



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA-ESCOLA DE LISBOA
MESTRADO FORENSE

**GRAVAÇÕES E FOTOGRAFIAS EM PROCESSO PENAL -
VALORAÇÃO DA PROVA OBTIDA POR PARTICULARES**

Por Rita Duvergé Vaz Serra

Sob orientação do Professor Doutor Germano Marques da Silva

Dissertação apresentada à Universidade Católica Portuguesa- Escola de
Lisboa para obtenção do grau de Mestre em Forense

Lisboa, março de 2017

*Ao meu avô, Bernard Duvergé,
viajante do Mundo.
Pelo conhecimento que me transmitiu
ao longo de 23 anos.*

Agradecimentos

À minha mãe Lúcia e ao meu padrasto Rui,
Pela educação, carinho e esforço monumental que fizeram para que eu conseguisse
realizar os meus sonhos.

Aos meus irmãos Joana e Afonso,
Pelo apoio e incentivo nos momentos menos fáceis.

À restante família,
Por estar sempre presente.

Ao Professor Germano Marques da Silva,
Pela orientação, dedicação e apoio durante a realização desta dissertação.

Índice

Introdução	5
I. Os fins processuais penais e a valoração das fotografias e gravações obtidas pelos particulares	7
II. O Direito Constitucional à palavra e à imagem.....	11
III- O Processo penal e a prova obtida através de fotografias e gravações.....	14
III.I. Os particulares como destinatários das normas processuais	17
IV- A tutela da imagem e da palavra no artigo 199º do Código Penal	18
IV.I. A tipificação do crime de gravações e fotografias ilícitas	19
IV.II. O dualismo na conduta típica do agente	23
IV.III- A responsabilidade penal do particular pela obtenção de provas através de conduta criminosa.....	25
IV.IV- A imagem, a palavra e a autonomia em relação à devassa da vida privada	32
V. A abertura a novas restrições: a prova obtida por meios ocultos e a criminalidade mais grave.....	38
Conclusão	41
Bibliografia.....	43

Introdução

A evolução tecnológica tem registado avanços significativos que contribuem para a transformação da nossa sociedade. Esta mudança faz-se acompanhar de desafios para o ordenamento jurídico no sentido de uma constante atualização das normas e do pensamento jurídico, garantindo a sua adequação à sociedade em que se inserem.

Na presente dissertação a problemática centra-se na utilização das tecnologias em processo penal, como meio oculto de prova, através da captura ilícita de voz ou imagem por particular.

Pretendemos com este trabalho refletir a importância destes novos mecanismos de obtenção de prova porque, num mundo em que todos nos encontramos diariamente “ligados” às tecnologias permite-se um crescente esbatimento entre a vida pública e privada o que, em determinadas situações, como na utilização de dispositivo eletrónico para captação de um ilícito, pode ser um fator promotor de uma flexibilização excessiva das normas constitucionais, penais e processuais penais transformando a valoração das provas obtidas através destes meios, num conflito entre direitos constitucionalmente garantidos, consagrados no artigo 26º da Constituição da República Portuguesa, fins do processo penal e interesses comunitários.

A raiz do questão centra-se, por isso, na potencial lesão de direitos constitucionalmente garantidos como o direito à imagem, à palavra ou à reserva da vida privada. Como tal, é com o estudo do âmbito da tutela destes direitos e do valor que lhes é atribuído no ordenamento português que começamos o nosso trabalho porquanto, é nesta tutela que se sustentam as normas penais e processuais.

Contudo, é no âmbito do processo penal que os problemas da admissibilidade destas provas se levantam, por isso analisaremos a regra geral de proibição de métodos de prova, consagrada no artigo 126º do Código de Processo Penal, e a regra especial de admissibilidade das reproduções mecânicas, entre as quais surgem gravações, fotografias e filmes, constante do artigo 167º do Código de Processo Penal. Admissibilidade que depende da licitude penal da conduta do agente que no caso sob estudo se subsume ao estudo do artigo 199º do Código Penal.

No exame do normativo penal descortinaremos sobre as diferenças subjacentes à tipificação das condutas lesivas de cada um dos direitos, bem como a autonomia atribuída aos momentos de captação e/ou utilização da palavra e da imagem no nosso

ordenamento jurídico, e de que forma essa dupla incriminação vai afetar a valoração de prova em processo criminal.

Em cada capítulo comentaremos a aplicação, por parte dos tribunais portugueses, das normas *supra* mencionadas.

A prática jurisprudencial na admissão e valoração da prova obtida por particulares não é unificada e tem exprimido alguns pontos de divergência em relação à posição, mais tradicionalista, adotada pela doutrina. Naquela que consideramos ser uma visão mais pragmática da conflitualidade entre direitos fundamentais, fins processuais, valores e interesses comunitários os tribunais têm contribuído em muitos casos para a valoração deste tipo de provas.

I. Os fins processuais penais e a valoração das fotografias e gravações obtidas pelos particulares

O artigo 125º do Código de Processo Penal determina como válidas todas as provas que não forem proibidas por lei, por sua vez o artigo 126º do mesmo código define a proibição de certos métodos de prova quando obtidos mediante determinadas circunstâncias.

Os meios de prova, aplicados ao caso concreto, constituem a única forma de ligar uma determinada pessoa à prática de um crime. Mas essa conexão não se pode realizar a qualquer custo. Na temática que estudamos não raras vezes, as provas resultantes da atividade dos particulares chegam ao processo como meios de garantia de justiça e verdade. Contudo, não deve o decisor, em qualquer circunstância, atribuir a estas finalidades um papel de superioridade em relação aos demais interesses e direitos. Senão veja-se.

A justiça tem como objetivo evitar a condenação de um inocente, o que se alcançará quando o processo permita a articulação no caso de “ (...) *elementos meramente técnicos, (...) históricos, económicos, lógicos, éticos, culturais e políticos*”¹, através do equilíbrio entre as provas apresentadas e os direitos fundamentais que com elas possam conflitar² no momento da sua admissão, na circunstância de não terem sido esses direitos respeitados quer no momento de obtenção, quer no momento de utilização destas. Situação que obriga o juiz a preterir, em decisão fundamentada, entre as provas e os direitos.

Todo este exercício de ponderação do decisor se baseia num segundo fim processual, o da segurança jurídica³, que garante no processo decisório o respeito pelos direitos e interesses dos particulares ponderando-os com a perseguição penal, que “*não é necessariamente o interesse predominante da vida em sociedade*”⁴ e a verdade na obtenção de justiça.

¹ Silva, Germano Marques da, “*Direito Processual Penal Português: noções gerais, sujeitos processuais e objeto*”, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2013, página 25.

² Ibidem, a complexidade do processo penal “*resulta da necessidade de articular na sua estrutura não só elementos meramente técnicos, mas também históricos, económicos, lógicos, éticos, culturais e políticos na disposição dos meios para garantir a realização do máximo conteúdo possível daqueles valores, os quais, por sua vez, frequentemente entram em conflito*”.

³ Ibidem, página 45, o jurista menciona que aqui se está “*mesmo no cerne de uma ponderação de valores conflitantes(...)*”.

⁴ Silva, Germano Marques da, “*Curso de Processo Penal II*”, 5ª edição, Lisboa, Verbo, 2008, página 176.

Conceito que se comprime a uma mera “*convicção da verdade*”⁵, como a descreve GERMANO MARQUES DA SILVA, referindo-se à forma como o juiz se convence que os factos provados efetivamente “*ocorreram*” atendendo a que “*só depois da aquisição dessa certeza adquire o poder de aplicar a sanção que a lei comina para o agente dos factos provados*”⁶.

Queira com isto notar-se que, na sua atividade decisória, dificilmente o juiz alcançará com exatidão a realidade dos factos e circunstâncias que levaram à ocorrência do crime. A ser esse o objetivo teria de se criar no processo uma ampla margem de desconsideração pelos direitos fundamentais, com o único intuito de alcance da verdade histórica.

O que se deverá sempre garantir, para o alcance da verdade material, é a realização de um processo equitativo para as partes que se refletirá no respeito pelos limites constitucionais relativos à prova, como os do artigo 32º, nº8 da Lei Fundamental e, tendencialmente⁷ por iguais possibilidades de intervenção no processo, tanto para a defesa como para a acusação.

Em conclusão, e por não serem estes valores irrefutáveis, como demonstra a prática com sentenças que conduzem “*a condenações e absolvições materialmente injustas*”, os tribunais renunciam “*à obtenção de um critério prático adequado de valoração das normas e problemas processuais*”⁸, porque tal levaria a uma “*sacrifcação dos meios pelos fins*”⁹, e à redução do processo penal, como bem refere JORGE MIRANDA, a normas de “*garantias dos arguidos (...), estrutura do processo(...)*” pondo de parte as “*normas sobre direitos fundamentais pessoais (...)* suscetíveis de ser atingidos nas diversas fases do iter processual”, porque “*(...) a produção da prova no processo não é geométrica nem aritmética; os dados, as provas produzidas são também e muito condicionadas pelo modo da sua produção*”¹⁰.

⁵ Silva, Germano Marques da, “*Produção e valoração da prova em processo penal*”, in Revista do Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, nº4 especial, 1º semestre, 2006, página 37.

⁶ Silva, Germano Marques da, “*Direito Processual Penal Português: noções gerais, sujeitos processuais e objeto*”, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2013, página 25.

⁷ Silva, Germano Marques da, “*Curso de Processo Penal*”, Tomo I, 6ª edição, Lisboa, Verbo, 2010, página 78.

⁸ Dias, Jorge de Figueiredo, “*Direito Processual Penal*”, Coimbra, Coimbra Editora, 2004 página 44.

⁹ Ibidem, página 194, onde o jurista escreve que a verdade “*(...) não sendo “absoluta” ou “ontológica”, há-de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática, (...)*”, com limites no seu alcance.

¹⁰ Miranda, Jorge, “*Processo penal e direito à palavra*” in Direito e Justiça- Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, volume XI, tomo II, página 38.

Devendo assim, optar-se por uma decisão caso a caso, num campo de conciliação entre fins processuais e direitos fundamentais, em cumprimento do princípio de igualdade e respeito entre as partes.

Equilíbrio que surge dificultado no momento de valoração das gravações, fotografias ou filmes obtidos pelos particulares por meios ocultos de investigação porque, não obstante estes meios contribuírem para a “*fixação do acontecimento*” têm uma “*dinâmica que ultrapassa largas vezes qualquer regulamentação jurídica*”¹¹ e “*cuja danosidade é certa (e drástica)*”¹², pela “*intromissão em comunicações que de outra forma não seriam conhecidas*”¹³ desprotegendo-se toda a forma de contacto social.

O que contribui para que um primeiro momento da atividade decisória passe pela análise, no caso concreto, da situação “*em que se encontra o particular (...)se está a ser vítima do crime e pretende facilitar a sua averiguação (...)*” através da filmagem, por exemplo, da prática de um crime de dano contra um bem seu, “*se é coautor*”, tentando demonstrar com a prova que não é o único culpado, se apenas pretende “*utilizar a gravação para chantagear a pessoa*”¹⁴ ou é uma testemunha que grava, com recurso a dispositivo móvel, uma situação de agressões físicas entre outros dois indivíduos.

Na jurisprudência portuguesa é manifesta, em múltiplas decisões, esta diferença na motivação subjacente à conduta da vítima, que não raras vezes tem o intuito de garantir a segurança de pessoas, bens e identificar o autor do crime, ou de uma testemunha “*com o sentido inequívoco de fazer prova em processo penal*”¹⁵, aliando essa motivação à consideração das circunstâncias pessoais do autor. Como são exemplo as decisões tomadas pela Relação de Lisboa e pela Relação de Coimbra em 2012 e 2009, respetivamente.

¹¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 28/09/2011, processo nº 22/09.6 YGLSB.S2 disponível em dgsi.pt – relator Santos Cabral.

¹² Andrade, Manuel da Costa, *Bruscamente no verão passado: a reforma do Código de Processo Penal-observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, página 117.

¹³ Mesquita, Paulo Dá, “*Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*” 1ª edição, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, página 84.

¹⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, 29/03/2016, processo nº 87/12.3GGBJA-AE1, disponível em dgsi.pt - relator António João Latas.

¹⁵ *Ibidem*, o tribunal fundou justificou-se dizendo que o facto de o crime de agressões se ter realizado em lugar público não afasta a privacidade do círculo de pessoas envolvidas, cuja proteção deve prevalecer.

A Relação de Lisboa¹⁶ após exame do caso imputou o crime de gravações e fotografias ilícitas a um advogado por considerar que este “*nunca poderia ter agido desconhecendo o carácter proibido da sua conduta*” destacando que nestes casos há necessidade de adequar o conceito de “homem médio” na apreciação judicial, que deixa de ser entendido como o comum indivíduo, ao patamar em que se discute a prova. No caso, como o autor das gravações ilícitas era advogado o homem médio teria de ser o técnico de direito.

A mesma decisão foi proferida na Relação de Coimbra num caso em que o arguido era um militar da GNR reformado, consistindo este facto num dos motivos pelo qual o coletivo de juízes o condenou em dois crimes de fotografias ilícitas. O tribunal considerou que este tinha de “*conhecer de forma qualificada- por referência ao comum dos cidadãos- da proibição legal de atuar como atuou e das consequências aí decorrentes*”¹⁷, abstendo-se de realizar a ação.

Perante estes dois casos se prova que a posição que a pessoa ocupa não basta, só por si, para garantir a sua despenalização. Os circunstancialismos do caso concreto podem modificar o juízo do decisor que nestas duas situações, e perante as qualidades pessoais dos autores, considerou existir uma maior necessidade de intervenção penal.

A partir desta consideração tentar-se-á perceber de que forma devem ser valoradas as provas obtidas nestas circunstâncias? Quais os elementos situacionais a que deve o tribunal atender na sua apreciação? Deve ter-se em consideração apenas a conduta criminosa do visado ou também se deve considerar a conduta potencialmente ilícita da pessoa que procede à obtenção dessa prova? Deve variar a valoração da prova se o coletivo estiver perante um determinado tipo de crime?

A resposta a estas questões é deveras importante porque, nem sempre os bens conflituantes podem ser “*harmonizáveis em concreto sem prejuízo para qualquer dos interesses (...)*”¹⁸, razão pela qual as provas obtidas com violação dos direitos à palavra e à imagem não são unanimemente aceites, declarando o juiz “*o direito do caso concreto, (...), definindo o que para este caso é, hoje e aqui, justo*” , desde que as

¹⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 26/04/2012, processo nº 914/07.7DLSB1.1-9, disponível em dgsi.pt- relator Almeida Cabral.

¹⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, 01/07/2009, processo nº 401/04.STAPBL.C1, disponível em dgsi.pt- relator Brizida Martins.

¹⁸ Pinto, Paulo Mota, “*O Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*” in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, nº 69, 1993, página 497.

peças não sejam “afetadas na esfera das suas liberdades pessoais para além do que seja indispensável à consecução do interesse comunitário (...)”¹⁹.

Com o intento de obter respostas às questões que abordámos, o nosso estudo partirá da análise à raiz constitucional dos direitos fundamentais pessoalíssimos, consagrados no artigo 26º da Constituição da República Portuguesa, da admissibilidade de restrições aos mesmos (artigo 18º) e nulidade da prova mediante violação destes (32º, nº8). Preceitos que encontram limite na dignidade da pessoa humana “para que se não ceda à tentação de sacrificar a violação de proibições de prova em atenção ao fim da descoberta de uma(...) verdade “material”²⁰.

II. O Direito Constitucional à palavra e à imagem

Como evidenciado anteriormente, os direitos à imagem e à palavra e os interesses com eles conflituantes não cabem total e simultaneamente dentro da questão submetida a apreciação judicial, apesar do processo penal “prestar a mais atenta consideração às diferentes possibilidades e pontos de vista que se lhe oferecem num momento dado”²¹.

É ao Direito Constitucional, mais precisamente ao artigo 26º da Constituição, que cabe a tutela dos direitos à palavra e à imagem como direitos fundamentais. Direitos que ganharam autonomia com o crescente desenvolvimento dos meios tecnológicos que permitiu o “reconhecimento de novas dimensões da personalidade”²², sendo também este preceito um ponto de referência para as normas penais e processuais penais.

Relativamente ao direito à palavra, a sua proteção constitucional garante a “conexão das palavras entre si e com o lugar, o tempo e demais circunstâncias em que foram ditas”²³, evitando “qualquer deformação ou utilização “enviesada”²⁴ da palavra ao mesmo tempo que garante a “(...) integridade de uma “esfera privada” de

¹⁹ Ibidem, página 496.

²⁰ Dias, Jorge de Figueiredo, “Direito Processual Penal”, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, página 194.

²¹ Miranda, Jorge, “Processo penal e direito à palavra” in Direito e Justiça- Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, volume XI, tomo II, página 50.

²² Andrade, Manuel da Costa, “Bruscamente no verão passado: : a reforma do Código de Processo Penal- observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente”, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, página 113.

²³ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 07/11/2006, disponível em dgsi.pt – Jurisprudência da Relação, nº 1308.

²⁴ Canotilho, J.J. Gomes/Moreira, Vital – Constituição da República Portuguesa: anotada, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, página 467.

comunicação verbal”²⁵ entre o visado e o leque de destinatários determinado permitindo ao indivíduo decidir o que diz e a quem o diz²⁶. A importância deste direito é manifesta no artigo 34º, nº4, preceito limitativo da ingerência das autoridades públicas na comunicação privada apenas a casos nos quais recaia sobre a pessoa “*indícios da prática de um crime de catálogo*”²⁷, e que se encontra dependente de despacho judicial.

Esta conceção de proteção do “eu” em todas as suas vertentes, também se encontra na tutela da imagem, que atribui ao indivíduo, de acordo com a doutrina, a capacidade de autodefinição²⁸ e autoexposição²⁹ nas suas relações interpessoais.

Transpondo este entendimento para a captação de uma fotografia prova de um crime obtida por particular, inevitavelmente esta ligará a figura do visado a um acontecimento negativo fazendo-se um juízo societário anterior ao julgamento feito pelos tribunais. Ligação que a Constituição considera inadmissível e que protege no seu artigo 26º, nº2, através de “*(...) garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas (...)*” de provas salvaguardando estes e “*outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*”³⁰.

Provas que encontrarão na dignidade da pessoa humana situada “*acima da própria perseguição dos criminosos, do combate à criminalidade*”³¹, o limite que permite ao Estado “*(...) instituir mecanismos que impeçam tal violação(...)*”³² quando a prova “*conflitue com o legítimo interesse das pessoas em não serem afetadas na esfera das suas liberdades pessoais para além do que seja indispensável à consecução do interesse comunitário (...)*”³³, mais uma vez através da desabsolutização de princípios como a perseguição penal.

²⁵ Apud MAUNZ/DURIG, Miranda, Jorge/ Medeiros, Rui, “*Constituição Portuguesa: anotada*”, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, página 618.

²⁶ Medeiros, Rui/ Cortês, António, in Miranda, Jorge/ Medeiros, Rui, “*Constituição Portuguesa: anotada*”, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, página 618, que o entendem como um direito à autodeterminação informacional.

²⁷ Silva, Germano Marques da/ Sá, Fernando, in Miranda, Jorge/ Medeiros, Rui, “*Constituição Portuguesa: anotada*”, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, página 775.

²⁸ Medeiros, Rui/Cortês, António, in Miranda, Jorge/ Medeiros, Rui. “*Constituição Portuguesa: anotada*”, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, página 618.

²⁹ Canotilho, J.J. Gomes/Moreira, Vital – *Constituição da República Portuguesa: anotada*, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, página 467.

³⁰ Ibidem, página 471.

³¹ Silva, Germano Marques da, “*Produção e valoração da prova em processo penal*”, in Revista do Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, nº4 especial, 1º semestre, 2006, página 41. O jurista refere mesmo que a dignidade sendo “*(...)o próprio fundamento dos direitos(...), nunca poderia ser sacrificada*”.

³² Canotilho, J.J. Gomes/Moreira, Vital – *Constituição da República Portuguesa: anotada*, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, página 471.

³³ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, 29/03/2016, processo nº 87/12.3GGBJA-AE1, disponível em dgsi.pt - relator António João Latas.

Não obstante, não será só na dignidade da pessoa humana que as restrições a estes direitos, feitas na medida do necessário, conforme o artigo 18º, encontram um limite. Estas, de acordo com o direito que violem, terão sempre como *limite absoluto*³⁴ o núcleo essencial do direito fundamental que se poderá encontrar por exemplo, na integridade física ou moral da pessoa. Por este motivo, a Constituição no seu artigo 32º, nº8 impede a valoração de todas as provas que “(...) *representam grave limitação da liberdade de formação e manifestação da vontade do arguido*”³⁵ considerando-as nulas e exigindo “*engenho e arte*”³⁶ na descoberta de caminhos legais para chegar ao resultado almejado.

Uma destas garantias encontra-se na Lei 67/98, de 26 de Outubro que exige aos responsáveis por tratamentos de imagem e som a notificação à Comissão Nacional de Proteção de Dados do uso de sistemas de vigilância, garantindo-se a proteção desses dados quando tenham um carácter privado.

Consequentemente consegue impedir-se que se exceda “*na salvaguarda do direito ameaçado*”³⁷, fixando-se “*uma baliza última de defesa dos direitos, liberdades e garantias*”³⁸ que limite cada restrição ao necessário evitando que se impeça a finalidade prática de um direito. De facto, a tentativa de conciliar os direitos e interesses discordantes só poderia ser feita em respeito pelos limites que impedem a exclusão integral de um dos direitos.

Reforço de tutela que nos direitos à palavra e à imagem surgiu com os avanços registados com as novas tecnologias e que alertaram para a necessidade de manutenção do “(...) *reconhecimento de um espaço legítimo de liberdade e realização pessoal*”³⁹ que, por força do artigo 18º, tem como destinatários não só as autoridades judiciais como os particulares que atuem “*com desrespeito da confiança em que têm de assentar*

³⁴ Medeiros, Rui/Cortês, António in Miranda, Jorge/ Medeiros, Rui, “*Constituição Portuguesa: anotada*”, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, página 344.

³⁵ Canotilho, J.J. Gomes/Moreira, Vital – *Constituição da República Portuguesa: anotada*, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, página 524.

³⁶ Silva, Germano Marques da/Salinas, Henrique in Miranda, Jorge/ Medeiros, Rui, “*Constituição Portuguesa: anotada*”, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, página 736, os autores dizem que “*seriam intolerável que para realizar a Justiça no caso fossem utilizados elementos de prova obtidos por meios vedados pela Constituição e incriminados pela lei.*”

³⁷ Miranda, Jorge/ Silva, Jorge Pereira in Miranda, Jorge/ Medeiros, Rui, “*Constituição Portuguesa: anotada*”, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, página 344.

³⁸ *Ibidem*, página 395.

³⁹ Medeiros, Rui/Cortês, António in Miranda, Jorge/ Medeiros, Rui. “*Constituição Portuguesa: anotada*”, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, página 614.

as relações humanas”⁴⁰, porque “*se alguma intromissão (...) pode ser consentida, decerto nunca o é a que se traduz na prática de um crime*”, “*nunca o é a que leva a cabo um particular com desrespeito da confiança em que têm de assentar as relações humanas*”⁴¹, numa clara “*superação do paradigma liberal dos direitos fundamentais, apenas como direitos de defesa contra a ação estatal(...)*”⁴², como referem JORGE MIRANDA E JORGE PEREIRA DA SILVA.

III- O Processo penal e a prova obtida através de fotografias e gravações

A prova é o meio através do qual é demonstrado, no processo, a existência de um crime. Quando estudamos a prova e mais especificamente a prova proveniente de gravações e fotografias, temos de considerar as normas do processo penal que com ela se relacionam.

O primeiro preceito ao qual devemos atender é a regra geral do artigo 126º do Código de Processo Penal, consagrador no processo o artigo 32º, nº8 da Constituição da República Portuguesa que, através da enumeração de métodos proibidos de prova lesivos dos direitos pessoais constitui por um lado, um verdadeiro obstáculo à descoberta da realidade dos factos porque, como destaca GERMANO MARQUES DA SILVA “*um facto pode ser julgado como não provado simplesmente porque o meio que o provaria (...) não pode ser utilizado no processo (...)*”⁴³ e por outro, protege os indivíduos de condutas que comprometem “*a imagem de um processo penal com as credenciais de um Estado de Direito*” e garante, como refere COSTA ANDRADE, a diminuição da “*dissonância e a conflitualidade*”⁴⁴ da valoração de provas, já que a proibição destes comportamentos abre portas à eliminação destas condutas pelo agente, porque não lhe trazem qualquer benefício.

Excepto nas condutas do nº3 do artigo 126º, nas quais se admite o afastamento da regra geral com o “*consentimento do respectivo titular*” porquanto violam direitos

⁴⁰ Miranda, Jorge, “*Processo penal e direito à palavra*” in *Direito e Justiça- Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, volume XI, tomo II, página 60.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Miranda, Jorge/ Silva, Jorge Pereira in Miranda, Jorge/ Medeiros, Rui, “*Constituição Portuguesa: anotada*”, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, página 333.

⁴³ Silva, Germano Marques da, “*Curso de Processual Penal*”, volume II, Verbo, 2011, página 173.

⁴⁴ Andrade, Manuel da Costa, “*Consenso e Oportunidade*” in *O Novo Código de Processo Penal, Jornadas de Direito Processual Penal*, Coimbra, Livraria Almedina, 1995, página 337.

disponíveis⁴⁵. Nestes casos, “*se o titular do direito consentir na intromissão ou renunciar expressamente à arguição de nulidade (...)*”, “*o juiz não pode conhecer oficiosamente a nulidade resultante da prova*”⁴⁶.

Alcançando-se desta forma no artigo 126º “*(...) dois graus de desvalor das provas*”⁴⁷, a partir dos quais as proibições podem ser divididas em absolutas e relativas⁴⁸, sendo relativas quando “*(...) está em causa um direito individual que poderá ter de ceder face à necessidade de salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente consagrados*”⁴⁹, como os direitos à imagem e à palavra através da atribuição de relevância constitucional à vontade da pessoa⁵⁰, e absoluta quando se viole a integridade física e moral, nos números 1 e 2 do artigo 126º.

No entanto, os direitos fundamentais “*(...) não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos*” valendo igualmente como valores ou fins prosseguidos pela comunidade⁵¹ cujo sacrifício “*tem invariavelmente como reverso a afronta aos princípios basilares do processo penal de um Estado de Direito*”⁵², por isso o consentimento, “*nem sempre estará (...) completamente ao abrigo de abusos e desvios*”⁵³, como acontece na valoração do crime de gravações e fotografias ilícitas em

⁴⁵ Mendes, Paulo de Sousa, “*As proibições de prova no processo penal*”, in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, coordenação de Maria Fernanda Palma, Coimbra, Almedina, 2004, página 154.

⁴⁶ Albuquerque, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, página 321.

⁴⁷ *Ibidem*, apud Maia Gonçalves, nota de rodapé 148.

⁴⁸ Silva, Germano Marques da, “*Curso de Processual Penal*”, volume II, 5ª edição Lisboa, Verbo, 2011, página 174, “*As proibições absolutas dizem respeito a direitos que a Constituição considera como invioláveis (artigo 25º da CRP); as proibições relativas aos direitos que a Constituição admite sejam limitados nos casos previstos na lei em matéria de processo penal (artigo 26º e 34º, n.º 3 e 4).*” Com o mesmo entendimento, Mendes, Paulo Sousa, “*As proibições de prova em processo penal*”, in Jornadas de Direito Processual Penal e de Direitos Fundamentais, coordenação de Maria Fernanda Palma, Coimbra, Almedina, 2004, página 137.

⁴⁹ Martins, Milene Viegas, “*Admissibilidade de valoração de imagens captadas por particulares como prova no processo penal*”, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2014, página 53, desta forma a autora descreve a restrição constitucional do artigo 18º da Constituição aplicada ao direito pessoal à imagem, interpretado como um direito passível de ser limitado.

⁵⁰ É esta a consideração feita por Paulo Pinto de Albuquerque no seu comentário ao artigo 126º quando refere que o entendimento contrário, “*não é suportado pelo próprio artigo 34º, n.º 2 e 3, da CRP, (...)*” além de constituir igualmente uma contradição da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, páginas 320 e 321.

⁵¹ Andrade, Manuel da Costa, “*Consenso e Oportunidade*” in O Novo Código de Processo Penal, Jornadas de Direito Processual Penal, Coimbra, Livraria Almedina, 1995, página 333.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*, página 331.

que nalguns casos o interesse comunitário na punição do visado é superior à proteção do seu direito pessoal.

Por isto, não obstante a existência desta regra geral o legislador promoveu, em relação a alguns métodos probatórios, uma regulamentação especial como sucede com as reproduções mecânicas no artigo 167º do Código de Processo Penal.

Como menciona MAIA GONÇALVES existem “razões de ordem ética e perigo de deturpações (...) determinantes da interdição total destes meios”⁵⁴ por vezes ocultos, por isso se faz depender a admissibilidade das reproduções mecânicas da sua licitude penal representando a “consagração positiva da opção do legislador de não reconhecer à realização da justiça (...) a prevalência necessária para justificar, só por si (...) os atentados à palavra e à imagem”⁵⁵, abrindo portas “às novas possibilidades de justificação mediatizadas pela situação criada a partir da realização da prova produzida”⁵⁶, em apelo à entrada para o juízo de valoração de causas de justificação, como a legítima defesa.

Mas tal reconhecimento do peso atribuído à lei penal não pode, em nossa opinião, significar a sua absolutização em relação às normas processuais. É sabido que a prossecução da justiça ou a obtenção de verdade não servem como causas justificativas dos “atentados à palavra e à imagem” e, não constituem fatores legitimadores da atuação de um particular ou de uma autoridade pública “à margem do consentimento ou de expressa autorização legal de gravação, fotografia ou filme. Como não legitima a sua utilização ou valoração em processo penal”⁵⁷. Mas, tomando como exemplo os casos em que as autoridades judiciárias compelem a pessoa a tirar uma fotografia, apesar de a conduta não se encontrar prevista no Código Penal não deixa de ser válida, porque “se (...) tiverem sido obtidas em harmonia com as disposições (...), podem ser usadas como meio de prova e não há qualquer ilicitude penal por parte de quem as

⁵⁴ Gonçalves, Manuel Lopes Maia, “Código de Processo Penal: anotado, legislação complementar, 17ª edição, Coimbra, Almedina, 2009, página 348. Regras e ética que não podem deixar de proibir a violação da intimidade e das regras elementares de lealdade, de acordo com Costa Andrade, “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, 1984 página 550 *apud* Eduardo Correia.

⁵⁵ Andrade, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense ao Código Penal, Tomo II*, comentário ao artigo 199º, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, página 1226, §83.

⁵⁶ Andrade, Manuel da Costa, “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, 1984, páginas 578 a 580.

⁵⁷ Andrade, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense ao Código Penal, Tomo II*, comentário ao artigo 199º, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, página 1226, §83.

obteve”⁵⁸. Ademais, como diz JORGE MIRANDA, não poderia a proteção ser feita de outra forma porque, “*se a Constituição atribui e defende determinados direitos, vinculando ao seu respeito quer as entidades públicas, quer as entidades privadas, não faria sentido que, do mesmo passo, admitisse que eles pudessem ser recusados ou destruídos fosse qual fosse a finalidade, inclusive de processo penal*”⁵⁹.

III.I. Os particulares como destinatários das normas processuais

Questão determinante neste tema, na medida em que falamos de provas carreadas para o processo por particulares, é se estes podem ser destinatários das normas processuais penais.

Pese embora o artigo 126º, nº3 do Código de Processo Penal estar, pela sua redação, vinculado a investigadores e autoridades judiciárias⁶⁰, o mesmo não acontece no artigo 167º, “*porque a proibição de valoração aplica-se uniformemente, quer às instâncias formais de controlo, quer aos particulares, (...)*” que serão punidos sempre que a “*valoração das provas mediatizadas (...) afronte abertamente o espírito do preceito ou fruste o seu programa de tutela*”⁶¹.

E é com base nesta perspetiva que entendemos serem os particulares destinatários do artigo 126º, nº3⁶². A possibilidade de um particular poder recorrer a método proibido, em desrespeito pelo processo, pode promover perante estes a continuação de condutas lesivas dos direitos de cada um e da força vinculante das

⁵⁸ Gonçalves, Manuel Lopes Maia, “*Código Penal português: anotado e comentado, legislação complementar*”, 14ª edição, Coimbra, Almedina, 2001, página 425. O jurista justifica e bem este entendimento com a unidade da ordem jurídica, artigo 31º, nº1 do Código Penal.

⁵⁹ Miranda, Jorge, “*Processo penal e direito à palavra*” in *Direito e Justiça- Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, volume XI, tomo II, página 51. Como o mesmo sentido o jurista admite “quando certo direito é objeto de proteção pela lei penal, isso significa, para lá de qualquer consideração, que (...) lhe deve corresponder um tratamento processual adequado”, nomeadamente pela invocação do princípio da unidade do sistema, página 59.

⁶⁰ Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa, 28/05/2009, processo nº 10210/2008-9, disponível em dgsi.pt-relatora Fátima Mata-Mouros. No mesmo sentido, Supremo Tribunal de Justiça, 28/09/2011, processo nº 22/09.6YGLSB.S2, disponível em dgsi.pt- relator, Santos Cabral, *ao referir o dever dos “investigadores e autoridades judiciárias respeitarem normativos que, (...) para a prossecução de outros direitos ou fins constitucionalmente contemplados, (...), autorizam restrições aos direitos fundamentais”*, e Tribunal da Relação de Évora, 28/06/2011, processo nº 2499/08.8TAPTM.E1, disponível em dgsi.pt -, relator José Maria Martins Simão, “*No que concerne aos particulares, os seus deveres de respeito pelos direitos das pessoas consagrados constitucionalmente encontram-se concretizados na legislação ordinária, não decorrendo de nenhuma norma processual penal. Assim (...) há que atender à tipificação dos ilícitos penais previstos no Código Penal, ilícitos estes que tutelam aquele direito fundamental*”.

⁶¹ Martins, Milene Viegas, “*A admissibilidade de valoração de imagens captadas por particulares como prova no processo penal*”, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2014, páginas 45 e 47.

⁶² Andrade, Manuel da Costa, “*Sobre as proibições de prova em processo penal*”, Coimbra, Coimbra Editora 2006, página 213. Igualmente Germano Marques da Silva admite a extensão desta norma os particulares, “*Curso de Processual Penal*”, volume II, Verbo, 2011, página 173.

normas legais. Por conseguinte, concordamos com RUI MEDEIROS E ANTÓNIO CORTÊS quando alertam para a necessidade de ser feita referência expressa na norma processual aos particulares como destinatários⁶³, apesar de não ser este um entendimento unânime. SOUSA MENDES limita o leque de destinatários aos órgãos de perseguição penal, “*a começar pelas autoridades judiciárias e a terminar nos OPC*”, e indiretamente aos particulares quando atuem sob direção ou ordens de instâncias formais de controlo. Contudo, da interpretação desta perspetiva entendemos que os particulares, mesmo não sendo destinatários primários da norma, acabam, indiretamente por o ser, já que as provas recolhidas mediante essas circunstâncias deixariam de ser usadas em processo penal⁶⁴, o que vai de encontro ao nosso entendimento.

IV- A tutela da imagem e da palavra no artigo 199º do Código Penal

Tanto o direito à palavra e o direito à imagem visam a “*proteção da pessoa (...), na sua liberdade própria de existir, na sua maneira de ser (...)*”⁶⁵. Como referido no capítulo antecedente, a nossa lei processual penal, no seu artigo 167º, faz depender a admissibilidade como prova de reproduções mecânicas da sua licitude a nível penal. Por força dessa remissão, e focando-nos nas gravações e fotografias ilícitas, terá de se proceder a uma análise do artigo 199º do Código Penal.

A tutela penal da palavra, no artigo 199º nº1, alíneas a) e b) protege o contacto interpessoal realizado “*(...) sob a forma de atos de comunicação*”, “*à margem de manifestações intoleráveis de heteronomia e coerção*”⁶⁶, evitando a criação da sensação de se estar constantemente exposto à curiosidade alheia,⁶⁷ já que tutela

⁶³ Medeiros, Rui/ Cortês, António, in Miranda, Jorge/ Medeiros, Rui, “*Constituição Portuguesa: anotada*”, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, página 342 e 351.

⁶⁴ Mendes, Paulo Sousa, “*As proibições de prova em processo penal*”, in Jornadas de Direito Processual Penal e de Direitos Fundamentais, coordenação de Maria Fernanda Palma, Coimbra, Almedina, 2004, página 139 e página 141, quando na nota de rodapé cita Costa Andrade, corroborando o nosso entendimento.

⁶⁵ Miranda, Jorge, “*Processo Penal e Direito à Palavra*”, in Direito e Justiça- Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, volume XI, tomo II, página 56.

⁶⁶ Andrade, Manuel da Costa, “*Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoas: uma perspetiva jurídico-criminal*”, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, páginas 31 e 32.

⁶⁷ Andrade, Manuel da Costa, ao citar Gallas, menciona que o objetivo desta incriminação prende-se com a prevenção do “*perigo associado ao sentimento de estar permanentemente exposto e indefeso face à devassa e agressão da curiosidade sensacionalista de terceiros. (...) O sentimento de estar sob ameaça contínua do gravador oculto, faz perder a inocência da palavra e rouba à pessoa um dos elementos essenciais do humano: a possibilidade de uma comunicação, assente na confiança, com os outros.*” “*Sobre a reforma do Código Penal Português: Dos crimes contra as pessoas, em geral, e das gravações e fotografias ilícitas, em particular*” in Revista Portuguesa da Ciência Criminal, Ano 3, fascículos 2- 4, Abril-Dezembro de 1993, página 475.

conversas “(...)com maior desenvoltura(...)”⁶⁸, onde não existem tantos formalismos e cuidados.

Desta forma, a partir da incriminação pelo crime de gravações e fotografias ilícitas evita-se a “destruição do princípio da confiança nas relações sociais”⁶⁹ porque, “a frustração e cerceamento arbitrários desta dimensão positiva [do direito à palavra] resultariam em consequências (...) perturbadoras. Tanto para o direito pessoal de (...) comunicação como, reflexamente, para o próprio sistema social”⁷⁰.

“Liberdade de existir” que também se encontra na tutela do direito à imagem no artigo 199º, nº2, alíneas a) e b) do Código Penal que tem como objetivo reconhecer à pessoa “o domínio exclusivo sobre a sua própria imagem”⁷¹ de forma a que esta não seja “involuntariamente exposta e sujeita à apreciação crítica pública(...)”⁷², a par com o que acontece na tutela constitucional. De facto, a imagem de cada indivíduo é a primeira característica pessoal que quem com ele contacta percebe e a esse contacto podem associar-se variadíssimos perigos que se tentam diminuir, com a tipificação pela lei penal, do crime de gravações e fotografias ilícitas.

IV.I. A tipificação do crime de gravações e fotografias ilícitas

Imagine-se um indivíduo que ao falar ao telemóvel com a sua ex-mulher resolve gravar a conversa que os dois estão a ter, mas a sua interlocutora desconhece que aquele está a efetuar a gravação.

Nesta situação a conduta lesiva do agente restringe-se ao âmbito da palavra, tipificada pela lei penal, no artigo 199º, nº1, alíneas a) e b) quando o agente “sem consentimento(...) gravar palavras proferidas por outra pessoa e não destinadas ao público”.

⁶⁸ Rodrigues, Benjamim, “Da prova penal- Bruscamente...A(s) Face (s) Oculta (s) dos Métodos de Investigação Criminal”, Tomo II, Coimbra, Rei dos Livros, 2010, página 476. O autor refere que estamos perante conversas onde se diminuem as “cautelas”.

⁶⁹ Gonçalves, Manuel Lopes Maia, *Código Penal português: anotado e comentado, legislação complementar*, 14ª edição, Coimbra, Almedina, 2001, página 616, ao referir-se que o progresso da técnica pode trazer como consequência uma perda de autonomia do homem, tornando-se mais fácil reproduzir a intimidade de outrem.

⁷⁰ Andrade, Manuel da Costa, “Sobre a reforma do Código Penal Português :Dos crimes contra as pessoas, em geral, e das gravações e fotografias ilícitas, em particular.” in Revista Portuguesa da Ciência Criminal, Ano 3, fascículos 2-4, Abril- Dezembro de 1993, página 475.

⁷¹ Andrade, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, anotação ao artigo 199º, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, página 1199, §23.

⁷² Tavares, Hugo Alexandre de Matos, “A tutela penal do direito à imagem”, in Andrade, Manuel da Costa/ Neves, Rita Castanheira, “Direito Penal Hoje: novos desafios e novas respostas”, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, página 185.

Numa primeira aproximação à norma é de assinalar a mudança provocada pelas evoluções tecnológicas que contribuíram para “*desvincular a imagem e a palavra (...) do gravador, a que surgiram historicamente associados*”⁷³, ao permitirem a tipificação da conduta pelo uso de meios mais sofisticados.

Em segundo lugar, a palavra protegida pela lei penal é apenas a palavra não destinada ao público. Não obstante a subjetividade do conceito, o seu carácter público dependerá da vontade do autor e do local onde são proferidas, isto é, “*a presença (...) de um estranho que indevidamente se introduziu num auditório (...) restrito, não determina o carácter público da palavra*”⁷⁴, sendo indiferente que exprimam “*(...) segredos ou coisas da privacidade/intimidade, (...) negócios ou futilidades. (...) coisas lícitas, (...) ilícitas, mesmo que criminais*”⁷⁵ ou que a finalidade do agente que lesou essa comunicação seja orientada para o posterior uso da gravação com fim analítico ou para obtenção da prova de um crime⁷⁶.

Mas, esta conduta ilícita não será punível em qualquer circunstância, só quando o agente não obteve o acordo necessário⁷⁷, expresso ou tácito, a essa lesão, pelo titular do direito. Exigência legal que coloca de fora do âmbito criminal as situações nas quais o próprio titular faz a gravação, ou quando tem conhecimento que outrem a realiza, porque, como PINTO DE ALBUQUERQUE destaca, “*quem sabe que as suas palavras estão a ser gravadas ou indica o seu acordo ou interrompe a conversa*”⁷⁸.

⁷³ Andrade, Manuel da Costa, “*A tutela penal da imagem na Alemanha e em Portugal: esboço comparatístico em buca de um novo paradigma normativo*” in *Direito Penal, fundamentos dogmáticos e político-criminais- homenagem ao Professor Peter Hunerfeld*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, página 737. O autor faz referência à massificação de instrumentos e à possibilidade de atentado aos direitos à imagem e à palavra serem realizados sem recurso a gravadores ou câmaras fotográficas, conforme indica o preceito penal, daí ser necessário um alargamento, no momento de interpretação deste artigo, da proteção a dispositivos fora do leque dos dispositivos “clássicos” passíveis de provocarem esta violação.

⁷⁴ Andrade, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, anotação ao artigo 199º, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, página 1205, §44.

⁷⁵ *Ibidem*, página 1202, §28.

⁷⁶ *Ibidem*, página 1204, §42. No mesmo sentido encontramos Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário ao Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015, páginas 777 e 778. Como prova do crime temos o casos como o de uma testemunha que “*depois de se ter apercebido do que se estava a passar, fotografou o arguido (...), com o sentido inequívoco de ulterior demonstração probatória(...)*”- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, 29/03/ 2016, processo nº 87/12.3GGBJA-AE1, disponível em dgsi.pt- relator, António João Latas.

⁷⁷ Para Manuel da Costa Andrade quando existe acordo expresso não se poderá falar em consentimento, mas em acordo que exclui o tipo, quando o acordo é presumido o mesmo já será uma causa de justificação. *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, página 1211, §57. Isto porque, o que existe é uma “insuprível ausência de lesão do bem jurídico”- Andrade, Manuel da Costa, “*Sobre a reforma do Código Penal Português- Dos crimes...*”, in *Revista Portuguesa da Ciência Criminal*, Ano 3, fascículos 2-4, Abril-Dezembro 1993, página 476.

⁷⁸ Albuquerque, Paulo Pinto de, *Comentário ao Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015,

Resvalando para a tipicidade a conduta do agente que como mero espectador ou interlocutor de uma conversa grave, utilize ou permita que outrem utilize a gravação das palavras de terceiro⁷⁹ v.g., quando um indivíduo a falar ao telemóvel com a sua ex-mulher resolve gravar a conversa na qual ela fala dos filhos, sem a interlocutora saber que está a ser gravada.

De referir que, no caso de haver uma pluralidade de titulares, é necessária a existência de acordo de cada um, isto é, “*a decisão maioritária não pode impor a gravação em relação aos membros que não consentem*”⁸⁰, adequando-se a situação ao carácter pessoalíssimo do direito à palavra. Contrariamente, alguma doutrina considera que nestas circunstâncias “*o acordo de um é bastante para afastar a tipicidade*”⁸¹. Não vemos como este raciocínio poderá ser tido como correto já que os direitos pessoais impedem o seu afastamento em relação ao titular.

Tutela mais restritiva encontra-se no direito à imagem. Veja-se a situação em que uma mulher tira fotos do marido enquanto este toma banho. Esta conduta é punível no artigo 199º, nº2, alíneas a) e b) do Código Penal, quando o agente “*contra vontade(...)fotografar ou filmar outrem*”.

Primeiramente, questiona-se se a incidência da norma poderá dizer respeito apenas a uma imagem que permita identificar a pessoa, por exemplo, por captação do seu rosto ou se também engloba as imagens acompanhadas, por exemplo, de nome da pessoa.

O que se verifica pela análise da doutrina é que este não é um conceito unânime.

PINTO DE ALBUQUERQUE considera que a imagem pode ser acompanhada de informações que permitam a identificação da pessoa⁸², o que é corroborado pelo Tribunal da Relação de Guimarães que, num caso em que o marido tirou fotografias à perna da sua mulher no banho, o que não permitia a sua identificação pois não tinha nenhuma marca distintiva, como uma cicatriz, considerou que “*não obstante não*

página 778 e Andrade, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, anotação ao artigo 199º, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, página 1209, § 51.

⁷⁹ Andrade, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, anotação ao artigo 199º, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, página 1208, §50.

⁸⁰ *Ibidem*, página 1202 §57.

⁸¹ Albuquerque, Paulo Pinto de, *Comentário ao Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015, página 779.

⁸² *Ibidem*, página 778.

constar nelas a sua cara”, a identificação estava assegurada “pela indicação do respetivo nome”, punindo o autor pelo crime de fotografias ilícitas.⁸³

Já COSTA ANDRADE entende que a fotografia ou filme “tem de permitir identificar a pessoa concretamente fotografada(...). Não bastando (...) que a ligação entre a fotografia e a pessoa seja feita através de um qualquer texto escrito que acompanha a fotografia”⁸⁴, posição com a qual nos identificamos pela interpretação literal da norma penal, que não faz qualquer referência a casos em que a imagem possa vir acompanhada de descrições. A admitir-se o entendimento de que a imagem violaria o direito da pessoa somente porque a descrição que a acompanha permitiria identificá-la, estaríamos a promover um alargamento da tutela a qualquer tipo de fotografia.

De fora da punição, com um “tratamento de claro e acentuado privilégio, traduzido numa tutela particularmente alargada e reforçada”⁸⁵ ficam todas as formas de produção ou divulgação da imagem através de desenho, pintura, escultura, entre outros meios artísticos⁸⁶ porque “ninguém tem o direito de exigir que os outros o representem como ele se vê ou quer ser visto”⁸⁷, o que não é isento de críticas.

COSTA ANDRADE entende que estas imagens podem permitir “montagens ofensivas (...) distorcidas ou infíeis”⁸⁸. O que compreendemos, mas não nos parece que em alguma destas situações se represente a imagem da pessoa tal como ela é, existirão sempre diferenças, devido ao carácter artístico, que não permitem identificar concretamente a pessoa e a infidelidade ou falta de verdade na sua representação, não causando, na nossa opinião, nenhuma violação ao direito à imagem.

A punição da captura fotográfica ou filmagem ilícita só será possível se o retrato for tirado “contra a vontade”. Este desígnio coloca no campo da atipicidade as condutas nos quais o próprio se fotografe, filme ou não exprima a sua intenção em não

⁸³ Acórdão Tribunal da Relação de Guimarães, 21/11/2016, processo nº 16/15.2GEVCT.G1, disponível em dgsi.pt- relator Ausenda Gonçalves.

⁸⁴ Andrade, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, anotação ao artigo 199º, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, página 1214, §62.

⁸⁵ Andrade, Manuel da Costa, “*Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal: uma perspetiva jurídico-criminal*”, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, página 241.

⁸⁶ Albuquerque, Paulo Pinto de, *Comentário ao Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015, página 778. No mesmo sentido Andrade, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, anotação ao artigo 199º, página 1199, §23, ao referir que “o direito à imagem não confere à pessoa o direito de exigir que os outros o representem como ele se vê e quer ser visto”.

⁸⁷ Andrade, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, anotação ao artigo 199º, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, página 1199, §13.

⁸⁸ *Ibidem*, página 1202, §29.

ser fotografado. Colocando dentro desse campo todas condutas nas quais essa vontade não é expressa nem presumível.

Esta exigência mais restritiva em relação à palavra, deriva do facto de a imagem ser uma das áreas mais “*expostas às intempéries*”⁸⁹, próprias da vida em sociedade, porque é a primeira característica pessoal observada por terceiros e “*inviabilizam à partida a pretensão de um programa congruente e global de tutela penal*”⁹⁰.

Como bem se percebe pela aplicação à lei penal, através do princípio da unidade jurídica, da disposição do artigo 79º do Código Civil, relativo à imagem, e através do qual “*quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente*”, a falta de consentimento da pessoa não será punida, excepto quando “*o destaque concedido à imagem pessoal (...) contender com a emotividade, o afeto, o sofrimento (...)*”⁹¹, o que determina a sua compressão em função dos “*constrangimentos situacionais orientados pelo universo de interação social*”⁹², encontrando-se assim quase limitada à fotografia íntima.

IV.II. O dualismo na conduta típica do agente

Imagine-se que uma senhora publica a foto dos filhos numas férias em família nas redes sociais. Os filhos consentiram que a mãe os fotografasse, mas não que publicasse as fotos.

Nestes caso, a lei penal, no artigo 199º, n.º 1, alínea b) e n.º 2, alínea b), pune autonomamente a gravação e fotografia/filmagem realizadas pelo agente e a sua utilização pelo próprio ou terceiro a quem este a permita, situações nas quais o conteúdo do ilícito se esgota por exemplo, na mera audição das palavras proferidas⁹³.

⁸⁹ Ibidem.

⁹⁰ Andrade, Manuel da Costa, “*Sobre as proibições de prova em processo penal*”, Coimbra, Coimbra Editora 2006, página 269.

⁹¹ Andrade, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, anotação ao artigo 199º, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, página 1225, §65.

⁹² Tavares, Hugo Alexandre de Matos, in Andrade, “*A tutela penal do direito à imagem*”, in Manuel da Costa/Neves, Rita Castanheira – “*Direito Penal Hoje: novos desafios e novas respostas*”, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, página 210.

⁹³ Por utilização devemos entender “*a audição, através do referido instrumento técnico de gravação, pela mesma pessoa que procedeu à gravação ou por um terceiro*”- Albuquerque, Paulo Pinto de, *Comentário ao Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015, página 778. Isto é, “*ouvir (de novo) as palavras anteriormente “conservadas”*”- Andrade, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, anotação ao artigo 199º, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, página 1209, §52.

Punição que foi autonomizada pela lei penal, de acordo com COSTA ANDRADE por constituir, a par com a produção, uma “(...)igualmente arbitrária manipulação da palavra reificada”⁹⁴ que “(...) implicará sempre um sacrifício do bem jurídico protegido a reclamar uma ponderação e justificação autónomas”⁹⁵. O que se verifica, por exemplo quando um jornalista está numa reunião e passa na rádio o conteúdo da dita reunião permitindo que terceiros oiçam algo que não lhes era destinado. Ou quando publique em jornal a imagem de uma deputada associada a um ato de corrupção. Mas já não quando se limite a fazer uma cópia áudio da reunião guardando-a numa gaveta sem que ninguém a oiça.

Consagrando-se assim a tese dualista, através da tipificação de condutas “*mesmo que licitamente produzidas*” ou “*mesmo que licitamente obtidos*”, definindo a “*descontinuidade normativa entre gravação e utilização*”⁹⁶, que acautela a proteção do indivíduo mesmo em situações em que tenha consentido na produção da gravação, fotografia ou filme.

Porque na gravação ou fotografia lícita, “*a expressão qualificada da sua danosidade social, como atentado a um bem jurídico eminentemente pessoal, em nada é neutralizado pela sua não punibilidade*”⁹⁷. Conduzindo à existência no processo penal, por força da remissão do artigo 167º do Código de Processo Penal, de “*proibições de valoração que não têm atrás de si qualquer violação duma proibição de produção de prova*”⁹⁸. Impedindo a transmissibilidade do consentimento no momento de produção para o da utilização, o que faz da conduta um ato ilícito no qual “*só uma justificação específica poderá afastar a ilicitude e permitir, em concreto, a respetiva valoração probatória*”⁹⁹.

⁹⁴ Andrade, Manuel da Costa, *Sobre a reforma do Código Penal Português :Dos crimes contra as pessoas, em geral, e das gravações e fotografias ilícitas, em particular.* in Revista Portuguesa da Ciência Criminal, Ano 3, fascículos 2-4, Abril- Dezembro de 1993, páginas 467 e 468.

⁹⁵ Andrade, Manuel da costa, *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, 1984, página 572.

⁹⁶ Andrade, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, anotação ao artigo 199º, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, página 1210, §53.

⁹⁷ Andrade, Manuel da Costa, “*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, 1984, página 618.

⁹⁸ Andrade, Manuel da Costa, “*Sobre as proibições de prova em processo penal*”, Coimbra, Coimbra Editora 2006, página 578.

⁹⁹ Andrade, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, anotação ao artigo 199º, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, página 1210, §54.

Jurisprudencialmente, também parece ser este o entendimento maioritário. Como referido pela Relação de Guimarães, *“uma coisa é a obtenção das imagens, que pode ser lícita, (...) por ter o consentimento da pessoa retratada, outra, bem diferente, é a sua posterior utilização contra a vontade do retratado. Apesar de estar em causa o mesmo bem jurídico, há completa autonomia entre os dois actos susceptíveis de ofender o direito à imagem, o de a registar e o de a usar/divulgar”*¹⁰⁰.

No mesmo sentido o Tribunal da Relação do Porto, em 2015, entendeu que a utilização de fotografias tiradas pela arguida ao assistente e à filha e colocadas nas redes sociais seriam ilícitas, porque *“o visado pode autorizar/ consentir em que lhe seja tirada uma fotografia ou até não se importar com isso, e pode não consentir que essa mesma fotografia seja usada/ divulgada e nisso ter interesse relevante, pelo que o uso contra a sua vontade é ilícito”* acrescentando que no caso em questão a utilização tinha de se considerar ilícita pois *“só assim se pode dar a autonomia que a lei exige entre o acto de fotografar e o de divulgar fotografias (ambos a exigir que ocorra contra a vontade do visado para cada um dos actos), razão pela qual o agente que fotografa e o agente que divulga não tem de ter a mesma identidade (...) nem o objecto (fotografia)tem de ser o mesmo”* entendendo que no caso se aplicaria a norma do artigo 79º, nº1 do Código Civil que nos diz que *“O retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem consentimento dela”, e nunca o poderá “se do facto resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decoro da pessoa retratada”*.

IV.III- A responsabilidade penal do particular pela obtenção de provas através de conduta criminosa

A tipificação de um crime não é *“um dado (...), já acabado e fechado no seu recorte normativo(...)”*¹⁰¹. Perante esta realidade questionámos, no início da dissertação, se o juiz deverá atender, no momento de decisão, à conduta ilícita do particular que obtém a prova.

Esta questão surge-nos porque independentemente de o agente carrear para o processo prova relativa a atos preparatórios ou prática de ilícito, não deixa de agir em desconformidade com as normas penais, v.g., a vítima de um assalto a um

¹⁰⁰ Acórdão Tribunal da Relação de Guimarães, 21/11/2016, processo nº 16/15.2GEVCT.G1, disponível em dgsi.pt- relator Ausenda Gonçalves.

¹⁰¹ Andrade, Manuel da Costa, *“Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal: uma perspetiva jurídico-criminal”*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, página 223.

supermercado que filma a cara do assaltante, provando a conduta ilícita do indivíduo filmado.

O que nos parecer indiciar a existência, na apreciação processual de prova obtida através do crime de gravações e fotografias ilícitas (artigo 199º do Código Penal) de uma dupla finalidade: ou de constituição de prova contra a pessoa que pratica o ilícito ou contra o agente que produz, utiliza, ou permite a utilização, de gravações ou fotografias e filmes sem consentimento ou contra vontade do visado.

De uma perspetiva puramente legal, parece ser mesmo este o objetivo. Senão vejamos.

A regra geral do artigo 126º do Código de Processo Penal, assume no seu nº4 a irrelevância legal da demonstração da prática de um crime, por particular ou autoridade judiciária, quando a forma usada para o provar é também ela ilícita admitindo que as provas apenas possam “(...)ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo”¹⁰², porque “(...) ninguém está acima da lei (...) não há diferenças de estatuto entre os representantes da lei e da ordem e os cidadãos delinquentes”¹⁰³.

Determinando, na prática, a inutilidade da prova para responsabilização penal do agente que, por exemplo, praticou um crime de roubo, admitindo ao invés a sua utilidade na condenação pelo crime de gravações ilícitas (artigo 199º, nº1, alínea a) do Código Penal), o dono do automóvel que gravou o roubo, através de métodos proibidos.

Não obstante, doutrinadamente e jurisprudencialmente existe uma tendência para “a exclusão da responsabilidade penal (...)”¹⁰⁴ do agente.

Entre as múltiplas perspetivas, nas quais se pode basear esta exclusão, encontramos juristas que acentuam a tónica nos antecedentes do visado, situações nas quais por diversas vezes, autorizou de forma consistente o registo de voz ou de imagem e a sua utilização, como acontecerá quando o tenha um papel relevante na sociedade¹⁰⁵, outros que entendem dever excluir-se os particulares do leque de destinatários das

¹⁰² Santos, Manuel Simas/Leal-Henriques, Manuel – *Código de Processo Penal: anotado, volume I*, 3ª edição, Lisboa, Rei dos Livros, 2008, *apud*, Teresa Beleza, página 839.

¹⁰³ Mendes, Paulo de Sousa, “*As proibições de prova no processo penal*”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coordenação de Maria Fernanda Palma, Coimbra, Almedina, 2004, páginas 147 e 148.

¹⁰⁴ Andrade, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, anotação ao artigo 199º, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, página 1218 §69.

¹⁰⁵ *Ibidem*, página 1212 §72 e 73. O autor diz que estamos perante situações em que se pode mesmo afirmar que é “a “comercialização” da imagem que lhe sustenta a identidade e lhe garante os estatutos sociais”.

normas processuais, e como tal a prova deva ser admitida, não sem “*ser rodeada de maiores cautelas e prudência*”¹⁰⁶.

Mas são dois os entendimentos que se destacam e que se baseiam respetivamente, na caducidade da tutela da conduta da vítima e na existência de causas de justificação.

Na perspetiva da caducidade da tutela da vítima, juristas como OTTO encontram nos limites aos direitos fundamentais a justificação para a atipicidade da conduta do autor, pela inexistência de um princípio legal que impeça a utilização de prova obtida de forma ilícita através do comportamento criminoso de alguém¹⁰⁷, porquanto aqui, ao mesmo tempo que o autor viola a lei o visado demonstra um comportamento “*(...) ilícito ou ao menos, eticamente censurável(...)*”¹⁰⁸.

É o caso da pessoa captada em filmagem a causar danos numa moradia, mostrando “*(...) sinais de degradação da sua personalidade*” ao colocar em causa a ordem jurídica e os fins das normas, o que conseqüentemente “*(...)faz caducar a tutela jurídica(...)*” do agente¹⁰⁹. Posição corroborada jurisprudencialmente pelo Supremo Tribunal de Justiça, ao admitir que “*a proteção acaba quando aquilo que se protege constitui a prática de um crime*”¹¹⁰, num entendimento segundo o qual a eficiência da justiça penal não tem de ser postergada em relação à proteção da palavra ou da imagem que consubstancie práticas criminosas.

No entanto, não consideramos ser esta a melhor fundamentação para o afastamento da responsabilidade penal. Partilhamos da opinião de COSTA ANDRADE quando admite não ser possível que de um ponto de vista político-criminal se “*(...), possam abandonar à sua sorte as pessoas de qualquer modo envolvidas em práticas imorais ou ilícitas(...). O que poderia corresponder a tolerar, se não mesmo a estimular, a formação de subterrâneos ou santuários da imoralidade e da ilegalidade.*”¹¹¹.

¹⁰⁶ Andrade, Manuel da Costa, *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, 1984, página 574.

¹⁰⁷ Ibidem, *apud* Otto, página 574.

¹⁰⁸ Andrade, Manuel da Costa, “*Sobre as proibições de prova em processo penal*”, Coimbra, Coimbra Editora 2006, página 255.

¹⁰⁹ Ibidem, *apud* Hillenkamp.

¹¹⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 28/09/2011, processo nº 22/09.6YGLSB.S2, disponível em dgsi.pt - relator Santos Cabral.

¹¹¹ Andrade, Manuel da Costa, “*Sobre as proibições de prova em processo penal*”, Coimbra, Coimbra Editora 2006, página 257.

Assinalando, e bem, o jurista que pese embora exista um comportamento ilícito do visado não pode permitir-se que a prova obtida à margem de meios legais lese “a sua esfera de personalidade”, porquanto“(…) a relevância dos seus direitos fundamentais não pode ser afetada, (…), porque cometeu um ato ilícito”¹¹², ao mesmo tempo que se ignora a conduta ilícita do agente.

Surgindo, com base nestas considerações, a segunda grande perspetiva que ao partir de uma ideia de ilicitude da conduta do particular autor da gravações, fotografias ou filmes, apenas permite a despenalização do particular quando, no caso, poder ser considerada atípica mediante “a existência de uma ou várias causas de exclusão da ilicitude”¹¹³ relacionadas com a “salvaguarda de interesses, valores ou bens jurídicos transcendentais ao próprio processo penal”¹¹⁴ e que consubstanciará um limite ao direito à palavra e à imagem.

Dirimentes que neste tipo de crime podem consubstanciar-se nas clássicas causas de justificação, como a legítima defesa ou direito de necessidade, ou novos dirimentes de responsabilidade¹¹⁵, como a quase legítima defesa, que impedem a referência a “constelações típicas ou casos concretos de justificação a que os tribunais e os autores dispensem um enquadramento dogmático sobreponível”. Revelando ser impossível a aplicação de uma concreta justificação a situações pré-determinadas à margem de uma análise da situação concreta.

O que torna, pela “ocorrência de um espectro relativamente alargado de dirimentes”¹¹⁶ o processo de aplicação de causas de justificação complexo. Complexidade à qual acresce a necessidade de considerar a autonomia entre a produção da prova e a sua utilização¹¹⁷, da qual resulta que mesmo as justificações sendo

¹¹² Martins, Milene Viegas, “A admissibilidade de valoração de imagens captadas por particulares como prova no processo penal”, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2014, página 47.

¹¹³ Pena, Sérgio, “Os produtos da videovigilância como meio de prova em processo penal” in Revista do Centro de Estudos Jurídicos, Lisboa, 2º semestre, número 2, 2013, página 114.

¹¹⁴ Andrade, Manuel da Costa, “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, 1984, página 612.

¹¹⁵ Andrade, Manuel da Costa, “Sobre as proibições de prova em processo penal”, Coimbra, Coimbra Editora 2006, página 259, “os desencontros radicam sobretudo no entendimento divergente no sentido e alcance dos pressupostos das causas de justificação”.

¹¹⁶ Andrade, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, anotação ao artigo 199º, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, página 1221, §76.

¹¹⁷ A utilização configura, só por si, “a danosidade social própria do crime de gravações ilícitas, isto é, o sacrifício do bem jurídico protegido”. Andrade, Manuel da Costa, “Sobre as proibições de prova em processo penal”, Coimbra, Coimbra Editora 2006, página 260.

“válidas para a produção podem não se prolongar para a utilização; inversamente, também no momento de utilização podem revelar-se dirimentes que não se verificariam no momento de produção. (...) Tudo dependendo, (...) do momento em que a causa de justificação emerge e produz eficácia excludente de ilicitude”¹¹⁸, numa perspetiva de equiparação entre consentimento e causas de justificação.

De entre as dirimentes mais comuns encontra-se a legítima defesa, que surge muito interligada a casos de extorsão e ameaça quando se quer “(...) pôr termo a uma compressão ilícita da liberdade”¹¹⁹, constituindo um meio necessário e idóneo para “identificar o autor desconhecido (...), recolher provas contra um agressor conhecido”.

Conceito do qual pode partir um outro, a “quase legítima defesa”, para situações nas quais a gravação ou fotografia/filme é realizado com um duplo propósito, o de prova da prática de um ilícito e o de impedir que esse crime se realize por meio de outrem, apesar de não termos encontrado qualquer decisão jurisprudencial na qual fosse usada.

Relativamente à lesão da imagem, outra causa comum aplicada por força dos princípios da unidade da ordem jurídica (artigo 31º do Código Penal) e da intervenção mínima, é o artigo 79º, nº2 do Código Civil, que afasta a necessidade de consentimento da pessoa retratada quando, por exemplo, é fotografada em espaços públicos, como já anteriormente referimos.

Outras causas comuns têm um carácter restrito por se delimitarem a um círculo determinado de pessoas. Como é o caso, ainda dentro do artigo 79º, nº2 do Código Civil, das exigências de polícia com fins de prevenção criminal¹²⁰ com a finalidade de impedir a ocorrência de “crimes ainda não individualizados e só possíveis num futuro determinados”¹²¹, que se encontra identicamente nos regimes de videovigilância, “numa orientação predominantemente orientada para o futuro”¹²².

¹¹⁸ Andrade, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, anotação ao artigo 199º, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, página 1225, §81.

¹¹⁹ *Ibidem*, página 1224, §79.

¹²⁰ Albuquerque, Paulo Pinto de, *Comentário ao Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015, página 779.

¹²¹ Andrade, Manuel da Costa, “*Bruscamente no verão passado: a reforma do Código de Processo Penal- observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*”, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, página 130.

¹²² Andrade, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, anotação ao artigo 199º, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, página 1229, §89.

Ou mesmo as autorizações judiciais cuja presença expressiva em vários artigos da lei processual penal (como nos artigos 188º e 250º) significa que, caso não sejam autorizadas por entidade judiciária “*todas as formas de gravação/avaliação arbitrárias dos direitos à palavra ou à imagem*”, como acontece na interceptação e gravação de conversas telefônicas, em conformidade com o artigo 187º, nº2 do Código de Processo Penal, a prova será nula por não se reconhecer à justiça criminal a “*prevalência necessária para justificar, só por si e para além das áreas de justificação oferecidas pelas autorizações legais positivamente sancionadas, os atentados à palavra ou à imagem*”¹²³.

Em suma, pela análise desta posição, manifesta-se de novo a importância de um juízo de ponderação determinado pelos circunstancialismos do caso concreto que, como referido ao longo desta dissertação, fornece “*um critério material valioso para as tarefas de interpretação e integração dos tipos-justificadores*”¹²⁴. Por exemplo, “*se o indivíduo que efetuou a gravação agiu para documentar a instigação, numa situação de quase legítima defesa, o seu uso e avaliação pode tornar-se necessário para atingir um outro desígnio legítimo como o de evitar que outrem leve a cabo o crime objeto da instigação*”.¹²⁵

Jurisprudencialmente, a necessidade de ponderação das “*finalidades legítimas dos responsáveis e (...) direitos, liberdades e garantias dos titulares dos dados*”¹²⁶, afasta-os do patamar “*da intangibilidade*”¹²⁷, e destaca-se por evitar que se proteja um crime, em situações nas quais, por exemplo, “*a proteção da palavra (...) constitui práticas criminosas (...)*”¹²⁸ prevalecendo a “*realização da justiça*” sobre um direito “*afetado em medida pouco relevante (...)*”¹²⁹, como acontece na maioria dos casos analisados sobre este crime, não raras vezes, relacionados com a implementação de sistemas de videovigilância.

¹²³ Ibidem, página 1226, §83. Mais uma vez, e tal como referido anteriormente, a justiça penal e a descoberta da verdade material não legitima a produção, utilização ou avaliação em processo penal de gravações, fotografias ou filmes sem consentimento ou contra vontade.

¹²⁴ Santos, Manuel Simas/ Leal- Henriques, Manuel, *Código de Processo Penal: anotado, volume I*, 3ª edição, Lisboa, Rei dos Livros, 2008, página 841.

¹²⁵ Ibidem, página 842.

¹²⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 28/05/2009, processo nº 10210/2008-9, disponível em dgsi.pt- relator Fátima Mata-Mouros.

¹²⁷ Ibidem, em relação à conflitualidade com o direito à segurança.

¹²⁸ Acórdão, Tribunal da Relação do Porto, 27/01/2016, processo nº 1548/12.OTDPRT.P1, disponível em dgsi.pt- relator Maria dos Prazeres Silva.

¹²⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 10/05/2016, processo nº 12/14.7SHLSB.L1-5, disponível em dgsi.pt- relator Vieira Larim.

Mas, não é pacífico os termos em que se analisa essa proporcionalidade entre finalidades e direitos.

Existem tribunais que não admitem a desresponsabilização penal do autor, como a Relação de Lisboa, que fundamentou a punição da arguida pela gravação da conversa entre esta e a assistente no facto de a única entidade competente para restringir um direito ser a autoridade judiciária entendendo que as normas relativas a direitos, liberdades e garantias também têm como destinatários os particulares, *“a não ser que se entenda que a prova assim obtida (...) tem uma força probatória supra legal e supra constitucional”* sem afastar a ideia de que o *“procedimento probatório se executou totalmente à margem das condições permitidas e expressamente previstas na lei”*¹³⁰.

Outros, como a Relação de Évora, tendem a justificar a despenalização com base na tipicidade, isto é, no facto de a prova se referir à conduta típica do titular do direito à palavra ou à imagem considerando que *“estamos perante uma redução teleológica do tipo, v.g., a conduta criminosa do arguido faz caducar a proteção jurídica conferida ao direito à imagem e ao direito à palavra”*¹³¹.

No entanto é notório pelos vários acórdãos analisados que a posição maioritariamente adotada é a das causas de justificação, não raras vezes ligadas às finalidades do uso de meios de videovigilância.

A ligação destes mecanismos às provas obtidas por particulares surge frequentemente nos tribunais pela conflitualidade entre a *“finalidade que preside à sua utilização”*¹³², como seja a *“segurança e prevenção criminal”*¹³³ ou o interesse público v.g., quando o mecanismo de vigilância se encontra em espaço comum de um prédio ou como *“medida preventiva ou dissuasora (...)”* que faz funcionar o sistema de videovigilância como *(...) meio idóneo para captar a prática de factos passíveis de serem considerados”*¹³⁴, de acordo com o artigo 79º, nº2 do Código Civil, com os direitos fundamentais dos visados.

¹³⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 16/12/2008, processo nº 3968/2008-5, disponível em dgsi.pt- relator Simões Carvalho.

¹³¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, 13/11/2011, processo nº 2290/10.1TASTB-A.E1, disponível em dgsi.pt- relator António Latas.

¹³² Monte, Mário Ferreira, *“O registo de voz e de imagem no âmbito do combate à criminalidade organizada e económico-financeira- Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro”* in *“Medidas de combate à criminalidade organizada e económico financeira”*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, página 90.

¹³³ Pena, Sérgio, *“Os produtos da videovigilância como meio de prova em processo penal”* in Revista do Centro de Estudos Jurídicos, Lisboa, 2º semestre, número 2, 2013, página 86.

¹³⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 04/03/2010, processo nº 822/06.9TAMTS.P1, disponível em dgsi.pt- relator Adelina Oliveira.

Fins que só serão afastados pelos tribunais se, no momento em que foram utilizados os mecanismos, estes facilitarem “*atentados intoleráveis à liberdade, dignidade e interesse moral das pessoas, como seja o respeito pela vida privada*”¹³⁵. Colocando a jurisprudência num plano secundário a necessidade de autorização para uso de sistemas de videovigilância, conforme a Lei nº 67/98, que consideram apenas poder “*integrar o desrespeito pela legislação da proteção de dados (...). Mas, não define a licitude ou ilicitude penal da recolha ou utilização de imagens*” que cabe apenas ao artigo 199º¹³⁶, por isso o agente nunca poderá ser condenado com base na falta de autorização até porque a mesma só é prevista, no artigo 7º, nº2 da referida lei, quando se trate do tratamento de dados sensíveis.

Pelo que será necessária a observação do “*conjunto material captado, o objeto do processo (...) e as específicas necessidades probatórias*”, para se determinar quando é que a necessidade se torna perentória, apesar de não ser este um entendimento pacífico, por não ser feita no artigo 167º do Código Penal “*referência expressa limitativa do âmbito de proibição da norma aos crimes previstos no Código Penal*”¹³⁷, colocando de parte todas as normas extravagantes, como refere SÉRGIO PENA.

IV.IV- A imagem, a palavra e a autonomia em relação à devassa da vida privada

Em diversos ordenamentos jurídicos, a tutela do direito à palavra e à imagem está dependente de um atentado à intimidade da pessoa visada, isto é, à lesão de “*área nuclear da intimidade*”¹³⁸, protegendo-se “*apenas a esfera privada e íntima*”, não constituindo “*o interesse de não ser fotografado ou filmado às ocultas (...) uma área privada da vida que haja, enquanto tal, que ser protegida*”¹³⁹.

Contrariamente, o regime jurídico português atribui autonomia a estes direitos¹⁴⁰, tutelando-os “*independentemente do relevo que os registos fotográficos*

¹³⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, 28/06/2011, processo nº 2499/08.8TAPTM.E1, disponível em dgsi.pt- relator José Maria Simão.

¹³⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 28/05/2009, processo nº 10210/2008-9, disponível em dgsi.pt- relator Fátima Mata-Mouros.

¹³⁷ Pena, Sérgio, “*Os produtos da videovigilância como meio de prova em processo penal*” in Revista do Centro de Estudos Jurídicos, Lisboa, 2º semestre, número 2, 2013, página 111 e 113.

¹³⁸ Andrade, Manuel da Costa, “*A tutela penal da imagem na Alemanha e em Portugal: esboço comparatístico em busca de um novo paradigma normativo*” in Direito Penal, fundamentos dogmáticos e político-criminais- homenagem ao Professor Peter Hunerfeld, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, página 743.

¹³⁹ Andrade, Manuel da Costa, “*Sobre a reforma do Código Penal Português: Dos crimes contra as pessoas, em geral, e das gravações e fotografias ilícitas, em particular.*” In Revista Portuguesa da Ciência Criminal, Ano 3, fascículos 2-4, Abril- Dezembro de 1993, página 491.

¹⁴⁰ Andrade, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, anotação ao artigo 199º, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, página 1187,§5 e 1188, §6- no que toca ao direito à imagem,

*possam assumir do ponto de vista da privacidade*¹⁴¹”, revelando-se desta forma a personalidade, dignidade e carência penal destes, afastando da sua violação as circunstâncias que a envolvem.¹⁴²

Destarte esta autonomia consideramos importante ressaltar que a reserva da intimidade da vida privada e familiar não é dissonante dos direitos à imagem e à palavra. Para além de se encontrar no elenco de direitos pessoais do artigo 26º, nº2 da Constituição da República Portuguesa também não é indiferente ao uso das tecnologias. Na verdade, ganhou relevo penal a partir do momento em que apareceu a informática e se intrometeu no mais simples do nosso quotidiano¹⁴³ trazendo consigo “*a massificação sem precedentes de devassa*”¹⁴⁴ que faz, de acordo com RITA AMARAL CABRAL, com que os progressos tecnológicos atinjam “*uma velocidade e um dinamismo (...) desprovidos de critérios morais*”¹⁴⁵, que impedem a ordem pública de se demitir do seu papel protetor da privacidade e adaptar-se a novas realidades”¹⁴⁶.

De facto, da incriminação da devassa da vida privada, no artigo 192º do Código Penal, resulta óbvia a similitude com o artigo 199º do Código Penal pela punição do registo, utilização e transmissão de conversa, na alínea a) do seu nº1 e a captação fotográfica e filmagem de pessoas, na alínea b) do nº1. No entanto, o concurso entre estes dois crimes é meramente aparente.

“é consensual o reconhecimento do direito à imagem como direito fundamental, correspondente a um autónomo bem jurídico, distinto face a bens jurídicos axiológico-materialmente contíguos, particularmente a privacidade/intimidade”. Entendimento semelhante é dado para as gravações, de acordo com Andrade, Manuel da Costa, *Ibidem*, página 1191, §9.

¹⁴¹ Andrade, Manuel da Costa, “*A tutela penal da imagem na Alemanha e em Portugal: esboço comparatístico em busca de um novo paradigma normativo*” in *Direito Penal, fundamentos dogmáticos e político-criminais- homenagem ao Professor Peter Hunerfeld*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, página 762.

¹⁴² Monte, Mário Ferreira, “*O registo de voz e de imagem no âmbito do combate à criminalidade organizada e económico-financeira- Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro*” in “*Medidas de combate à criminalidade organizada e económico financeira*”, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, página 81.

¹⁴³ Gomes, Januário, “*O problema da salvaguarda da privacidade antes e depois do computador*”, Lisboa, in *Separata do Boletim do Ministério da Justiça nº 319, 1982*, “*A proteção da vida privada na “era cibernética” deixou de ser um índice de condição social: ela é um problema coletivo. (...) todos os cidadãos acabam por ter de “ceder” dados de carácter pessoal. O mesmo sucede com as entidades privadas (...)*”, página 32.

¹⁴⁴ Andrade, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, anotação ao artigo 199º, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, página 1040, §2.

¹⁴⁵ Cabral, Rita Amaral, “*O Direito à intimidade da vida privada*”, in *Estudos em memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1988, página 6.

¹⁴⁶ Pinto, Paulo Mota, “*O Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*” in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, volume 69, 1993, página 512, “*a ordem pública não se pode dirimir de proteger a privacidade e de se adaptar às novas ameaças que se perfilam (...)*”.

A primeira diferença manifesta-se no âmbito da punição. O 192º pune atos que “*não sendo secretos em si mesmos, devem subtrair-se à curiosidade pública*”¹⁴⁷, quer se verifiquem “*na privacidade do domicílio ou, eventualmente, (...) em meios de comunicação(...), podendo (...) respeitar a ocorrências verificadas em sítios públicos*”¹⁴⁸, acompanhando “*a pessoa independentemente do lugar onde esta se encontre*”¹⁴⁹, enquanto que o 199º do Código Penal pune o agente quando o âmbito da lesão entrar na esfera da vida social, conforme referem RUI MEDEIROS e ANTÓNIO CORTÊS, aqui “*estaremos já no quadro do direito à imagem e à palavra*”¹⁵⁰. Merecendo ressalva, em nossa opinião, que a tutela restritiva da imagem coloca-a quase em pé de igualdade com a intimidade.

Todavia, é difícil encontrar uma definição de privacidade ou esfera privada, hoje caracterizada pela mobilidade provocada pelo “*ritmo das transformações civilizacionais*”¹⁵¹, atendendo a “*(...)factores de natureza objetiva, espaciais e temporais*”¹⁵² e à “*pessoa, (...) sua conduta e circunstâncias*”¹⁵³.

Partindo deste entendimento, alguma doutrina e jurisprudência baseiam o conceito de intimidade na chamada “teoria das três esferas”, que protege apenas a “*área nuclear da vida privada*”, à qual se contrapõe “*a esfera social, correspondente à dimensão pública da pessoa (...)*”¹⁵⁴, graduando-se a proteção penal a partir do momento em que saímos da esfera pública até chegar ao núcleo da intimidade em “*(...) identidade com a própria dignidade humana*”¹⁵⁵.

¹⁴⁷ Andrade, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, anotação ao artigo 199º, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, página 1043, §8.

¹⁴⁸ Medeiros, Rui/Cortês, António, in Miranda, Jorge/Medeiros, Rui, *Constituição Portuguesa: anotada*, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, página 622.

¹⁴⁹ Mac Crorie, Benedita, “*O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e a video-vigilância : Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 31.3.2004, Proc. 415/04*”, in *Cadernos de Direito Privado*, nº11 (Julho-Setembro), 2005, página 55.

¹⁵⁰ Medeiros, Rui/Cortês, António, in Miranda, Jorge/Medeiros, Rui, *Constituição Portuguesa: anotada*, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, página 620.

¹⁵¹ Andrade, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, anotação ao artigo 199º, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, página 1052, §20.

¹⁵² Gonçalves, Manuel Lopes Maia, *Código Penal português: anotado e comentado, legislação complementar*, 14ª edição, Coimbra, Almedina, 2001, página 609. Com o mesmo entendimento Cabral, Rita Amaral, que ao referir-se ao efeito que a tecnologia tem na fronteira entre o público e o privado admite que “*há uma diluição do conceito vida privada, que o tem transformado em algo nebuloso e vago*”, “*O Direito à intimidade da vida privada*”, in Separata dos Estudos em memória do Professor Doutor Paulo Cunha, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1988, página 21.

¹⁵³ Andrade, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, anotação ao artigo 199º, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, página 1053, §23.

¹⁵⁴ *Ibidem*, página 1049, §15.

¹⁵⁵ *Ibidem*, página 1049, §16.

Porém, não consideramos que esta teoria garanta, sem mais, critérios definitivos do conceito de intimidade. Juristas como COSTA ANDRADE, MOTA PINTO e BENEDITA MAC CRORIE chamam a atenção para o facto de esta teoria não oferecer “*critérios que permitam delimitar com pormenor as fronteiras entre as três esferas referenciadas*”¹⁵⁶ só oferecendo, no máximo, critérios que nos permitiriam “*distinguir uma “esfera privada” e uma “íntima*”¹⁵⁷ conduzindo-se a uma redução de tutela da reserva da intimidade e vida privada consoante o entendimento do decisor¹⁵⁸, não existindo assim um número pré-determinado de situações que poderão situar-se dentro de cada uma das três esferas.

Uma segunda diferença, prende-se com o facto de o direito à imagem e à palavra serem um limite à “*obtenção de provas para a prossecução da justiça penal*”¹⁵⁹ que admite restrições mediante consentimento. Contrariamente, a intimidade é limite independente da existência de consentimento.

Limite do qual não faz parte a criminalidade, daí se admita a “*licitude de imagens colhidas [através de videovigilância] (...) em espaços destinados à vida estritamente privada, (...), pelos legítimos utilizadores de tais espaços no sentido da defesa dos seus bens pessoais e patrimoniais, desde que (...) não digam respeito ao núcleo duro da vida privada e mais sensível de cada pessoa, como seja a intimidade, a sexualidade, a saúde, a vida particular e familiar mais restrita*”, o que “*nunca estará em causa quando as imagens documentam a prática de crimes por agentes estranhos ao espaço e que nele se introduziram ilegitimamente*”¹⁶⁰.

Todavia, é necessário respeito pelo princípio da inocência e de ressocialização¹⁶¹ do condenado, quando este já cumpriu pena, não sendo legítima, por exemplo, a difusão

¹⁵⁶ Andrade, Manuel da Costa, “*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, 1984, página 588.

¹⁵⁷ Pinto, Paulo Mota – “*O Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*” in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, volume 69, 1993, nota de rodapé 122.

¹⁵⁸ Mac Crorie, Benedita, “*O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e a vídeo-vigilância : Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 31.3.2004, Proc. 415/04*”, in Cadernos de Direito Privado, nº11 (Julho-Setembro9, 2005, página 57.

¹⁵⁹ Medeiros, Rui/Cortês, António, in Miranda, Jorge/Medeiros, Rui, *Constituição Portuguesa: anotada*, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, página 624.

¹⁶⁰ Acórdão Tribunal da Relação de Coimbra, 18/05/2016, processo nº 148/12.9PBLMG.C1, disponível em dgsi.pt - relator Maria Pilar de Oliveira.

¹⁶¹ Existe uma perda progressiva de relevo do interesse da informação, à medida que nos afastamos do momento da prática ou da descoberta do facto e nos aproximamos do termo da expiação da pena ou, de qualquer forma, do regresso do agente à liberdade. E o constante “*avivar de imagens e experiências do passado*” vai contribuir para uma mais difícil exigência de ressocialização. Andrade, Manuel da Costa, “*Sobre as proibições de prova em processo penal*”, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, página 267.

de uma reportagem televisiva sobre um crime que interessara a opinião pública¹⁶², partindo-se de uma imperativa análise da situação concreta porque “*tudo dependerá da gravidade do crime, do impacto e alarmes sociais que desencadeou, da curiosidade que despertou (...)*”¹⁶³.

À parte das divergências, uma semelhança como o crime de gravações e fotografias ilícitas é a existência de causa de justificação no nº 2 do artigo 192º do Código Penal. De acordo com esta, a conduta do agente que devesse factos respeitantes à vida privada ou doença grave de outra pessoa e que tenha como fundamento a realização de “*um interesse público legítimo e relevante*”, é lícita. O que se revela complexo e chama ao processo penal, como no 199º do Código Penal, um juízo de proporcionalidade¹⁶⁴ na medida em que existe “*uma necessidade de ofensa para a realização de outros interesses*”, como acontece com a realização da justiça¹⁶⁵, não dependendo a conduta de uma “*situação de perigo atual nem de verificação de visível superioridade do bem jurídico a salvaguardar*”¹⁶⁶.

Alcança-se assim um “*alargamento considerável da exclusão da ilicitude para além do alcance das dirimentes gerais (...)*”¹⁶⁷, sendo por isso a causa que “*emerge com contornos menos definidos e seguros*”¹⁶⁸.

Porém, não entendemos como se pode encontrar justificada a divulgação de factos da vida privada (alínea d) do artigo 192º do Código Penal), e não gravações e

¹⁶² Pinto, Paulo Mota, “*O Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*” in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, volume 69, 1993, página 575.

¹⁶³ Andrade, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, anotação ao artigo 199º, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias página 1063, §41.

¹⁶⁴ Ibidem, página 1063, §40 e Mac Crorie, Benedita, “*O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e a vídeo-vigilância : Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 31.3.2004, Proc. 415/04*”, in *Cadernos de Direito Privado*, nº11 (Julho-Setembro9, 2005, para se verificar que a possível restrição ao direito pessoal é lícita importa averiguar se a mesma é “*idónea para conseguir o objetivo proposto; (...) se é necessária, no sentido de que não existe outra medida menos onerosa (...) se a medida adoptada foi ponderada e é equilibrada ao ponto de, (...) serem atingidos substanciais e superiores benefícios ou vantagens para o interesse geral (...)*”, página 59. Em relação à superioridade do interesse almejado, caso não se consiga reclamar essa superioridade, “*não pode e qualquer caso considerar-se justificado um sacrifício manifestamente desproporcionado em relação à vantagem almejada*”.

¹⁶⁵ Pinto, Paulo Mota, “*O Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*” in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, volume 69, 1993, página 566, em relação à realização da justiça no interesse desta “*é admissível que ocorram limitações à reserva sobre a vida privada, designadamente no quadro de testemunhos, peças processuais ou outras diligências de prova, como nos exames a pessoas*”.

¹⁶⁶ Albuquerque, Paulo Pinto de – *Comentário ao Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015, página 756.

¹⁶⁷ Andrade, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, anotação ao artigo 199º, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias página 1062, §39.

¹⁶⁸ Andrade, Manuel da Costa, “*Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal: uma perspetiva jurídico-criminal*”, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, página 268.

imagens íntimas, conforme as alíneas a) e b) do mencionado artigo. Concordamos com PINTO DE ALBUQUERQUE quando afirma que não raras vezes, a divulgação de factos resulta “*de conversas escutadas, comunicações telefónicas(...)*”, estendendo-se a atipicidade da conduta à “*recolha e gravação da informação sobre esse caso*”, que “*fica logo coberta pelo mesmo interesse público*”¹⁶⁹.

Por último, encontramos uma outra semelhança com o crime do 199º do Código Penal, já que também na devassa da vida privada sai destacada a ideia de que o alcance da verdade não pode ser feito a todo o custo, na medida em que não se considera atípica a conduta do agente mesmo que corresponda à verdade inerente aos factos porque “*(...)é precisamente a verdade dos factos que, em rigor, configura a danosidade social destes crimes e fundamenta a respetiva ilicitude criminal*”¹⁷⁰.

Jurisprudencialmente, as decisões sobre a devassa da vida privada têm por base o juízo de proporcionalidade que a causa de justificação do 192º, nº2 do Código Penal exige.

Em acórdão de março de 2017 da Relação de Lisboa, o coletivo de juízes considerou válidas as provas fotográficas e audiovisuais obtidas em ação de fiscalização do INEM às condições de transporte de doentes de determinada unidade hospitalar, e em denúncias anónimas anteriores a essa ação, não estando as mesmas autorizadas pela Comissão Nacional de Proteção de Dados.

De entre as fotografias, recolhidas na via pública e nas imediações da unidade hospitalar, constavam as viaturas em causa, a parte exterior da ambulância, utentes e doentes nas imediações do hospital, incluindo uma menina e um idoso, e material sanitário das ambulâncias.

A Relação considerou que ao caso se aplicava o disposto no artigo 79º, nº2 do Código Civil, pelo que como se tratavam de fotografias e vídeos em espaços públicos tal não violava os direitos à imagem e personalidade prevalecendo a “*situação de infração*”, por parte da arguida e restantes tripulantes cujos ilícitos contendiam “*com bens jurídicos saúde e vida*”, admitindo que embora algumas das fotografias dos utentes tratassem de bens pessoais o “*seu carácter íntimo, afetivo ou secreto*” se encontrava de fora da reserva da vida privada, num claro sentido de “*preferência ao*

¹⁶⁹Albuquerque, Paulo Pinto de, *Comentário ao Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015, página 757.

¹⁷⁰Andrade, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, anotação ao artigo 199º, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias página 1056, §28.

interesse público da punição das infrações que contendem com outros relevantes direitos constitucionais, como os direitos à saúde, segurança e vida”.¹⁷¹

Neste caso, concordamos com a fundamentação da Relação de Lisboa, não na medida em que determina a falta de lesão da intimidade dos utentes e pacientes mas, com o facto de surgir relevante essa lesão para o interesse público na manutenção e proteção de condições de transporte de doentes de forma a garantir-se a tutela de outros direitos fundamentais.

V. A abertura a novas restrições: a prova obtida por meios ocultos e a criminalidade mais grave

A inadmissibilidade da prova obtida por particulares é por si só “*um momento de irreduzível danosidade*”¹⁷² mas não afasta a possibilidade de existirem situações que permitam ao juiz legitimar a conduta do agente colocando num patamar superior valores como a perseguição penal e a descoberta da verdade, sem recorrer a causas de justificação.

Apesar de o artigo 167º do Código de Processo Penal afastar esta possibilidade, a doutrina e jurisprudência portuguesas parecem admitir, como acontece na Alemanha que, “*em hipóteses extremas de interesse punitivo qualificado, nomeadamente no contexto da resposta à criminalidade mais grave*”¹⁷³, haja a prevalência do interesse comunitário na punição do agente através da valoração da prova obtida por estes meios a crimes caracterizados por um “*maior lastro de danosidade e ameaça*”¹⁷⁴.

Nestas situações, a valoração pelo tribunal de prova proveniente de meios ocultos de investigação em crimes menos gravosos seria inadmissível porque, “*não seria consonante com as exigências constitucionais (...) o recurso a um meio particularmente invasivo para investigar um crime relativamente benigno*”¹⁷⁵, daí que a sua aplicação, como diz COSTA ANDRADE, devesse ser subsidiária, isto é, apenas

¹⁷¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 02/03/2017, processo nº 1374/15.4Y5LSB.L1-9, disponível em dgsi.pt- relator, Calheiros da Gama.

¹⁷² Andrade, Manuel da Costa, *Bruscamente no verão passado: a reforma do Código de Processo Penal-observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, página 108.

¹⁷³ Andrade, Manuel da Costa, “*Sobre as proibições de prova em processo penal*”, Coimbra, Coimbra Editora 2006, página 240.

¹⁷⁴ Andrade, Manuel da Costa, *Bruscamente no verão passado: a reforma do Código de Processo Penal-observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, página 110.

¹⁷⁵ *Ibidem*, página 114.

quando não existir um meio “*menos gravoso e igualmente idóneo para a prossecução dos interesses da investigação*”¹⁷⁶, juízo que se faz a partir da observação do crime em causa e condições agravantes do caso, em respeito pelo princípio da proporcionalidade¹⁷⁷, apesar de o jurista entender que apenas se poderá valorizar a prova obtida por estes meios quando tenha sido produzida por autoridade judiciária como ocorre no domínio das escutas telefónicas (artigo 187º do Código de Processo Penal).

No nosso entender a aceitação, no ordenamento português, do pensamento alemão deverá implicar necessariamente uma extensa atividade legislativa para regulação desta matéria, de forma a evitar-se a abertura do processo a formas privativas de investigação em toda e qualquer circunstância e a transformação do arguido “*em mero objeto*”¹⁷⁸ processual.

Através do alcance de uma solução que permita chegar a um meio termo entre a proibição total e a admissibilidade sem limites destas provas, quando esteja em causa determinada criminalidade, excluindo-se a valoração “*nos domínios da pequena criminalidade e da delinquência juvenil*”¹⁷⁹, nos quais “*deve prevalecer o interesse privado (...)*” e acolhendo a “*primazia ao interesse na descoberta da verdade*”¹⁸⁰ quando esteja em causa um delito grave, conforme entendido pelo Supremo Tribunal de Justiça.

Como se disse, jurisprudencialmente começa igualmente a surgir este entendimento, em sentenças nas quais os tribunais têm mostrado abertura à valoração das provas obtidas por meios ocultos, quando as circunstâncias do caso respeitem a determinado tipo de crimes.

Foi o que verificámos por exemplo, em acórdão da Relação de Évora de 2011 que perante fotografias que demonstravam a prática de atos sexuais contra menores, e que foram produzidas pelos próprios agentes, considerou existir “*prevalência do interesse na perseguição penal face aos interesses e direitos dos menores*”¹⁸¹, decisão que corroboramos por entendermos que em crimes sexuais, assim como noutros crimes

¹⁷⁶ Ibidem, página 115.

¹⁷⁷ Ibidem, página 116.

¹⁷⁸ Ibidem, página 241.

¹⁷⁹ Andrade, Manuel da Costa, “*Sobre as proibições de prova em processo penal*”, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, página 267.

¹⁸⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 28/09/2011, processo nº 22/09.6YGLSB.S2, disponível em dgsi.pt -relator Santos Cabral.

¹⁸¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, 13/11/2011, processo nº 2290/10.1TASTB-A.E1, disponível em dgsi.pt- relator António Latas.

contra as pessoas, o interesse prioritário é o interesse público na punição do agente, neste caso, do violador.

Entendimento que também se aplicaria em acórdão da Relação de Guimarães,¹⁸² no qual um homem foi condenado por crime sexual contra menor depois de a sua conduta ter sido provada, através de fotografias, tiradas por fotógrafo a pedido da avó da menor. A Relação de Guimarães considerou lícita a recolha de fotos pela avó da menor, mesmo tratando-se de atos sexuais, e por isso relativos à reserva da vida privada, porque o arguido os praticava em lugar público e como tal esse facto pertenceria à “*esfera da vida pública ou da vida normal de relação, (...) que respeita à participação de cada um na vida da coletividade*”, acrescentando a este facto a desnecessidade de consentimento do arguido porque, apesar de aparecer na imagem, o objetivo era retratar apenas a menor.

Mostrando total respeito pela sentença e concordância com a decisão do tribunal, não consideramos que a fundamentação da incriminação do agente passe por estes critérios. Desde logo o tribunal pronuncia-se sobre a desnecessidade de consentimento por parte do arguido. De facto, a tutela da imagem apenas se relaciona com a imagem captada contra a vontade, presumida ou expressa, do visado. Independentemente da fotografia ser em lugar público não é presumível, em nossa opinião, pelo carácter sexual da sua conduta, a vontade do visado em ser fotografado por terceiros. Para além de que o facto da conduta ter sido praticada em lugar público não implica a sua integração na “*esfera da vida pública*”, porque à parte da subjetividade do conceito, quando se tratem de atos íntimos, nos quais se inclui a sexualidade, a sua tutela é inviolável em qualquer lugar, público ou privado.

Este era um dos casos em que necessariamente, pelo crime em causa, e mesmo perante a existência de causas de justificação, a punição do agente teria maior relevo que a possível dessorva da vida privada ou direito à imagem da menor captada nas provas.

¹⁸² Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, 28/09/2009, processo nº 239/06.5GAVNC.G1, disponível em dgsi.pt-relator Anselmo Lopes.

Conclusão

É frequente assistir-se na televisão ou nas redes sociais a vídeos ou gravações, feitos à revelia dos visados, demonstrativos da prática de certo tipo de crimes, como agressões físicas. E não terão sido raras as vezes em que se questionou o porquê de a justiça nem sempre valorar estas provas.

Pela análise feita nesta dissertação tanto a Lei Fundamental como a processual e a penal conferem ao indivíduo que veja lesado o seu direito à imagem ou à palavra, uma grande proteção. Proteção categórica e necessária com o crescimento dos meios privativos de investigação e assegurada quer na remissão feita pelo artigo 167º do Código de Processo Penal para a lei penal, quer na separação da punibilidade das condutas do agente que o artigo 199º do Código Penal determina.

Contudo percebe-se que na ordem jurídica portuguesa não há, ainda, um correto acompanhamento da realidade, porquanto a ideia que transmite a proteção penal e processual penal é de quase absolutização dos direitos pessoais, admitindo apenas o afastamento da ilicitude quando houver consentimento do particular ou quando a prova diga respeito à esfera pública da pessoa.

Não queremos com isto tender para o pressuposto de que qualquer prova lesiva destes direitos possa ser admitida, tal apenas contribuiria para o recurso crescente a estes meios ocultos pelos particulares e a determinação da licitude de uma conduta demonstrativa de um crime quando o próprio agente está a praticar um, o que levaria os tribunais a justificarem um crime com outro. Mas, consideramos que o uso de provas obtidas através de meios ocultos e privados de investigação poderá, em algumas situações, ser útil.

Por este motivo se revela importante o juízo de proporcionalidade entre os direitos fundamentais, as finalidades processuais e os interesses comunitários, conseguido pela análise detalhada aos circunstancialismos do caso concreto: desde a posição do agente e condições pessoais que poderão contribuir para a sua condenação; ao intuito subjacente à sua conduta, seja ele de mera investigação criminal ou proteção da sua pessoa e bens e que poderá permitir a sua despenalização quando constitua causa de justificação; a circunstância de se poder estar perante uma prova relacionada com o carácter íntimo do indivíduo e a consideração do carácter lesivo do crime em causa.

Pela análise que se fez concluímos que ainda falta ser percorrido um longo caminho de exercício legislativo de forma a clarificar a tarefa decisória dos tribunais

portugueses porquanto, as decisões jurisprudenciais são muitas vezes contraditórias como resultado da interpretação das normas e circunstâncias referidas.

Pensamos, por isso, que a melhor solução para esta problemática tão presente na nossa sociedade será partir para uma regulamentação específica destes métodos de prova por parte do legislador. Regulando-se a admissão de provas obtidas por particulares através de meios ocultos, com recurso à intromissão na comunicação privada e autoexposição da pessoa, quando se esteja perante um determinado tipo de crime, adotando-se os mesmos princípios que algumas regulações existentes na ordem jurídica portuguesa como a Lei 5/2002 relativa às medidas de combate à criminalidade organizada, ou o regime das escutas telefónicas do artigo 187º do Código de Processo Penal. A única diferença passaria pela valoração de prova obtida por pessoa que não faz parte da autoridade judiciária.

A regulamentação desta matéria iria não só facilitar e uniformizar as soluções jurisprudenciais, como contribuiria para o afastamento dos particulares de condutas ilícitas e atentados a direitos fundamentais de outrem em qualquer circunstância.

Chegar-se-ia desta forma a um consenso entre a garantia e tutela dos direitos fundamentais e a valoração, em determinadas situações, das provas obtidas por particulares que são, apesar dos circunstancialismos que rodeiam a sua produção, prova de crime.

Bibliografia

Artigos e Monografias

Albuquerque, Paulo Pinto de, *Comentário ao Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015

Albuquerque, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011

Andrade, Manuel da Costa, *“Bruscamente no verão passado: a reforma do Código de Processo Penal- observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente”*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009

Andrade, Manuel da Costa, *“Sobre as proibições de prova em processo penal”*, Coimbra, Coimbra Editora 2006

Andrade, Manuel da Costa, *“Consenso e Oportunidade” in O Novo Código de Processo Penal, Jornadas de Direito Processual Penal, Coimbra, Livraria Almedina, 1995*

Andrade, Manuel da Costa, *“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, 1984*

Andrade, Manuel da Costa, *“Sobre a reforma do Código Penal Português :Dos crimes contra as pessoas, em geral, e das gravações e fotografias ilícitas, em particular.” in Revista Portuguesa da Ciência Criminal, Ano 3, fascículos 2-4, Abril- Dezembro de 1993*

Andrade, Manuel da Costa, *“Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal: uma perspetiva jurídico-criminal”*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999

Andrade, Manuel da Costa/Neves, Rita Castanheira, “*Direito Penal Hoje: novos desafios e novas respostas*”, Coimbra, Coimbra Editora, 2009

Cabral, Rita Amaral, “*O Direito à intimidade da vida privada*”, in Estudos em memória do Professor Doutor Paulo Cunha, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1988

Dias, Jorge de Figueiredo, “*Direito Processual Penal*”, Coimbra, Coimbra Editora, 2004

Dias, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012

Gomes, Januário, “O problema da salvaguarda da privacidade antes e depois do computador”, Lisboa, in Separata do Boletim do Ministério da Justiça nº 319, 1982

Canotilho, J.J. Gomes/Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa: anotada*, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014

Gonçalves, Manuel Lopes Maia, *Código Penal português: anotado e comentado, legislação complementar*, 14ª edição, Coimbra, Almedina, 2001

Gonçalves, Manuel Lopes Maia, *Código de Processo Penal: anotado, legislação complementar*, 17ª edição, Coimbra, Almedina, 2009

Mac Crorie, Benedita, “*O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e a video-vigilância : Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 31.3.2004, Proc. 415/04*”, in Cadernos de Direito Privado, nº11 (Julho-Setembro), 2005

Martins, Milene Viegas, “*Admissibilidade de valoração de imagens captadas por particulares como prova no processo penal*”, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2014

Mendes, Paulo de Sousa, *“As proibições de prova no processo penal”*, in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, coordenação de Maria Fernanda Palma, Coimbra, Almedina, 2004

Mesquita, Paulo Dá, *“Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário”* 1ª edição, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, página 84.

Miranda, Jorge, *“Processo penal e direito à palavra”* in Direito e Justiça- Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, volume XI, tomo II

Miranda, Jorge/Medeiros, Rui, *Constituição Portuguesa: anotada*, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010

Monte, Mário Ferreira, *“O registo de voz e de imagem no âmbito do combate à criminalidade organizada e económico-financeira- Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro”* in “Medidas de combate à criminalidade organizada e económico financeira”, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, Coimbra Editora, 2004

Parecer da Procuradoria Geral da República nº 95/2003, disponível em: <http://www.gmcs.pt/pt/parecer-da-pgr-n-952003-direito-a-imagem-direito-a-informar-recolha-de-imagem-intimidade-da-vida-privada-direitos-liberdades-e-garantias-conflito-de-direitos-fotografia-ilicita-medida-de-policia>

Pena, Sérgio, *“Os produtos da videovigilância como meio de prova em processo penal”* in Revista do Centro de Estudos Jurídicos, Lisboa, 2º semestre, número 2, 2013

Pinto, Paulo Mota, *“O Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”* in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, volume 69, 1993.

Rodrigues, Benjamim, *“Da prova penal- Bruscamente...A(s) Face (s) Oculta (s) dos Métodos de Investigação Criminal”*, Tomo II, Coimbra, Rei dos Livros, 2010

Santos, Manuel Simas/Leal-Henriques, Manuel, *Código de Processo Penal: anotado*, volume I, 3ª edição, Lisboa, Rei dos Livros, 2008

Silva, Germano Marques da, *“Direito Processual Penal Português: noções gerais, sujeitos processuais e objeto”*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2013

Silva, Germano Marques da, *“Curso de Processo Penal”*, Tomo I, 6ª edição, Lisboa, Verbo, 2010

Silva, Germano Marques da, *“Produção e valorização da prova em processo penal”*, in Revista do Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, nº4 especial, 1º semestre, 2006

Silva, Germano Marques da, *“Curso de Processo Penal II”*, 5ª edição, Lisboa, Verbo, 2008

Jurisprudência

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 28/09/2011, processo nº 22/09.6 YGLSB.S2 disponível em dgsi.pt – relator Santos Cabral.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, 01/07/2009, processo nº 401/04.STAPBL.C1, disponível em dgsi.pt- relator Brízida Martins.

Acórdão Tribunal da Relação de Coimbra, 18/05/2016, processo nº 148/12.9PBLMG.C1, disponível em dgsi.pt - relator Maria Pilar de Oliveira.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, 29/03/2016, processo nº 87/12.3GGBJA-AE1, disponível em dgsi.pt - relator António João Latas.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, 13/11/2011, processo nº 2290/10.1TASTB-A.E1, disponível em dgsi.pt- relator António Latas.

Tribunal da Relação de Évora, 28/06/2011, processo nº 2499/08.8TAPTM.E1, disponível em dgsi.pt -relator José Maria Martins Simão.

Acórdão Tribunal da Relação de Guimarães, 21/11/2016, processo nº 16/15.2GEVCT.G1, disponível em dgsi.pt- relator Ausenda Gonçalves.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, 28/09/2009, processo nº 239/06.5GAVNC.G1, disponível em dgsi.pt-relator Anselmo Lopes.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 02/03/2017, processo nº 1374/15.4Y5LSB.L1-9, disponível em dgsi.pt- relator, Calheiros da Gama.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 10/05/2016, processo nº 12/14.7SHLSB.L1-5, disponível em dgsi.pt- relator Vieira Larim.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 26/04/2012, processo nº 914/07.7DLSB1.1-9, disponível em dgsi.pt- relator Almeida Cabral.

Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa, 28/05/2009, processo nº 10210/2008-9, disponível em dgsi.pt- relator Fátima Mata-Mouros.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 16/12/2008, processo nº 3968/2008-5, disponível em dgsi.pt- relator Simões Carvalho.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 07/11/2006, disponível em dgsi.pt – Jurisprudência da Relação, nº 1308.

Acórdão, Tribunal da Relação do Porto, 27/01/2016, processo nº 1548/12.OTDPRT.P1, disponível em dgsi.pt- relator Maria dos Prazeres Silva.