onde cremos que considerações vitimodogmáticas poderão ter lugar, por sua vez estribadas no princípio de *ultima ratio* da intervenção jurídico-criminal e encontrando arrimo na tese dos limites imanentes dos direitos fundamentais. A intervenção da vitimodogmática, ao delimitar o conteúdo de imputação jurídico-penal, promovendo uma redução teleológica do tipo incriminador, permite, logo em sede de tipicidade, resolver o que, de outro modo, apenas em sede de causas justificativas poderia encontrar solução e, assim, determinar a admissibilidade dos meios de prova em processo penal. Cremos, contudo, e procuraremos demonstrá-lo, que não será necessário empreender novas construções das figuras clássicas de justificação, nomeadamente do requisito da «actualidade», que tantos problemas levantaria em sede de legítima defesa, uma vez que, logo em sede de tipicidade, será de afirmar a irrelevância da conduta de um prisma jurídico-penal.

Eis o caminho que nos propomos percorrer, sem que, contudo, nos esqueçamos dos riscos que uma admissibilidade irrestrita destes meios de prova poderá implicar. De facto, e procuramos desde já advertir, não pugnamos por uma visão securitária, onde a vigilância de uns cidadãos sobre os outros passasse a ser a regra e a prevenção a máxima reguladora dos comportamentos humanos. Não somos, de modo algum, defensores da instituição de um pan-óptico e repudiamos qualquer tipo de realidade orwelliana, com conseqüências tão nefastas para a realização do ser com o outro e, na medida em que também qualquer reduto de privacidade desapareceria, consigo próprio. Somos da firme convicção que, para o íntegro desenvolvimento da pessoa, e conseqüente afirmação da sua dignidade, não se poderá jamais sufragar a instituição de uma sociedade exasperadamente vigilante.

Posta esta advertência, justificamos a escolha do nosso tema com a sua relevância e actualidade, a que se junta a premência numa resposta sólida susceptível de oferecer uma maior certeza e segurança jurídicas num tema que, até ao momento, se tem caracterizado pelo ensaio de uma miríade de respostas por parte da doutrina e da jurisprudência, onde a nota caracterizadora é sobretudo a da dispersão e centrifugidade de soluções. Trata-se,

assim, de um tema sobre o qual não foi ainda passada a pátina dos temas que congregam uma maioria de entendimento e que se revelam, por isso, pacíficos e estabilizados. Propomo-nos, numa palavra, ensaiar uma resposta para o problema que nos ocupa, lançando uma nova luz para um tema que se apresenta assaz controvertido.

1º Capítulo

Proibições de Prova

Função e destinatários

As proibições de prova surgem, no Processo Penal Português, como verdadeiros limites à descoberta da verdade material. Desempenham uma função tuteladora dos direitos fundamentais, pelo que lhes é assacada uma função substantiva, representando limites intransponíveis à descoberta da verdade material, que terá sempre de ser uma verdade processualmente válida.

No âmbito das *proibições de prova*, distinguem-se as *proibições de produção de prova*¹ das *proibições de valoração da mesma*. Enquanto a *proibição de produção* concerne ao método de aquisição da prova, a *proibição de valoração* respeita à utilizabilidade da mesma em Processo Penal. Quanto a estas últimas, há ainda que proceder à distinção entre *proibições de prova dependentes* e *proibições de prova independentes*, aquelas resultando de uma *proibição de produção de prova* e estas últimas ditando autonomamente a inutilizabilidade no processo do meio de prova, independentemente de o meio de aquisição estar ou não inquinado^{2/3}.

¹ Dentre estas distinguem-se as *proibições de temas de prova* (v.g., art. 137º CPP), as *proibições de métodos de prova* (v.g., art. 126º CPP) e as *proibições de meios de prova* (v.g., art. 134º, nº 2, do CPP). A este propósito, cf. COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, p. 90.

² No âmbito das considerações tecidas sob o ponto «Descontinuidade no interior do sistema processual penal», aponta COSTA ANDRADE, in «Sobre a valoração, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas por particulares», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, número especial, volume I – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia, pp. 37-39, que «Identificada uma *proibição de produção de prova*, está

Esta demarcação interna das *proibições de prova* importa sobremaneira do ponto de vista dos seus destinatários. Embora não se divise unanimidade nas soluções avançadas pela doutrina e jurisprudência portuguesas, parece haver uma maior tendência para considerar que os particulares não estão sujeitos às proibições de *obtenção* da informação probatória, sendo estas, em primeira linha, dirigidas às instâncias formais de controlo⁴. Entanto, dada a prevalência da dimensão material-substantiva das proibições de prova – à semelhança do que ocorre no sistema alemão⁵ –, impõe-se que não haja uma irrestrita admissibilidade das provas obtidas por particulares. Assim,

longe de se poder considerar em definitivo solucionado o problema da valência da respectiva prova em sede de valoração. Numa primeira consideração das coisas, nada mais sugestivo do que acreditar que a violação duma regra de produção de prova haja de desencadear a proibição da valoração da prova obtida em contravenção (...) nada aparentemente mais óbvio que a interpretação das proibições de prova como expressões cristalizadas e codificadas da renúncia do direito à “verdade” correspondentemente mediatizada. (...) Uma concepção cuja consistência não resiste, porém, a uma consideração mais atenta das questões pertinentes.» Refere o autor que aquela descontinuidade é, desde logo, evidenciada pelas proibições de valoração de prova *independentes*, «isto é, proibições de valoração que não têm atrás de si qualquer violação duma proibição de produção de prova. Para além disso e sobretudo, – e diferentemente do que tende a acontecer, v.g., com as chamadas *exclusionary rules* do direito americano – nem sempre a violação de uma proibição de produção de prova é sancionada com a proibição da valoração da prova obtida.

³ Pensemos, v.g., no caso de, na decorrência de uma busca que seguiu os trâmites legais, ser apreendido um diário pessoal. Poderá questionar-se se o mesmo poderá ser valorado, ou se, pelo contrário, a sua valoração representaria uma «abusiva intromissão na vida privada» – cf. art. 32º, nº 8, da CRP (ítálico nosso), caso em que deverá ser cominada uma proibição de valoração. Nota CAIADO MILHEIRO – Anotação ao artigo 167º do Código de Processo Penal, in *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, tomo II, p. 535, que «a conformidade com as regras de obtenção de uma determinada prova não significa que os documentos que daí advenham possam ser utilizados sem um novo crivo valorativo *in concreto*. É o que emerge do ac. TC 607/2003 que analisou uma situação em que a apreensão foi legítima, mas o “documento diário” implicava uma análise adicional em relação à sua aptidão probatória *naquele processo*».

⁴ Como refere JOSÉ NEVES COSTA, «Provas Ilicitamente Obtidas por Particulares», in *Prova Penal Teórica e Prática*, p. 193, refere que, «no que respeita à questão de saber se os particulares são ou não destinatários das proibições de *obtenção* de prova, a doutrina e a jurisprudência não têm sido unânimes: esta última divide-se encontrando-se decisões em ambos os sentidos e, entre aquela primeira, parece vir prevalecendo a posição nos termos da qual as normas de proibição de prova são essencialmente normas de disciplina dos poderes públicos, defendendo-se que, nos casos de ilicitude na obtenção de provas por particulares, está em causa uma proibição de *valoração* e não de *produção* de prova». (ítálicos nossos).

⁵ Ao contrário do que ocorre no sistema americano, onde as proibições de prova (*exclusionary rules*) têm uma dimensão sobretudo processual, preordenada à tutela do *due process of law*.

por exemplo, quando a informação probatória trazida ao processo tenha sido obtida por um particular mediante tortura (art. 126º CPP), dúvidas não haverá quanto à insusceptibilidade da mesma ser utilizada, dada a mácula de proibição de valoração que sobre ela, indelevelmente, recairá. E esta solução encontra apoio no art. 126º CPP, que não contém qualquer referência aos seus destinatários, da qual se pudesse concluir estar o preceito adscrito à actuação das instâncias formais de controlo, à semelhança do que ocorre no sistema americano de proibições de prova.

Com efeito, as *exclusionary rules* do direito americano têm como exclusivos destinatários os órgãos das forças policiais e os particulares que ajam no interesse e às ordens das instâncias formais de controlo penal.^{6/7/8} No entanto, e como referimos, o modelo português aproxima-se do modelo alemão, em que a nota caracterizadora é a da tutela dos direitos fundamentais. Esta sua dimensão substantiva importa a não adstricção das mesmas às instâncias formais de controlo, podendo mesmo ter como destinatários particulares.⁹ Para além do *primeiro caso do diário*, é também de fazer relevar,

⁶ Segundo BRADLEY (*apud* COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições...*, p. 144), «verdadeiramente decisiva em debate na fase do processo americano relativa à admissibilidade dos meios de prova é, assim, determinar se terá ou não ocorrido uma violação da lei por parte da polícia». No caso *Elkins v. United States*, 1960, concluiu o *Supreme Court* que as proibições de prova configuram «*the only effectively available way*» para garantir a disciplina da actividade policial.

⁷ JOSÉ NEVES COSTA, *ibidem*, pp. 174-175, relata que no caso *Burdeau v. McDowell*, em 1921, «o Tribunal deixou bem claro que estas regras não se aplicam a particulares quando fossem estes a obter à sua custa as provas, adoptando uma concepção estritamente processual da *Fourth Amendment*, a qual se destinaria exclusivamente a regular a actividade da polícia. (...) E esta jurisprudência mantém-se até hoje, sendo entendimento no Direito Processual Penal norte-americano federal que as investigações dos particulares e as provas por eles obtidas não estão sujeitas ao escrutínio da *Fourth Amendment*, nem à *exclusionary rule*, encontrando-se bastante viva na jurisprudência do *Supreme Court* a chamada “Burdeau rule”. Assim, nos Estados Unidos da América, pelo menos a nível federal, parece que são admissíveis em julgamento penal as provas obtidas por particulares com base, por exemplo, em fraude, coacção, invasão da privacidade ou da violação da vida privada, sendo certo que são particularmente cobiçadas provas como fotografias, vídeos, gravações ou diários pessoais, pelo seu elevado valor probatório.»

⁸ Solução diferente é sufragada no Estado do Texas, em que se considera que as *exclusionary rules* se aplicam a qualquer pessoa e não apenas às instâncias formais de controlo – *ibidem*, p. 176.

⁹ Veja-se a esse propósito a decisão no *primeiro caso do diário*, em que, com fundamento na dignidade humana e no livre desenvolvimento da personalidade, arguiu o BGH: «Eles vinculam o Estado e todos os seus órgãos *bem como qualquer pessoa no domínio do tráfico jurídico*

nesta sede, a decisão do *caso do gravador*, de 1960, em que o BGH se pronunciou pela inadmissibilidade da valoração de uma gravação ocultamente realizada por um particular, precisamente, em homenagem aos direitos de personalidade do arguido, sem, contudo, ter ignorado que os mesmos não são insusceptíveis de restrição.¹⁰ É, pois, neste quadro de matiz substantiva de proibições de prova que nos moveremos, passando, de seguida, para a análise do artigo 167^o CPP, que prevê uma proibição de *valoração* de prova, nuclear para o nosso objecto de estudo, e que tem indubitavelmente como destinatários, para além das instâncias formais de controlo, os particulares, sendo em relação à valoração das provas recolhidas por estes últimos que dedicaremos a nossa reflexão.

privado.» (itálico nosso). Assim também no aresto de 1973, em que o Tribunal Constitucional Alemão verteu de forma mais acabada a *teoria dos três graus*: «tem sido jurisprudência constante deste Tribunal Constitucional o entendimento de que a Lei Fundamental reconhece ao cidadão individual uma área inviolável de livre conformação da vida privada, de todo em todo subtraída à intromissão e devassa dos agentes públicos ou *privados*». (itálico nosso). *Vide ibidem*, pp. 141-142.

¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 183.

ÍNDICE GERAL

NOTA PRÉVIA	5
RESUMO	7
ABSTRACT	9
SIGLAS E ABREVIATURAS	11
INTRODUÇÃO	13
1º CAPÍTULO – PROIBIÇÕES DE PROVA	17
Função e destinatários	17
2º CAPÍTULO – A PROIBIÇÃO DE VALORAÇÃO DO ART. 167º, Nº 1, DO CPP	21
I. Sobre a admissibilidade das reproduções mecânicas	21
II. Apreciação crítica do art. 167º, nº 1, do CPP	27
III. Âmbito da remissão operada para o Direito Penal Substantivo	33
3º CAPÍTULO – O ART. 199º CP: AS GRAVAÇÕES E AS FOTOGRAFIAS ILÍCITAS	35
I. O princípio do bem jurídico como critério de legitimação e delimitação do «conteúdo de imputação» da norma penal	35
II. Âmbito de tutela típica do art. 199º CP	43
1. A tutela penal do direito à palavra falada	45
2. A tutela penal da imagem	50
4º CAPÍTULO – A EXCLUSÃO DA ILICITUDE COMO REQUISITO DA ADMISSIBILIDADE DAS REPRODUÇÕES MECÂNICAS	55
I. A ilicitude penal	55
II. O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28-05-2019	64
1. Legítima Defesa	66
2. Direito de Necessidade	70
3. Outras dirimentes da responsabilidade penal	73

5º CAPÍTULO – A EXCLUSÃO DA TIPICIDADE DA CONDUTA QUE PROCEDE À CAPTAÇÃO DA IMAGEM	77
O enquadramento em lugar público e em factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente	77
6º CAPÍTULO – A EXCLUSÃO DA TIPICIDADE DAS GRAVAÇÕES <i>PRIMA FACIE</i> ILÍCITAS – REDUÇÃO TELEOLÓGICA DO TIPO PENAL	83
I. Delimitação do âmbito de tutela típica de sentido vitimodogmático	83
II. A vitimodogmática – proposta de uma solução	87
III. Entendimento da doutrina e da jurisprudência	99
CONCLUSÃO	107
BIBLIOGRAFIA	109