



JOANA LUÍSA DE ABREU OLIVEIRA PASSOS

**RELATÓRIO DE ESTÁGIO CURRICULAR NO JUÍZO
CENTRAL CRIMINAL DE LISBOA**

**A ADMISSIBILIDADE DAS GRAVAÇÕES E FOTOGRAFIAS OBTIDAS
POR PARTICULARES COMO MEIO DE PROVA EM PROCESSO PENAL**

Relatório de Estágio com vista à obtenção do grau de
Mestre em Direito Forense e Arbitragem

Orientação:

Doutora Ana Bárbara Sousa e Brito
Professora na NOVA School of Law

Junho de 2023



JOANA LUÍSA DE ABREU OLIVEIRA PASSOS

RELATÓRIO DE ESTÁGIO CURRICULAR NO JUÍZO CENTRAL CRIMINAL DE LISBOA

A ADMISSIBILIDADE DAS GRAVAÇÕES E FOTOGRAFIAS OBTIDAS POR PARTICULARES COMO MEIO DE PROVA EM PROCESSO PENAL

Relatório de Estágio Curricular apresentado à
NOVA School of Law com vista à obtenção do grau de
Mestre em Direito Forense e Arbitragem

Joana Luísa de Abreu Oliveira Passos
Orientadora: Doutora Ana Bárbara Sousa e Brito
Supervisora do Estágio: Juíza de Direito Dr.^a Maria Helena Susano

NOVA School of Law
Junho de 2023

Declaração de Compromisso Antiplágio

Declaro, por minha honra, que o trabalho que apresento é da minha exclusiva autoria e que toda a utilização de contribuições ou de textos alheios está devidamente referenciada, pois reconheço que o incumprimento do mesmo constitui infração disciplinar nos devidos termos regulamentares.

Agradecimentos

*Aos meus pais e ao Gui,
Pelo apoio incondicional e pela paciência infundável*

*Aos meus amigos,
Por estarem sempre presentes*

*À Professora Doutora Ana Bárbara Sousa e Brito,
Pela orientação e por todas as dicas indispensáveis à realização deste trabalho*

*À Exma. Sr.^a Dr.^a Juíza de Direito Helena Susano,
Por toda a dedicação manifestada ao longo do estágio, pela partilha de conhecimentos e,
acima de tudo, por todos os conselhos*

*Aos demais magistrados e funcionários do Juízo Central Criminal de Lisboa,
Por toda a gentileza e forma como me acolheram*

Menções Especiais

- I. O presente texto foi escrito em língua portuguesa, ao abrigo do novo acordo ortográfico. Excetuam-se as eventuais citações dos autores que não o tenham adotado;
- II. Todas as citações apresentadas neste relatório referem-se a obras consultadas e a jurisprudência disponível online;
- III. A bibliografia referida em nota de rodapé apresenta-se segundo: NOME E APELIDO DO AUTOR, *título da obra* e página de referência;
- IV. A bibliografia final encontra-se organizada por ordem alfabética pela seguinte ordem: APELIDO, nome do autor, *título da obra*, edição, local de edição: editora, ano de publicação;
- V. A referência de jurisprudência ao longo do texto foi efetuada através da indicação abreviada do tribunal que proferiu o acórdão e da respetiva data. A indicação dos relatores, do número do processo e dos respetivos endereços eletrónicos consta da lista de jurisprudência final, a qual se encontra organizada por tribunais e depois, dentro destes, da decisão mais antiga para a mais recente;
- VI. O corpo do relatório, incluindo espaços e notas de rodapé, apresenta um total de 199.922 caracteres;

Lista de Abreviaturas

Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
AT	Autoridade Tributária
CC	Código Civil
CJM	Código de Justiça Militar
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
LOSJ	Lei da Organização do Sistema Judiciário
MP	Ministério Público
N.º	Número
OPC	Órgãos de Polícia Criminal
P.	Página
PJ	Polícia Judiciária
RGIT	Regime Geral das Infrações Tributárias
RGPD	Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados
Ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
Vol.	Volume

Resumo: O presente trabalho surge como produto de um estágio curricular realizado no Juízo Central Criminal de Lisboa durante um período de quatro meses. Ao longo do estágio foi possível assistir a diligências de diversa natureza, à consulta dos respetivos processos e ao estudo das questões jurídicas que se suscitaram. Mas além da passagem por uma pequena demonstração da experiência obtida, este relatório também comporta um trabalho de investigação focado na problemática da admissibilidade das gravações e fotografias obtidas por particulares como meio de prova em processo penal, relativamente à qual se denotou uma diversidade de critérios mobilizados para a elaboração de um juízo afirmativo no sentido da possibilidade da sua utilização como prova, atento o seu inegável potencial probatório. Nesse sentido, a exposição efetuada inicia-se com uma análise sobre a questão da vinculação dos particulares ao regime das proibições de prova, prosseguindo com uma alusão aos critérios mobilizados pela doutrina e pela jurisprudência no sentido de afastar o carácter ilícito das gravações e fotografias pressuposto pelo art. 167.º do CPP, enquanto condição da sua admissibilidade no processo penal, e finaliza com uma tomada de posição concretizada em três aspetos: (1) necessidade de afastamento do carácter ilícito das gravações e fotografias tanto ao nível da conduta de obtenção, como ao nível da conduta de utilização; (2) eleição do direito de necessidade como critério merecedor de uma mobilização preferencial; (3) rejeição da admissibilidade automática como meio de prova das gravações e fotografias penalmente lícitas.

Palavras-chave: Juízo Central Criminal de Lisboa, Relatório de Estágio Curricular, Proibições de Prova, Particulares, Gravações e fotografias ilícitas, Meios de prova

Abstract: This report arises as the result of a curricular internship carried out in the Central Criminal Court of Lisbon during a period of four months. Throughout the internship it was possible to witness various types of proceedings, to consult the respective files and to study the legal issues that were raised. But in addition to a short demonstration of the experience that was acquired, this report also includes an investigation focused on the issue regarding the admission of recordings and photographs obtained by private individuals as evidence in criminal procedures, which revealed a diversity of criteria used to make an affirmative judgement regarding the possibility of using this material as evidence, given its undeniable probatory potential. In this regard, the exposition begins with an analysis of the issue of the linkage of the private individuals to exclusionary rules legal regime, followed by an allusion to the criteria used by legal literature and case law to rule out the illegal nature of recordings and photographs assumed by article 167 of the Code of Criminal Procedure, as a condition for their acceptance as evidence, and it finalizes with a position statement on the following three aspects: (1) the need to rule out the illegal nature of recordings and photographs both in terms of the act of obtaining and of the act of using them; (2) the election of the state of necessity as a criteria worthy of preferential mobilization; (3) the rejection of the automatic admission as a form of evidence of the recordings and photographs that are legally permitted.

Keywords: Central Criminal Court of Lisbon, Curricular Internship Report, Exclusionary Rules, Private Individuals, Illegal recordings and photographs, Evidence

Introdução

Tendo como objetivo a conclusão do Mestrado em Direito Forense e Arbitragem na NOVA School of Law, optou-se pela realização de um estágio curricular num tribunal, em detrimento da elaboração de uma dissertação ou de um trabalho-projeto, essencialmente pela possibilidade de aquisição de um contacto próximo com a prática judiciária. O mesmo decorreu no Juízo Central Criminal do Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa, sito no Campus da Justiça, durante um período de quatro meses (com início a 03 de outubro de 2022 e fim a 03 de fevereiro de 2023), sob a supervisão da Exma. Sr.^a Dr.^a Juíza Helena Susano.

Ao longo do estágio, em resultado do acompanhamento do trabalho desempenhado pela Exma. Sr.^a Dr.^a Juíza Helena Susano (J2), em conjunto com os restantes membros do Tribunal Coletivo, o Exmo. Sr. Dr. Juiz Bruno Ferreira (J1) e a Exma. Sr.^a Dr.^a Marta Cabral (J3), assistiu-se a diligências diversificadas, designadamente, audiências de julgamento, audiências para leitura do acórdão, audiências para determinação do cúmulo jurídico, interrogatório de arguido para alteração da medida de coação e audições de condenado, como também se procedeu à consulta e estudo dos respetivos processos, nomeadamente, para investigação das questões jurídicas suscitadas.

Foi no decurso do estágio, mais concretamente no âmbito de um processo em que o arguido se encontrava acusado da prática de um crime de homicídio tentado, que surgiu o tema escolhido para a investigação: a admissibilidade das gravações e fotografias obtidas por particulares como meio de prova em processo penal. Esta questão, inserida na complexa temática das proibições de prova, suscitou particular interesse pela constatação de uma dispersão quanto às soluções apontadas pela doutrina e jurisprudência, no âmbito de um quadro irremediavelmente marcado por uma tentativa de harmonização entre o interesse na descoberta da verdade material e o interesse na tutela dos direitos fundamentais dos visados, maxime, o direito à palavra e o direito à imagem. Deste modo, tratando-se de uma questão com a qual os tribunais continuam a ser constantemente confrontados, torna-se premente a necessidade de se almejar um tratamento mais uniforme desta problemática por razões de segurança jurídica, pelo que a nossa investigação surge como um compromisso assumido numa tentativa de construção de um pequeno contributo nesse sentido.

Capítulo I: O Estágio Curricular

1. O Juízo Central Criminal de Lisboa

1.1. A Competência

O estágio curricular decorreu no Juízo Central Criminal de Lisboa, o qual constitui um dos juízos especializados pertencentes ao Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa que versa sobre a fase de julgamento de processos de natureza criminal, de acordo com o art. 118.º, n.º 1 da LOSJ.

Assim sendo, em razão da matéria, o Juízo Central Criminal de Lisboa é competente para o julgamento dos processos de natureza criminal da competência do tribunal coletivo ou do tribunal do júri (art. 118.º, n.º 1 da LOSJ), mas também para o julgamento de crimes estritamente militares, nos termos do CJM (art. 118.º, n.º 2 da LOSJ). Neste último caso, a competência para o respetivo julgamento é atribuída por lei à 1.ª e 2.ª Varas Criminais (art. 110.º, n.º 1, al. a) do CJM), sendo o tribunal coletivo composto por dois juizes civis e um juiz militar, de acordo com o art. 133.º, n.º 2 da LOSJ.

Por sua vez, a competência territorial do Juízo Central Criminal de Lisboa é afirmada quando o mesmo mantém a conexão mais estreita com a causa, de acordo com o elemento de conexão considerado decisivo pela lei nos termos dos arts. 19.º e ss. do CPP, encontrando-se a sua área de competência territorial abrangida pelo município de Lisboa, nos termos do Mapa III do ROFTJ.

1.2. O Tribunal Coletivo

Tal como referido, são julgados no Juízo Central Criminal de Lisboa, desde logo, os processos de natureza criminal da competência do tribunal coletivo, a qual se encontra estabelecida no art. 14.º do CPP e é aferida com base em dois critérios. Em primeiro lugar, com base num critério assente na natureza do crime, é da competência do tribunal coletivo julgar, por um lado, os processos que, não devendo ser julgados pelo tribunal do júri, respeitem a crimes previstos no Título III e no Capítulo I do Título V do Livro II do Código Penal e na Lei Penal Relativa às Violações do Direito Internacional Humanitário (art. 14.º, n.º 1 do CPP) e, por outro lado, os processos que, não devendo ser julgados pelo tribunal singular, respeitem a crimes dolosos ou agravados pelo resultado, quando for elemento do tipo a morte de pessoa (art. 14.º, n.º 2, al. a) do CPP). Em segundo lugar, com base num

critério assente na gravidade do crime em termos quantitativos, é também da competência do tribunal coletivo julgar os processos que, não devendo ser julgados pelo tribunal singular, respeitem a crimes cuja pena máxima, abstratamente aplicável, seja superior a cinco anos de prisão, mesmo que esse valor máximo resulte apenas da aplicação das regras do concurso (art. 14.º, n.º 2, al. b) do CPP).

Neste sentido, o Juízo Central Criminal de Lisboa encontra-se constituído por vários coletivos, sendo cada um deles composto por três juízes, designadamente, um Juiz Presidente e dois Juízes Adjuntos, nos termos do art. 133.º da LOSJ. O Juiz Presidente é aquele a quem o processo foi distribuído, ficando os outros dois juízes que compõem o coletivo como Juízes Adjuntos. Durante o estágio foi possível assistir a um ato de distribuição de processos em acompanhamento da Exma Sr.ª Dr.ª Juíza Supervisora do Estágio que se encontrava encarregue da sua presidência. Ora, este ato é realizado eletronicamente, de forma a garantir a aleatoriedade e a igualdade na distribuição, em função da complexidade dos processos aferida com base em vários critérios (v.g. número de arguidos e ofendidos, quantidade de volumes que integram o processo), devendo o mesmo ser presidido por um juiz, que tem como função decidir eventuais questões com aquela relacionadas (art. 89.º da LOSJ).

Num panorama geral, o Juiz Presidente assume um papel crucial no processo, tanto ao nível da fase preliminar ao julgamento, como durante o próprio julgamento, bem como na fase subsequente ao mesmo. Na fase preliminar ao julgamento, compete-lhe, desde logo, proceder ao saneamento do processo (art. 311.º do CPP), proceder à elaboração do despacho que designa o dia, hora e local da audiência (art. 312.º, 313.º e 314.º do CPP), bem como pronunciar-se sobre eventuais requerimentos submetidos pelos sujeitos processuais. Durante a audiência de julgamento, é ao Juiz Presidente que compete a disciplina e direção dos trabalhos (art. 322.º do CPP), através do exercício dos poderes e deveres que a lei lhe atribui, exemplificativamente, no art. 323.º do CPP. Mas onde o papel crucial do Juiz Presidente surge com maior destaque é, inevitavelmente, na fase subsequente ao julgamento, onde lhe compete a árdua e trabalhosa tarefa de proceder à elaboração do acórdão com base numa análise minuciosa de toda a prova produzida.

Já os Juízes Adjuntos intervêm na tomada de decisão sobre questões que se levantem no processo e que não sejam da competência exclusiva do Juiz Presidente, auxiliam o Juiz Presidente nas diligências de produção de prova durante a audiência de julgamento (v.g. mediante a formulação de questões que considerem relevantes para a descoberta da verdade aos sujeitos que se encontrem a prestar declarações) e participam na deliberação e votação quanto à decisão final do processo que é, assim, da competência de todo o tribunal coletivo.

1.3. O Tribunal do Júri

Também são julgados no Juízo Central Criminal de Lisboa os processos de natureza criminal da competência do tribunal do júri, o qual detém um carácter mais excecional, na medida em que só intervém quando haja requerimento nesse sentido por parte do MP, do assistente ou do arguido, e apenas quanto aos crimes em relação aos quais a lei expressamente preveja essa possibilidade, os quais consistem, designadamente, nos crimes previstos no Título III e no Capítulo I do Título V do Livro II do CP e na Lei Penal Relativa às Violações do Direito Internacional Humanitário, bem como nos crimes cuja pena máxima abstratamente aplicável seja superior a oito anos de prisão, com ressalva dos casos de terrorismo e de criminalidade altamente organizada (art. 13.º do CPP, art. 2.º do Regime de Júri e art. 207.º da CRP).

Ainda assim, durante o estágio houve, efetivamente, a oportunidade de assistir a um julgamento realizado por tribunal do júri, cuja intervenção fora requerida por um dos dois arguidos no âmbito de um processo em que, no decurso de agressões ocorridas à porta de uma discoteca em Lisboa, os mesmos se encontravam acusados de um homicídio qualificado contra um agente da força de segurança e de várias ofensas à integridade física. Na medida em que o mesmo fora presidido pela Exma. Sr.^a Dr.^a Juíza Supervisora do Estágio, foi possível acompanhar bem de perto o processo de recrutamento e seleção dos jurados, o que justifica que seja dada à sua análise algum peso no presente relatório.

O processo de recrutamento e seleção dos quatro jurados efetivos e dos quatro jurados suplentes que, a par dos três juizes do coletivo, vieram compor o tribunal do júri, correu em apenso ao processo principal, com observância dos trâmites expressamente previstos e regulados no Regime de Júri, consagrado no DL n.º 387-A/87, de 29 de dezembro.

A primeira fase do processo consistiu na realização de uma audiência pública para efetuar o sorteio de pré-seleção dos jurados (art. 9.º), a qual fora presenciada pelo MP, pelo advogado dos assistentes e pelos defensores dos arguidos. O sorteio tinha em vista o apuramento de cem cidadãos, com base nos cadernos eleitorais do município de Lisboa, cuja cópia fora requisitada ao Presidente da Câmara pela Juíza Presidente no despacho de deferimento do requerimento de intervenção do Júri.

Após o apuramento dos cem cidadãos em resultado do sorteio, a Juíza Presidente mandou notificar os sorteados para, no prazo de cinco dias, responderem a um inquérito destinado a saber se os mesmos preenchiam os requisitos de capacidade indispensáveis para o desempenho da função de jurado (art. 10.º). Findo o prazo de receção e uma vez analisadas as respostas ao inquérito, a Juíza Presidente proferiu um despacho, no qual procedeu à

eliminação daqueles que não preenchiam os requisitos de capacidade genérica (art. 3.º), aferidos à luz do momento de início do exercício das funções de jurado e daqueles em relação aos quais se verificava alguma incompatibilidade (art. 4.º), bem como daqueles que não foi possível notificar ou que não responderam ao inquérito, fazendo referência aos fundamentos de facto e de direito em que assentou a referida exclusão.

A terceira fase do processo consistiu na realização de uma nova audiência pública para efetuar o sorteio de seleção dos jurados (art. 11.º), a qual ocorreu em termos semelhantes à primeira audiência de sorteio, e teve como objetivo, com base nos cidadãos não excluídos, seleccionar dezoito potenciais jurados. Uma vez feita a seleção, o art. 12.º, n.º 1 impõe que os seleccionados, o MP, o advogado do assistente e o defensor do arguido sejam notificados para comparecerem obrigatoriamente numa audiência pública de apuramento, tendo o juiz de comunicar a todos os intervenientes o elenco dos seleccionados, bem como a respetiva profissão e morada.

Foi neste contexto que se levantou uma questão interessante e que consistiu em saber se a comunicação do nome completo, profissão e morada dos dezoito potenciais jurados, num contexto atual, marcado pela constante preocupação com a proteção dos dados pessoais, não seria violadora dos princípios e regras constantes da CRP e do RGPD. A este propósito, a Juíza Presidente proferiu um despacho, no qual entendeu que deveria ser feita uma interpretação atualista do art. 12.º, n.º 1 do Regime de Júri, sob pena de se incorrer numa violação desproporcional do direito à reserva da vida privada contida no art. 26.º, n.º 1 da CRP, bem como na violação do RGPD, assim determinando que não seria comunicado nem o nome completo, nem a morada dos dezoito potenciais jurados, mas apenas a sua profissão, uma vez que considerou que aqueles se tratariam de dados irrelevantes para o escopo da seleção, cujo desconhecimento pelos intervenientes processuais em nada afetaria o exercício de seleção dos jurados, nem a transparência do próprio ato de seleção. Inconformado, um dos arguidos veio interpor recurso do referido despacho, onde alegou que o mesmo era violador do direito ao processo equitativo, na vertente da exigência de imparcialidade do tribunal, bem como das garantias de defesa, mormente, do direito ao contraditório, dado que o desconhecimento daqueles dados impossibilitaria o exercício efetivo do direito de recusa resultante da leitura conjugada do art. 6.º, n.º 1, al. b) e n.º 2.

A próxima fase do processo consistiu, então, na realização da audiência de apuramento dos jurados (art. 12.º). Nesta audiência, após os seleccionados terem sido advertidos de que deveriam falar com verdade às perguntas que lhes iriam ser colocadas, a Juíza Presidente realizou uma breve explicação do processo de recrutamento e seleção realizado até ao

momento, após o que procedeu à inquirição individual de todos os selecionados quanto à existência de impedimentos (art. 5.º) e causas de escusa que pretenderiam invocar (art. 6.º), esclarecendo-os quanto ao regime legal aplicável. De seguida, a Juíza Presidente procedeu à realização de uma entrevista aos selecionados, colocando algumas questões que, em termos gerais, se relacionaram com aspetos pessoais e com a perceção que tinham sobre o caso objeto do processo, tendo posteriormente dado também a palavra ao MP, ao advogado dos assistentes e aos defensores dos arguidos para colocarem questões adicionais. Perante as respostas dadas a todas as questões colocadas, o defensor de um dos arguidos optou por exercer o direito de recusa resultante do art. 6.º, n.º 2, com base no n.º 1, al. b), em relação a um dos candidatos. De seguida, a Juíza Presidente informou os selecionados que, nos termos do art. 12.º, n.º 3, o MP, o defensor do arguido e o advogado do assistente tinham a prerrogativa de recusar jurados sem explicitação de motivação, tendo sido excluídos alguns selecionados ao abrigo desta prerrogativa que todos os sujeitos mencionados optaram por exercer. Em todo o caso, perante a falta de clareza da lei, suscitou-se a questão de saber como deveria ser interpretado o art. 12.º, n.º 3 no caso de haver assistente, uma vez que os defensores dos arguidos discordaram da interpretação efetuada pelo tribunal, o qual entendia que, havendo assistente, a lei conferia ao MP a faculdade de recusar três candidatos a jurados, aos defensores dos arguidos dois e ao assistente um, ao passo que aqueles, contrariamente, entendiam que, havendo assistente, a lei conferia ao MP a faculdade de recusar igual número de candidatos que o defensor do arguido, ou seja, cada qual dois, e ao assistente um. Não obstante, a divergência ficou imediatamente sanada, uma vez que o MP optou apenas por recusar dois candidatos, prescindindo da eventual faculdade de excluir um terceiro candidato resultante da interpretação realizada pelo tribunal.

Uma vez alcançado o grupo final dos potenciais jurados, procedeu-se à última fase do processo, consistente no proferimento do despacho de designação (art. 13.º). Neste despacho, a lei impõe que o Presidente designe os jurados efetivos e os jurados suplentes, mas não estabelece qual o critério de designação a utilizar nos casos em que, após aquele procedimento, fiquem aptos mais do que apenas oito candidatos, e que, de facto, foi precisamente o que aconteceu. Perante o silêncio da lei, a Juíza Presidente declarou na audiência que considerava que o melhor critério de designação seria atender à ordem de saída dos candidatos no sorteio anterior (art. 11.º), mas abrindo, contudo, a possibilidade de realização de um novo sorteio. O advogado dos assistentes e os defensores dos arguidos manifestaram a sua preferência pela realização de um novo sorteio para designação final dos oito jurados. Efetuado o novo sorteio, a Juíza Presidente proferiu o despacho de designação

do art. 13.º, ditando-o para a ata, onde procedeu à exclusão dos candidatos relativamente aos quais considerou que seria de proceder os motivos de impedimento, escusa e recusa invocados, bem como, à designação dos quatro jurados efetivos e dos quatro jurados suplentes. A este despacho acresceu um outro, no qual a Juíza Presidente determinou, em termos semelhantes à sua posição anteriormente firmada, que não iria ser do conhecimento dos sujeitos processuais a morada dos oito jurados, em igualdade de circunstâncias com os juízes em efetividade de carreira, considerando que tal se demonstraria desproporcional face à necessidade de sindicar a sua imparcialidade.

Foi, assim, através de todo este processo, que se formou o Tribunal do Júri competente para o julgamento do caso em questão e que acabou por ser composto por quatro juradas efetivas e quatro juradas suplentes, de faixas etárias distintas e profissões bastante variadas, a par das duas juízas e do juiz que compunham o tribunal coletivo, as quais, certamente, vieram a assumir um peso decisivo quando ao desfecho do processo, uma vez que a lei determina a sua intervenção na decisão das questões da culpabilidade e da determinação da sanção, tanto no que toca a matéria de facto, como a matéria de direito (art. 2.º, n.º 3).

Resta apenas terminar esta exposição com o reparo de que, ainda que não tenha sido possível abordar todas as questões debatidas ao longo deste processo, a verdade é que todos os problemas que se colocaram resultaram do caráter obsoleto e lacunoso do Regime de Júri, o que faz denotar a premência quanto à necessidade de intervenção legislativa neste domínio, tendo em vista o esclarecimento de certos aspetos dúbios e a sua adaptação à atualidade.

2. Atividades desenvolvidas

2.1. Assistência a diligências

A atividade predominantemente desenvolvida no decurso do estágio foi, sem dúvida, a assistência a diligências de diversa natureza, designadamente, audiências de julgamento, audiências para leitura do acórdão, audiências para determinação do cúmulo jurídico, interrogatório de arguido para alteração da medida de coação, bem como, audições de condenado, pelo que será feita, no presente relatório, uma breve passagem por todas.

Começando pelas audiências de julgamento, importa referir que, antes de mais, havia, por regra, um dia da semana reservado para os julgamentos de cada um dos três juízes do coletivo, sendo que, normalmente, às terças-feiras se assistia aos julgamentos presididos pelo J1, às quartas-feiras aos julgamentos presididos pelo J3 e às quintas-feiras aos julgamentos

presididos pelo J2. Também é interessante mencionar que, na medida em que este coletivo que se acompanhou pertence à 1.^a Vara Criminal, houve a oportunidade de assistir a vários julgamentos de crimes estritamente militares, caso em que nos mesmos apenas participavam dois dos juízes que normalmente compunham o coletivo, que alternavam consoante o juiz a quem o processo fora distribuído, ficando o terceiro elemento do coletivo constituído por um juiz militar pertencente a um dos ramos das Forças Armadas ou da GNR, consoante o caso objeto do processo. Finalmente, e como disso já foi dado conta, também houve a oportunidade de assistir a um julgamento realizado por tribunal do júri, cuja composição fora determinada de acordo com o referido processo de seleção.

A audiência de julgamento iniciava com a entrada, por antiguidade, do Tribunal Coletivo e do MP na sala de audiência, após o que o Juiz Presidente procedia à abertura da mesma, mediante a identificação do processo e solicitando que o funcionário de justiça se pronunciasse sobre a presença de todos os sujeitos processuais e demais intervenientes (art. 329.º e ss. do CPP). Uma vez realizados os atos introdutórios, o Juiz Presidente questionava o MP e os advogados se prescindiam ou não das exposições introdutórias destinadas a indicar os factos que se iriam propor a provar (art. 339.º do CPP). Ainda antes do início da produção de prova, o Juiz Presidente procedia à identificação do arguido, advertindo-o que, quanto a essas informações, deveria responder com a verdade, sob pena de incorrer em responsabilidade criminal (art. 342.º do CPP). A produção de prova iniciava-se com as declarações do arguido (art. 343.º e ss. do CPP), caso o mesmo manifestasse a sua vontade nesse sentido, e seguia-se com as declarações do assistente (art. 346.º do CPP), com as declarações das partes civis (art. 347.º do CPP), com as declarações das testemunhas (art. 348.º do CPP), e finalmente, se fosse o caso, com as declarações do perito (art. 350.º do CPP). Também era frequente a realização de requerimentos para reprodução ou leitura de autos e de declarações do arguido em sede de audiência (art. 356.º e 357.º do CPP). Produzida a prova, havia lugar às alegações orais por parte do MP, dos advogados do assistente e partes civis, e do defensor do arguido, exatamente por esta ordem (art. 360.º do CPP), sendo que, uma vez concluídas, o Juiz Presidente questionava o arguido se o mesmo pretendia prestar últimas declarações, de seguida dando por encerrada a audiência (art. 361.º do CPP). Uma vez terminada a audiência, o tribunal reunia-se para deliberação e votação, a qual começava com o juiz com menor antiguidade de serviço e terminava com o voto do Juiz Presidente, sendo as deliberações tomadas por maioria simples de votos (art. 365.º e ss. do CPP).

Interessante referir ainda que o CPP prevê expressamente a possibilidade de reabertura da audiência para a determinação da sanção (art. 371.º do CPP), mas já não faz qualquer

referência à possibilidade de reabertura da audiência para sanar as dúvidas razoáveis que tenham permanecido no espírito do tribunal face à prova produzida. Em todo o caso, assistiu-se, logo no início do estágio, a uma reabertura de audiência para esse efeito, no âmbito de um processo em que o arguido se encontrava acusado de um crime de abuso sexual de crianças e em que o tribunal não ficou cabalmente esclarecido com as declarações para memória futura e a prova produzida em audiência. Após se ter procedido à procura de jurisprudência que se debruçasse sobre a questão (cfr. Ac. TRL de 08-05-2018), a Juíza Presidente determinou a reabertura da audiência ao abrigo do art. 607.º, n.º 1 e arts. 6.º e 411.º do CPC, aplicável ex vi do art. 4.º do CPP.

Certo é que, uma vez realizada a deliberação e votação pelo Tribunal Coletivo, o Juiz Presidente procede à elaboração do acórdão, o qual é assinado por todos os juízes e, sendo o caso de algum deles votar vencido, o mesmo declara os motivos do seu voto (art. 372.º, n.ºs 1 e 2 do CPP). De realçar que, de facto, pelo menos em três processos a cujo julgamento se assistiu, houve voto de vencido no acórdão por parte de um dos Juízes Adjuntos. Terminada a elaboração do acórdão, é realizada uma audiência para a sua leitura, na qual, normalmente, apenas intervém o Juiz Presidente, o qual procede à leitura de uma súmula da fundamentação, bem como do dispositivo (art. 372.º, n.ºs 3, 4 e 5 do CPP). Neste sentido, procurou-se, sempre que possível, assistir às audiências de leitura do acórdão relativamente aos processos que, ao longo do estágio, se fora acompanhando.

Também se assistiu a algumas audiências para a determinação do cúmulo jurídico (art. 471.º e 472.º do CPP), as quais ocorriam nos casos de conhecimento superveniente do concurso de crimes (art. 78.º do CP) e, ainda que a lei não o exija obrigatoriamente, na sua grande maioria, verificou-se, efetivamente, a presença do arguido, o qual se pronunciava quanto às questões que o tribunal lhe colocava para efeitos de determinação da medida da pena única concretamente a aplicar (art. 77.º do CP).

Assistiu-se ainda a um interrogatório de arguido para alteração da medida de coação, em virtude de incumprimento (art. 203.º do CPP). Em causa estava um processo em que ao arguido, acusado da prática de vários crimes de roubo, tinha sido aplicada a medida de coação de obrigação de permanência na habitação (art. 201.º do CPP). Perante o incumprimento, foi realizada diligência para audição do arguido, na qual a Exma. Sr.ª Dr.ª Juíza decidiu alterar a medida de coação anteriormente aplicada para prisão preventiva (art. 202.º, n.º 1, al. b) e art. 204.º, n.º 1, al. c) do CPP), uma vez que entendeu que, por força de conflitos familiares existentes, não havia condições para que o mesmo continuasse a cumprir a anterior medida de coação na habitação que havia sido determinada para o efeito.

Finalmente, assistiu-se a duas audições de condenado para eventual revogação da suspensão da pena de prisão (art. 495.º do CPP), designadamente, no âmbito de processos relativos a crimes de abuso de confiança fiscal, em que os arguidos tinham sido condenados com uma pena de prisão suspensa na sua execução, subordinada à condição de pagamento ao Estado do montante da prestação em dívida e acréscimos legais (art. 50.º do CP e art. 14.º, n.º 1 do RGIT). Perante o incumprimento da condição imposta, o tribunal procedeu à realização de uma diligência para audição dos condenados, os quais alegaram que o incumprimento não era culposos, e muito menos grosseiro (art. 56.º, n.º 1, al. a) do CP), tendo decorrido por insuficiência manifesta de condições económicas. Em ambos os casos, o tribunal optou por prorrogar o período de suspensão da execução da pena de prisão (art. 55.º, al. d) do CP), para pagamento do montante em falta através de prestações, tendo fixado, para o efeito, um valor adequado em função das capacidades económicas dos condenados.

2.2. Consulta e estudo dos processos

Anteriormente à assistência das diligências, era realizada, com alguma antecedência, a consulta dos respetivos processos, o que se demonstrou, indubitavelmente, crucial para a obtenção de um aprofundado conhecimento do processo que não seria possível apenas com a assistência ao respetivo julgamento. Com efeito, a consulta do processo possibilitava o contacto com todos os elementos relevantes que constavam dos autos, desde logo, as várias peças processuais (v.g. acusação, contestação, requerimento de abertura de instrução, despacho de pronúncia, alegações e apreciação de recursos incidentes sobre certas decisões), eventuais requerimentos submetidos e apreciados, documentos referentes ao arguido (v.g. registo criminal, relatório social) e, principalmente, demais elementos probatórios (v.g. autos de notícia, autos de busca e apreensão, autos de reconhecimento, relatórios periciais, registos fotográficos e de videovigilância, autos de interceção e gravação de conversações). Em termos gerais, permitia a aquisição de uma perceção do desenrolar de todo o processo até ao momento do julgamento.

Os processos com os quais se teve contacto no decurso do estágio incidiram sobre uma variedade de tipos de crime, desde logo, crimes contra a vida (homicídio qualificado e homicídio na forma tentada), crimes contra a integridade física (ofensas à integridade física e violência doméstica) e crimes contra a autodeterminação sexual (abuso sexual de crianças e pornografia de menores). Não obstante, a criminalidade preponderante incidiu, sem dúvida, sobre crimes económicos (roubo, furto, falsificação ou contrafação de documento, burla, falsificação ou contrafação de documento, abuso de confiança fiscal, branqueamento de

capitais e participação económica em negócio) e crimes de tráfico de estupefacientes. Já no que toca aos processos relativos a crimes militares, os mesmos incidiram sobre crimes contra a segurança das Forças Armadas (incumprimento de deveres de serviço e entrada ou permanência ilegítimas), crimes contra a autoridade (insubordinação por desobediência), crimes de abuso de autoridade (abuso de autoridade por ofensa à integridade física) e crimes de dano de material de guerra (comércio ilícito de material de guerra).

Além da consulta dos processos para preparação da assistência aos julgamentos, também se procedia ao estudo dos mesmos, mais concretamente à investigação das questões jurídicas que se suscitavam. Deste modo, sempre que se colocava alguma questão na fase prévia ao julgamento, no seu decurso ou até mesmo já numa fase posterior, era levada a cabo uma tarefa de análise e de investigação jurídica ao nível doutrinal e jurisprudencial, o que se concretizou, indubitavelmente, numa atividade que possibilitou a aquisição de vários conhecimentos, não só decorrentes da investigação que se realizava, mas acima de tudo, dos ensinamentos transmitidos pelo próprio coletivo que se acompanhou. Nesta sede, e atendendo ao facto de se ter tratado de uma atividade frequentemente desenvolvida, surge pertinente mencionar, pelo menos, duas questões, de entre todas aquelas que se suscitaram.

A primeira questão que se pretende destacar colocou-se a propósito de um processo relativo a um crime de abuso de confiança fiscal, no âmbito do qual o arguido veio alegar, em sede de contestação, que havia realizado um acordo de pagamento com a AT anteriormente ao termo do prazo estabelecido no art. 105.º, n.º 4, al. b) do RGIT, facto esse que, no seu entender, obstaria à sua responsabilidade criminal. Após a investigação da questão, concluiu-se que a jurisprudência, na sua esmagadora maioria, tem entendido que a realização, no âmbito de um processo de execução fiscal, de um acordo de pagamento entre o devedor e a AT, e até o cumprimento parcial desse acordo, não obsta à verificação e funcionamento da condição objetiva de punibilidade estabelecida no art. 105.º, n.º 4, al. b) do RGIT, não produzindo qualquer descriminalização dos factos (cfr. Ac. TRL de 18-01-2022 e Ac. TRP de 17-02-2021).

A segunda questão que se pretende destacar colocou-se a propósito de um processo relativo a um crime de pornografia de menores, em que o arguido se encontrava acusado, em concurso efetivo, de mais de mil crimes de pornografia de menores, nos termos do art. 176.º, n.º 5 do CP, e de um crime de pornografia de menores agravado, nos termos dos arts. 176.º, n.º 1, al. c) e 177.º, n.º 7 do CP. Num primeiro patamar, a questão consistiu em saber se o arguido deveria ser punido em função do número de materiais pornográficos em causa, originando a punição por mais de mil crimes de pornografia, nos termos do art. 176.º, n.º 5

do CP, ou se, ao invés, deveria ser punido apenas por um único crime, atendendo à natureza do bem jurídico violado que, no n.º 5, não é imediatamente a liberdade e autodeterminação sexual, mas um bem jurídico supraindividual, de proteção e defesa da dignidade de menores. Num segundo patamar, a questão consistiu em saber se, uma vez ultrapassado o problema da unidade/pluralidade de crimes, o arguido deveria ser punido, em concurso efetivo, por um crime de pornografia, nos termos do art. 176.º, n.º 5 do CP e um crime de pornografia de menores agravado, nos termos dos arts. 176.º, n.º 1, al. c) e 177.º, n.º 7 do CP, tal como resultava da acusação, ou se, ao invés, deveria ser punido apenas pelo crime mais grave (ou seja, pelo crime de pornografia agravado da al.c)), considerando-se que o arguido percorreu diversos estádios de agressão ao bem jurídico, em que a conduta de partilha do material representaria um estágio mais avançado de agressão ao bem jurídico em relação à conduta de detenção. No âmbito da investigação que se realizou, denotou-se que a jurisprudência majoritária propende, no primeiro patamar, para a opção pela configuração de uma unidade de crimes e, depois, no segundo patamar, somente pela punição do crime mais grave (cfr. Ac. STJ de 17-05-2017 e Ac. TRE de 23-06-2020), tendo sido também nesse sentido que o tribunal decidiu condenar o arguido numa pena de prisão de três anos, suspensa na sua execução com regime de prova, pela prática de um crime de pornografia de menores agravado, nos termos dos arts. 176.º, n.º 1, al. c) e 177.º, n.º 7 do CP. De realçar, contudo, que o acórdão teve um voto de vencido por parte de uma das Juízas Adjuntas, a qual perfilhou o entendimento de que havia uma relação de concurso efetivo entre os crimes, bem como, que o arguido devia ter sido punido com pena de prisão efetiva.

Posto isto, resta apenas denotar que foi precisamente no contexto desta atividade de consulta e estudo dos processos que surgiu o tema escolhido para investigação e sobre o qual se irá debruçar o próximo capítulo. Em causa estava um processo em que o arguido se encontrava acusado por um crime de homicídio na forma tentada, por ter desferido um golpe, com uma faca, no abdómen do ofendido, tendo esses factos sido filmados por um turista que se encontrava no local. Ainda que as referidas filmagens não tenham sido utilizadas, em virtude da existência de registos de videovigilância de um estabelecimento comercial, procurou-se saber se, caso os mesmos não existissem, aquelas filmagens poderiam ser admissíveis como meio de prova no âmbito daquele processo, ou se constituíam prova proibida, o que suscitou a problemática da admissibilidade das gravações e fotografias obtidas por particulares como meio de prova em processo penal.

Capítulo II: A Admissibilidade das Gravações e Fotografias Obtidas por Particulares como Meio de Prova em Processo Penal

1. A «privatização da investigação» e a prova obtida por particulares

O contexto atual tem sido marcado por um crescente interesse dos particulares na investigação criminal, originando um fenómeno ao qual a doutrina tem designado por «privatização da investigação»¹. De facto, cada vez mais, os particulares têm vindo a desenvolver as suas próprias investigações², alheias à investigação criminal levada a cabo pelas autoridades competentes, tendo em vista, fundamentalmente, a recolha de prova e o seu oferecimento ao processo penal. Basta pensarmos na hipótese em que um hacker se intromete num sistema informático pertencente a terceiro, ou quando um indivíduo grava a prática de um crime que presenciou, ou ainda quando alguém recolhe dados relevantes retirados de redes sociais ou de aplicativos de mensagens instantâneas.

Este fenómeno deve-se, sobretudo, à evolução tecnológica, a qual tem colocado novos e mais sofisticados equipamentos eletrónicos ao dispor dos indivíduos, facilitando a recolha e o armazenamento da informação. O facto de ser cada vez mais acessível o recurso a esses instrumentos, v.g. telemóveis, computadores, câmaras fotográficas ou de filmar, gravadores, drones, câmaras de vigilância, softwares de análise de dados, sistemas de localização GPS, que assumem potencial enquanto autênticos meios de obtenção de prova, fomenta o anseio de contribuição para a descoberta da verdade, atenta a configuração do crime como um fenómeno de relevância social.

Aquele interesse pode ser motivado por diversos fatores, tais como a necessidade de proteção dos próprios direitos, ou até mesmo a simples curiosidade em investigar práticas delituosas, acabando por, inegavelmente, possibilitar o fornecimento de contributos relevantes para a investigação. No entanto, é importante ter muita cautela neste domínio, pois, à recolha de provas por particulares está sempre associado um risco de devassa dos direitos fundamentais dos visados, dado não serem raras as vezes em que as provas são obtidas de forma ilícita. E se, por um lado, a obtenção de prova pelos órgãos de perseguição criminal se encontra devidamente regulamentada, estando positivados os termos em que

¹ MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Bruscamente no verão passado”, *a reforma do Código de Processo Penal – observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, pp. 127-128.

² A este propósito, importa enfatizar que as investigações prosseguidas por particulares a que nos referimos não se tratam de «investigações em sentido técnico», na medida em que estas apenas competem aos OPC e às autoridades judiciais. Cfr. JOSÉ COSTA, *Do Aproveitamento em Processo Penal das Provas Ilícitamente Obtidas por Particulares*, p. 303.

estes podem recolher provas que eventualmente colidam com direitos fundamentais, por outro lado, a obtenção de prova pelos particulares desconhece qualquer regulamentação legal específica³.

Isto não significa, contudo, que estes se encontrem impedidos de levar a cabo as suas próprias investigações, tendo em vista a recolha de prova que contribua para o apuramento dos factos e, em termos gerais, para a descoberta da verdade. Muito pelo contrário, o facto de inexistir qualquer regulamentação legal a este respeito leva-nos a concluir, de princípio, pela ausência de obstáculos legais à prossecução de investigações particulares.

Querendo ir mais longe ainda, podemos mesmo enquadrar esta atividade no âmbito do direito à prova constitucionalmente reconhecido aos sujeitos processuais. Com efeito, o direito à prova, enquanto parte do direito de defesa do arguido (art. 32.º da CRP) e do direito à tutela jurisdicional efetiva (art. 20.º da CRP), encontra expressão, ao nível da lei processual, no art. 61.º, n.º 1, al. g) do CPP, no que ao arguido diz respeito, e no art. 69.º, n.º 2, al. c) do CPP, no que ao assistente diz respeito. Da conjugação destes preceitos resulta, assim, para o arguido e para o assistente, enquanto sujeitos processuais detentores do direito a intervir ativamente no processo, a possibilidade de facultarem provas por si obtidas ou de formularem requerimentos probatórios que considerem necessários, o que, naturalmente, e facilmente se compreende, pressupõe a prossecução de uma prévia atividade de investigação autónoma⁴.

No que diz respeito às investigações levadas a cabo por outros indivíduos que não assumem a qualidade de sujeitos processuais, tais como a vítima, enquanto mera participante processual, podemos proceder ao respetivo enquadramento no art. 67.º-A, n.º 5 do CPP, o qual prevê a possibilidade de a vítima colaborar com as autoridades mediante o fornecimento de prova. Já quanto aos terceiros estranhos ao processo, inexistem qualquer norma de onde se possa retirar, de forma imediata, a admissibilidade processual das suas atividades probatórias em termos semelhantes aos que temos vindo a efetuar. Não obstante, tal não significa que estes se encontrem impossibilitados de prosseguir as suas próprias investigações, pois, na verdade, sempre poderemos enquadrar a sua atuação no âmbito de uma «liberdade de atuação», decorrente dos arts. 1.º, 2.º, 26.º, n.º 1, e 27.º, n.º 1 da CRP⁵.

³ *Ibidem*, pp. 301-302.

⁴ JOSÉ COSTA, *Do Aproveitamento em Processo Penal das Provas Ilícitamente Obtidas por Particulares*, p. 303 e *Provas Ilícitamente Obtidas por Particulares*, pp. 171-172, GERMANO MARQUES SILVA, *Do Processo Penal Preliminar*, pp. 164-165.

⁵ Enquadramento preconizado por JOSÉ COSTA, *Do Aproveitamento em Processo Penal das Provas Ilícitamente Obtidas por Particulares*, p. 304.

Desta feita, torna-se evidente a premência quanto à necessidade de tratamento desta matéria respeitante à obtenção de prova por particulares, mediante a positivação de um regime próprio, principalmente face à frequência com que a prática judiciária tem sido confrontada com esta questão. É que, se, por um lado, a ausência de regulamentação legal nos permite chegar à conclusão de que, a priori, não existem obstáculos legais às investigações particulares, por outro lado, pode criar o risco de conferir aos particulares a possibilidade de fazerem mais do que aquilo que as autoridades públicas encarregues da delicada e complexa tarefa de investigação criminal podem fazer, tendo em conta que estas se encontram vinculadas a um quadro de atuação delimitado por um regime legal de obtenção de prova relativamente apertado⁶. Daí que seja imperioso que o direito, numa tentativa de conciliar o interesse na recolha de prova e a tutela dos direitos fundamentais dos visados, procure estabelecer as condições e os limites da atuação dos particulares, assim se conferindo uma maior segurança jurídica no tratamento desta problemática de pendor extremamente casuístico.

1.1. A noção de particular

Incidindo o nosso estudo sobre provas obtidas especificamente por particulares, cumpre, então, proceder à delimitação da noção de particular a ter em consideração para estes efeitos. Ora, ainda que já tenha sido implicitamente mobilizado o termo «particulares» para nos referirmos aos sujeitos que não assumem a qualidade de autoridades públicas, importa deixar claro que o reconhecimento desse pressuposto não é suficiente para que se possa considerar que uma determinada prova fora efetivamente obtida por um particular, dado que casos há em que a atividade probatória prosseguida por particulares e, consequentemente, as provas por si obtidas nesse contexto, são imputáveis ao Estado.

Posto isto, o critério para delimitar quando é que a prova é ou não é imputável ao Estado, reside, pois, no vínculo que o particular em questão assume com as instâncias formais de controlo, concretamente, com os OPC e as autoridades judiciárias, aquando da realização das diligências probatórias⁷. Apelando a este critério, no sentido de determinar os casos em que podemos, então, considerar que as provas foram efetivamente obtidas por particulares,

⁶ JOSÉ COSTA, *Do Aproveitamento em Processo Penal das Provas Ilicitamente Obtidas por Particulares*, p. 304 e GERMANO MARQUES SILVA, *Curso de Processo Penal*, Vol. I, p. 167.

⁷ CHARLES BUBANY e PERRY COCKERELL, *Excluding Criminal Evidence Texas-Style: Can private searches position the fruit?*, pp. 612-614 e ALEXANDRA PEREIRA, *A Vinculação dos Particulares às Proibições de Prova*, p. 43.

mediante a averiguação da eventual imputabilidade da prova ao Estado, importa que nos detenhamos sobre os dois tipos de cenários que podem estar aqui envolvidos.

Ainda que esteja em causa aquilo que se pode realmente considerar como sendo um particular, o qual pode passar por ser um jornalista, um segurança privado, um detetive privado ou até mesmo um simples cidadão, se, de algum modo, a atividade de obtenção de prova por si desenvolvida tiver sido realizada em colaboração, no interesse e sob a orientação das entidades de perseguição criminal⁸, então a prova obtida é imputável ao Estado, pois tudo se passa como se essa prova tivesse sido obtida por uma autoridade pública. Por outro lado, se o particular tiver levado a cabo a atividade probatória de forma autónoma e independente, atuando no seu próprio interesse, mediante a inexistência de qualquer vínculo com as autoridades, nesse caso a prova obtida já não é imputável ao Estado e está em causa uma situação de prova efetivamente obtida por um particular⁹.

Proceder a esta distinção torna-se, de facto, relevante, pois, quando esteja em causa o primeiro cenário, em que um particular obtém prova sob a alçada das entidades competentes pela investigação criminal à luz da lei, o regime de produção de prova e as regras de proibições de prova aplicáveis a estas últimas são tendencialmente extensíveis a esses casos¹⁰, mas já quando esteja em causa o segundo cenário, em que um particular obtém prova de forma independente e sem qualquer vínculo com as instâncias formais de controlo, tal como já mencionado, é praticamente inexistente expressa regulamentação legal aplicável.

É justamente no âmbito desta última hipótese, de carecida regulamentação legal, que se insere o nosso estudo, daí que seja crucial ter presente quando é que podemos considerar que uma prova fora efetivamente obtida por um particular, tendo em conta as diferenças a nível de regime aplicável. Isto pressupõe, então, que se tenha por assente que «particulares», para estes efeitos, são os típicos cidadãos comuns, sem qualquer relação com as instâncias formais de controlo, e alheios à prossecução de uma qualquer tarefa investigatória que lhes tenha sido confiada que, quer motivados por interesses típicos do processo penal, quer motivados por outros interesses alheios ao processo penal, empreendam as suas próprias atividades de investigação, tendo em vista o oferecimento ao processo de prova relevante por si recolhida.

⁸ O exemplo paradigmático de prossecução de uma atividade probatória por um particular em colaboração com as entidades de perseguição criminal consiste no recurso aos agentes encobertos no âmbito das ações encobertas, onde é a própria lei (art. 1.º, n.º 1 da Lei n.º 101/2011, de 25 de agosto) que prevê a possibilidade de as mesmas serem levadas a cabo por terceiros que atuem sob o controlo da PJ.

⁹ JOSÉ COSTA, *Provas Ilícitamente Obtidas por Particulares*, pp. 170-171.

¹⁰ MANUEL COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, pp. 159-160, FRANCISCO AGUILAR, *A Destrinça Tipológica entre Prova Defensiva e Prova Ofensiva em Sede de Proibições de Prova em Processo Penal*, pp. 280-281, nota de rodapé 3 e PAULO SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, p. 181.

1.2. Os particulares como destinatários das proibições de prova

A prossecução de diligências probatórias no contexto da investigação criminal incumbida às instâncias formais de controlo encontra-se condicionada pelo regime das proibições de prova, desta forma se impedindo o aniquilamento dos direitos fundamentais dos visados em nome da descoberta da verdade material. Mas tal como visto, também os particulares podem autonomamente carrear prova para o processo, pelo que, naturalmente, se coloca a questão de saber se estes estão igualmente sujeitos ao regime das proibições de prova aquando do seguimento das suas próprias investigações, dada a potencialidade de devassa que a sua atuação pode representar para os direitos fundamentais dos visados.

No nosso direito processual penal, baseado num Estado de Direito, vigora uma máxima basilar, segundo a qual a descoberta da verdade, *«preordenada à realização da justiça pela via da perseguição, identificação e punição dos agentes do crime»*¹¹, não pode ser alcançada a qualquer custo, designadamente, mediante o sacrifício dos mais importantes direitos constitucionalmente consagrados, mas apenas através de meios justos e legalmente admissíveis¹². Neste sentido, tal como se pronunciou o TC no Ac. n.º 578/98 de 14-10-1998, *«Existe um dever ético e jurídico de procurar a verdade material. Mas existe também um dever jurídico que leva a excluir a possibilidade de empregar certos meios na investigação criminal. A verdade material não pode conseguir-se a qualquer preço: há limites decorrentes do dever de respeito pela integridade moral e física das pessoas; há limites impostos pela inviolabilidade da vida privada, do domicílio, da correspondência e das telecomunicações, que só nas condições previstas na lei podem ser transpostos (...)»*.

É precisamente neste contexto que, como resultado de um juízo de ponderação efetuado no âmbito de um conflito entre o interesse na perseguição criminal e o interesse na tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos a favor deste último¹³, surgem as proibições de prova, constitucionalmente consagradas no art. 32.º, n.º 8 da CRP e objeto de concretização ordinária no art. 126.º do CPP. Deste modo, quando no cumprimento do dever jurídico de realização da justiça sejam empregues métodos que impliquem o sacrifício desmedido dos bens jurídicos tutelados pelas proibições de prova, o sistema processual penal atribui às

¹¹ MANUEL COSTA ANDRADE, *op.cit.*, p. 85.

¹² GERMANO MARQUES SILVA, *Curso de Processo Penal*, Vol.II, pp. 173-174.

¹³ Tal como denota JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Para uma Reforma Global do Processo Penal Português – Da Sua Necessidade e de Algumas Orientações Fundamentais*, p. 207, *«Quando, em qualquer ponto do sistema ou da regulamentação processual penal, esteja em causa a garantia da dignidade da pessoa – em regra do arguido, mas também de outra pessoa, inclusive da vítima – nenhuma transacção é possível. A uma tal garantia deve ser conferida predominância absoluta em qualquer conflito com o interesse – se bem que, também ele legítimo e relevante do ponto de vista do Estado de Direito – no eficaz funcionamento do sistema da justiça penal»*.

provas assim obtidas a qualidade de provas proibidas, as quais acarretam, em princípio, a dramática consequência da inadmissibilidade da sua utilização para a formação da convicção do julgador sobre os factos que constituem o objeto do processo¹⁴.

Neste sentido, as proibições de prova surgem, indubitavelmente, como verdadeiros limites à descoberta da verdade¹⁵. Pois que, tal como refere GERMANO MARQUES DA SILVA¹⁶, «*É manifesto que com a proibição da prova (...) se pode sacrificar a verdade, já que a prova proibida (...) pode ser de extrema relevância para a reconstituição do facto histórico, pode mesmo ser a única. Um facto pode ter de ser julgado como não provado simplesmente porque o meio que o provaria (o meio de prova) não pode ser utilizado no processo, porque é um meio de prova proibido e, por isso, não admissível para formar a convicção do julgador*». Daí que a verdade tenha de ser lograda mediante o recurso aos meios de atuação disponibilizados pela ordem jurídica e implicando a menor ingerência possível nos direitos fundamentais dos visados, assim se obviando ao risco de, ao tentar-se, numa atitude de ganância, procurar a verdade a qualquer custo, não se conseguir a final alcançá-la. É por isso que é comum dizer-se que a verdade obtida tem de ser uma verdade processualmente válida¹⁷, assumindo o respeito pelas proibições de prova como «*critério da verdade validamente adquirida no processo*»¹⁸.

De todo o exposto resulta que, ainda que se possa reconduzir a figura das proibições de prova, em termos de fundamentos político-criminais e axiológico-teleológicos, a ideias tais como a «*preservação da integridade moral ou axiológica do Estado*» e a «*preservação da validade epistemológica da informação obtida*»¹⁹, o seu fundamento último reside, de modo incontestável, na tutela dos direitos fundamentais, o que se demonstra particularmente patente pela forma como o legislador constituinte decidiu configurar a norma mestre nesta matéria, optando pela realização de uma referência expressa a toda uma panóplia de direitos fundamentais dotados de dignidade constitucional e reconduzíveis, em última instância, à dignidade da pessoa humana²⁰, bem como pela sua integração na categoria de direitos, liberdades e garantias por via da sua inserção sistemática no Capítulo I, do Título II da CRP.

¹⁴ MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 87 e GERMANO MARQUES SILVA, *op. cit.*, pp. 169-170.

¹⁵ MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 87, GERMANO MARQUES SILVA, *op. cit.*, p. 170 e PEDRO ALBERGARIA, *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, Tomo II, p. 38.

¹⁶ GERMANO MARQUES SILVA, *op. cit.*, p. 173.

¹⁷ JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal I*, p. 194 e Ac. TC n.º 192/01 de 08-05-2001.

¹⁸ PEDRO ALBERGARIA, *op. cit.*, p. 38.

¹⁹ Para mais desenvolvimentos, cfr. SANDRA OLIVEIRA E SILVA, *Legalidade da Prova e Provas Proibidas*, p. 579-581 e PEDRO ALBERGARIA, *op. cit.*, pp. 38-39.

²⁰ Em todo o caso, importa frisar que, além dos bens jurídicos imediatamente selecionados pelo legislador no art. 32.º, n.º 8 da CRP, as proibições de prova também podem tutelar outros bens jurídicos dotados de especial relevância e que estejam conexados com a ideia da dignidade da pessoa humana, de que são exemplos

Neste sentido, à semelhança do que se sucede no direito alemão²¹, as proibições de prova no ordenamento jurídico português, na medida em que comportam primordialmente uma função de proteção, assumem um carácter marcadamente substantivo²². Tal como afirma COSTA ANDRADE, as proibições de prova «*mais não representarão do que meios processuais de imposição da tutela do direito material*», pois, «*do que se trata é de prevenir determinadas manifestações de danosidade social, garantindo-se a integridade de bens jurídicos prevalentemente pessoais*»²³. Nestes termos, colocando a tónica na proteção dos direitos fundamentais, proibindo a prossecução dos fins da perseguição penal mediante o recurso a atos que constituam uma ingerência irrazoável na esfera daqueles direitos, as proibições de prova estão longe de ser configuradas como meros limites à atividade dos órgãos de perseguição criminal.

Em todo o caso, ainda que tal não constitua a sua finalidade primordial, surgindo apenas reflexamente, torna-se inegável que é na disciplina dos órgãos de perseguição criminal, enquanto entidades encarregues, por excelência, da prática dos atos probatórios, e daí mais suscetíveis de efetuarem intromissões intoleráveis na esfera dos direitos fundamentais dos visados, que as proibições de prova têm o seu propósito normativo, fazendo com que aqueles surjam como seus destinatários preferenciais. Esta conclusão não significa, contudo, que estes esgotem o universo de destinatários das proibições de prova, uma vez que as mesmas também se destinam, certamente, aos particulares que atuem sob a sua direção e às suas ordens, bem como aos demais sujeitos processuais (v.g. arguido, assistente e advogados).

Nesta sede, é precisamente no que toca aos «*particulares stricto sensu*»²⁴, isto é, aqueles que não possuem qualquer vínculo com as autoridades públicas, nem a qualidade de sujeitos processuais, que as dúvidas se levantam, impondo que se determine se estes também surgem como destinatários das proibições de prova. Ainda que seja uma questão regularmente suscitada, tem sido relativamente consensual, e bem, o entendimento segundo o qual as

paradigmáticos o direito à imagem e o direito à palavra, os quais constituem direitos que se encontram constitucionalmente consagrados no art. 26.º da CRP de forma autónoma em relação ao direito à reserva da vida privada, diretamente previsto no art. 32.º, n.º 8 da CRP, mas que, inegavelmente, são direitos pessoais dos indivíduos que merecem igual cautela aquando da prossecução de diligências probatórias. Cfr. HELENA MORÃO, *O Efeito-à-distância das Proibições de Prova no Direito Processual Penal Português*, pp. 589-591 e Ac. TRE de 03-06-2008.

²¹ Sobre as *Beweisverbote* do direito alemão e a sua vertente marcadamente substantiva, cfr. MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, pp. 139-165.

²² *Ibidem*, p. 81.

²³ *Ibidem*, p. 146.

²⁴ FRANCISCO AGUILAR, *op.cit.*, p. 280, nota de rodapé 3.

proibições de prova também se destinam aos particulares²⁵, sendo invocados em seu abono vários argumentos que, no essencial, podemos reconduzir a três linhas argumentativas²⁶.

O primeiro argumento, de índole literal, prende-se com o facto de a norma chave do regime das proibições de prova, o art. 32.º, n.º 8 da CRP, não proceder a qualquer delimitação dos seus destinatários, quer em sentido positivo, restringindo o seu âmbito de aplicação às instâncias formais de controlo, quer em sentido negativo, excluindo do seu âmbito de aplicação os particulares, o que faz com que não se possa daí extrair a conclusão de que a norma contém o propósito de constituir os órgãos de perseguição penal como destinatários exclusivos do regime das proibições de prova.

O segundo argumento, de índole sistemática, tem que ver com o facto de o art. 32.º, n.º 8 da CRP se encontrar sistematicamente inserido nos preceitos respeitantes a direitos, liberdades e garantias, o que implica que este beneficie da força jurídica do art. 18.º, n.º 1 da CRP que estabelece que «*os preceitos constitucionais respeitantes a direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas*», daqui se podendo extrair, portanto, a eficácia direta dos direitos fundamentais tutelados pelo regime das proibições de prova relativamente aos particulares, isto porque, sendo o seu regime marcado por um carácter substantivo de tutela de direitos fundamentais, tal justifica que o mesmo acompanhe o regime aplicável aos direitos fundamentais por si tutelados.

O terceiro argumento, de índole teleológica, prende-se com a constatação de que, se as proibições de prova comportam um carácter marcadamente substantivo, colocando a tónica na tutela dos direitos fundamentais, então aquilo que elas visam é fazer face a qualquer situação de ingerência intolerável nos direitos fundamentais aquando da prossecução de diligências probatórias, independentemente do estatuto público ou privado do seu agente, principalmente se se tiver em linha de conta a eventualidade de os particulares, de forma autónoma, também poderem levar a cabo atuações de obtenção de prova suscetíveis de implicar um sacrifício dos direitos fundamentais dos visados.

²⁵ MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 203, GERMANO MARQUES SILVA, *op. cit.*, p. 173, PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 335, MILENE MARTINS, *A Admissibilidade de Valoração de Imagens Captadas por Particulares como Prova no Processo Penal*, p. 180, PEDRO ALBERGARIA, *op. cit.*, p. 40, TERESA BELEZA, “*Tão amigos que nós éramos*”: o valor probatório do depoimento de co-arguido no Processo Penal Português, p. 44 e FRANCISCO AGUILAR, *op. cit.*, p. 306.

²⁶ Cfr. MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, pp. 16 e 203-204, CATIUCE BARIN, *A Valoração das Gravações de Áudio Produzidas por Particulares como Prova no Processo Penal*, p. 252, TERESA BELEZA, *op. cit.*, p. 44, nota de rodapé 6, HELENA MORÃO, *op. cit.*, p. 600, nota de rodapé 63, MILENE MARTINS, *op. cit.*, p. 180, PEDRO ALBERGARIA, *op. cit.*, p. 39, JOSÉ COSTA, *Do Aproveitamento em Processo Penal das Provas Ilicitamente Obtidas por Particulares*, p. 322 e Ac. TRL de 16-12-2008.

Nesta sequência, repare-se que, de facto, não se assume como irrelevante a compreensão das proibições de prova sob um ponto de vista substantivo face a um ponto de vista processual, sobretudo no que concerne à delimitação dos seus destinatários, podendo invocar-se, em sustento desta afirmação, as diferenças prático-jurídicas resultantes da contraposição com o direito americano. Com efeito, o direito americano privilegia a vertente processual das *exclusionary rules*²⁷, as quais visam, em primeira linha, disciplinar a atividade de investigação criminal levada a cabo pelas instâncias formais de controlo, mormente a conformidade da sua atuação às regras processuais, postergando-se para segundo plano, e de forma meramente consequencial, a dimensão material de tutela dos direitos fundamentais dos visados. Face à preordenação das *exclusionary rules* à disciplina dos órgãos de perseguição criminal, estes surgem como destinatários exclusivos das proibições de prova, ficando os particulares excluídos desse universo, algo que, aliás, ficou patente no caso *Burdeau v. McDowell* em 1921, no qual o *Supreme Court* veio afirmar expressamente que as *exclusionary rules* não se aplicavam aos particulares. Nestes termos, na medida em que os particulares se encontram excluídos do universo de destinatários das *exclusionary rules*, estas não constituem quaisquer limites à sua atuação probatória, daí que no direito americano sejam admissíveis provas obtidas por particulares mediante, v.g. fraude, coação, apropriação indevida e devassa da vida privada, sendo, na verdade, particularmente desejadas certas provas (v.g. fotografias, gravações e diários) atento o seu «*qualificado valor probatório*»²⁸.

Posto isto, e tendo em consideração os argumentos explanados, sobra pouco espaço para um entendimento que não seja o de que as proibições de prova também se destinam aos particulares. A tomada de posição acerca de qualquer questão requer, acima de tudo, que se procure a razão de ser das coisas, pelo que é o argumento teleológico que, a nosso ver, faz pesar a balança a favor da vinculação dos particulares às proibições de prova. Se aquilo que subjaz ao seu regime é, primordialmente, uma função de tutela dos direitos fundamentais dos visados pela prossecução de diligências probatórias tendente à realização da justiça, colocando limites às atuações suscetíveis de constituírem uma ingerência intolerável na esfera desses direitos, torna-se manifesto que essa função de proteção só fica devidamente acautelada se ela se fizer contra todas as situações que comportem um potencial de lesão aos direitos fundamentais dignos de tutela, o que implica, necessariamente, que seja também

²⁷ Sobre as *exclusionary rules* do direito americano, cfr. MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, pp. 139-165, JOSÉ COSTA, *Provas Ilicitamente Obtidas por Particulares*, pp. 173-178 e CATIUCE BARIN, *op. cit.*, p. 265-267.

²⁸ MANUEL COSTA ANDRADE, *op.cit.*, p. 160.

abrangida a atuação dos particulares, sob pena de se colocar em causa a própria eficácia das proibições de prova.

Cumpra agora determinar em que termos é que ocorre essa sujeição dos particulares ao regime das proibições de prova, designadamente, em relação às normas consagradoras de proibições de produção de prova (onde se enquadra, desde logo, o art. 126.º do CPP, relativo a proibições de métodos de prova) e às normas consagradoras de proibições de valoração de prova, sendo certo que é no que respeita a esta questão que as reais dúvidas se colocam, não se logrando uniformidade nas soluções apontadas pela doutrina e pela jurisprudência.

Por um lado, uma parte da doutrina²⁹ entende que os particulares estão diretamente sujeitos às normas consagradoras de proibições de produção de prova, advogando, para o efeito, argumentos que vão desde um argumento literal – nos termos do qual o art. 126.º do CPP não contém qualquer referência aos órgãos de perseguição criminal a que se possa de algum modo adscriver-se o propósito de os constituir como seus destinatários exclusivos –, reforçado por um argumento sistemático – nos termos do qual o art. 126.º do CPP se encontra integrado no Livro III do CPP intitulado «*Da prova*», onde, a par de preceitos apenas aplicáveis às instâncias formais de controlo, se encontram preceitos aplicáveis também a particulares –, a um argumento racional-teleológico – nos termos do qual, não seria de compreender que, por um lado, o legislador proibisse provas obtidas por particulares através de atentados ao direito à palavra ou à imagem (art. 167.º do CPP) e, por outro lado, e ao mesmo tempo, admitisse provas obtidas por particulares à custa de atentados a outros bens jurídicos pessoais como os previstos no art. 126.º do CPP.

Por outro lado, outra parte da doutrina³⁰ e grande parte da jurisprudência³¹ entendem que os particulares não estão sujeitos às normas consagradoras de proibições de produção de prova, mas apenas às normas consagradoras de proibições de valoração de prova. Porquanto entendem que as normas relativas a proibições de produção de prova consagradas ao nível da lei processual penal prosseguem fins de disciplina da ação penal, estabelecendo os limites de ingerência nos direitos fundamentais dos visados pelas diligências de produção de prova, pelo que se dirigem, preferencialmente, às instâncias formais de controlo, aos terceiros que atuem sob direção e às ordens destas, e aos demais sujeitos processuais, não vinculando

²⁹ MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, pp. 204-205, PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 335 e FRANCISCO AGUILAR, *op. cit.*, pp. 305-307.

³⁰ PAULO SOUSA MENDES, *op. cit.*, pp. 181-182, MILENE MARTINS, *op. cit.*, pp. 180-181, CATIUCE BARIN, *op. cit.*, pp. 252-253, JOSÉ COSTA, *op. cit.*, pp. 189-191 e JOSÉ SANTOS CABRAL, *Código de Processo Penal Comentado*, p. 401 e 651.

³¹ V.g. Ac. TRL de 28-05-2009, Ac. TRC de 26-01-2011, Ac. TRP de 03-02-2010, Ac. TRE de 28-06-2011, Ac. STJ de 28-09-2011, Ac. TRP de 27-01-2016 e Ac. TRP de 06-11-2019.

diretamente os particulares. Mas a isto acrescentam que a inexistência de regulamentação decorrente de norma processual diretamente aplicável aos particulares não significa que estes não tenham de observar quaisquer limites aquando da produção de prova, pois, para o efeito, o legislador remete para a tipificação dos ilícitos penais previstos no Código Penal na tutela dos direitos fundamentais, conforme ilustrativamente preconizado no art. 167.º, n.º 1 do CPP. Deste modo, no que diz respeito às normas consagradoras de proibições de produção de prova, o regime aplicável às instâncias formais de controlo e aos particulares compreende uma dualidade de soluções. Diferentemente, no que concerne às normas consagradoras de proibições de valoração de prova, esta corrente entende que o regime é unidimensional, de aplicação indiferenciada em relação às instâncias formais de controlo e aos particulares, pelo que, implicando a prova obtida um atentado aos direitos fundamentais, fica, desde logo, precluída a sua valoração, quer tenha sido carreada para o processo pelas instâncias formais de controlo, quer o tenha sido por particulares.

Posto isto, e ainda que tal não se mostre completamente isento de dúvidas, perfilhamos o entendimento de que os particulares também se encontram, num primeiro patamar, sujeitos às proibições de prova, mas que a sua sujeição concreta às normas processuais de proibições de prova se concretiza apenas ao nível das proibições de valoração. De facto, parece-nos realmente mais correto considerar que, ao nível da produção de prova, os particulares se encontram limitados apenas pelo respeito à lei penal substantiva, designadamente, à eventualidade da configuração da sua atuação como um ilícito penal e à suscetibilidade da sua responsabilidade criminal, ficando arredada a análise da sua atuação ao nível da lei processual penal. No entanto, a partir do momento em que seja trazida ao processo uma prova ilicitamente obtida à custa de atentados a direitos fundamentais, ainda que o tenha sido por um particular, sobre esta terá de recair, naturalmente, uma proibição de valoração, concretizada na impossibilidade de utilização dessa prova para formação da convicção do juiz acerca da probabilidade de ocorrência dos factos *sub judice*, só assim se assegurando totalmente a tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos, aspirada, a título primordial, pelo regime das proibições de prova.

Com efeito, ainda que se reconheça a possibilidade de os particulares praticarem certas diligências probatórias, não se pode fechar os olhos ao facto de serem as instâncias formais de controlo as entidades legalmente incumbidas da tarefa de investigação criminal e, consequentemente, da produção de prova tendente à descoberta da verdade material. Daí que o mais lógico seja concluir que as normas processuais atinentes a regular os procedimentos de obtenção de prova, a par das normas consagradoras de proibições de produção de prova,

têm como destinatários naturais as instâncias formais de controlo (os OPC e as autoridades judiciárias), atenta a sua responsabilidade pela condução das diligências do procedimento criminal, não visando o enquadramento da atuação dos particulares, a qual apenas fica sujeita aos limites impostos pela lei penal substantiva, cujos destinatários são, indiscutivelmente, a generalidade dos cidadãos.

Por outro lado, e com todo o respeito, não se compreende a razão de ser daquele argumento racional-teleológico³², pois, ainda que se entenda que as normas consagradoras de proibições de produção de prova não se destinam aos particulares, tal não significa que seja de admitir uma irrestrita admissibilidade das provas por si obtidas, nomeadamente, mediante atentados aos bens jurídicos tutelados no art. 126.º do CPP. Pois que, a partir do momento em que se entende que os particulares se encontram sujeitos às normas consagradoras de proibições de valoração de prova, logicamente que, quando eles forneçam prova obtida com recurso aos métodos previstos no art. 126.º do CPP (v.g. tortura, coação, ofensa à integridade física ou moral, intromissão na vida privada), não será possível a sua utilização no processo, dada a proibição de valoração que sobre ela recairá, não se vislumbrando como é que deste modo se pode afirmar que os respetivos bens jurídicos ficariam desprovidos de tutela.

2. A admissibilidade de valoração das reproduções mecânicas à luz do art. 167.º do CPP: o critério da ilicitude penal substantiva

Uma vez percorrida a análise das generalidades acerca dos meios de prova obtidos por particulares e acerca da sua sujeição ao regime das proibições de prova, importa restringir o objeto do nosso estudo. Com efeito, não trataremos de qualquer meio de prova obtido por particulares, e de qualquer proibição, mas somente de gravações e fotografias, isto é, gravações de voz relativas tanto a comunicações telefónicas, como a conversações diretas, bem como, fotografias propriamente ditas e filmagens, e qual o regime a aplicar no caso de violação de direitos fundamentais. Ainda que marcadas por um inegável «*qualificado valor probatório*»³³, na medida em que permitem a captação de uma dinâmica quase real dos acontecimentos de forma que não se demonstra possível mediante o recurso aos demais

³² Preconizado por MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 204-205, segundo o qual «(...) *mal se compreenderia que, por um lado, o legislador português precludisse sem mais a valoração de meios de prova (gravações e fotografias) obtidas por particulares através de atentados ao direito à palavra ou à imagem (art. 167.º); e, por outro lado e ao mesmo tempo, admitisse as provas logradas por particulares à custa de atentados tão intoleráveis a eminentes bens jurídicos pessoais como os previstos no art. 126.º do CPP*».

³³ MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 160.

meios de prova, a verdade é que as mesmas se encontram dotadas de uma aptidão potencialmente lesiva dos direitos à palavra e à imagem, particularmente exponenciada pelo desenvolvimento tecnológico, o qual tem colocado ao dispor de todo e qualquer sujeito novos e mais sofisticados equipamentos que facilitam, cada vez mais, a captação de som e imagem. É, portanto, neste panorama marcado por um verdadeiro conflito de interesses entre a descoberta da verdade e a tutela de direitos fundamentais que iremos analisar a questão da admissibilidade das gravações e fotografias obtidas por particulares em processo penal, designadamente, em relação às situações típicas em que a vítima ou um terceiro, quer imediatamente através de um telemóvel ou câmara fotográfica/filmar, quer através de uma câmara fixa por si instalada (v.g. videovigilância), procedem à gravação ou à captação de uma fotografia ou filme, tendo em vista a documentação de um comportamento criminoso.

Ora, as gravações e fotografias reconduzem-se ao conceito de reproduções mecânicas, as quais consistem, precisamente, em *«reproduzir mecanicamente (por contraposição a reprodução manual) factos com relevância jurídico processual»*, podendo estar em causa *«reproduções por fotografia (“fonográficas”), filmes (“cinematográficas”), som (“fonográficas”) ou qualquer outra forma de reproduzir “factos ou coisas” (v.g. raios x ou quaisquer mecanismos que permitam identificar rostos, comportamentos, perfis, cheiros), independentemente dos meios utilizados, desde que permitam essa reprodução (v.g. máquinas fotográficas, de filmar, telemóveis, i-pads, gravadores, microfones, meios de videovigilância, sensores)»*³⁴. Por sua vez, constituindo as reproduções mecânicas uma das modalidades possíveis de documentos, nos termos do art. 164.º, n.º 1 do CPP em conjugação com o art. 255.º do CP, encontramos-nos no âmbito da prova documental, que é uma prova típica e que se encontra regulada nos arts. 164.º a 170.º do CPP.

É, pois, no contexto deste enquadramento normativo que se destaca o art. 167.º, n.º 1 do CPP, enquanto preceito nuclear para o objeto do nosso estudo, o qual, ao estabelecer que *«as reproduções fotográficas, cinematográficas, fonográficas ou por meio de prova eletrónica e, de um modo geral, quaisquer reproduções mecânicas só valem como prova dos factos ou coisas reproduzidas se não forem ilícitas, nos termos da lei penal»*, consagra expressamente uma verdadeira proibição de valoração de prova³⁵ que tem, indubitavelmente, como destinatários, além das instâncias formais de controlo, terceiros que atuem sob direção e às ordens destas, e demais sujeitos processuais, os *«particulares stricto sensu»*.

³⁴ TIAGO CAIADO MILHEIRO, *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, Tomo II, p. 532.

³⁵ MANUEL COSTA ANDRADE, *Sobre a Valoração, como Meio de Prova em Processo Penal, das Gravações Produzidas por Particulares*, p. 613 e PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 335.

Neste sentido, o que surge verdadeiramente característico neste preceito é o facto de o legislador ter procedido à eleição do «*critério da ilicitude penal substantiva*»³⁶ para determinar a possibilidade de valoração probatória³⁷ das reproduções mecânicas. Significa o exposto que a admissibilidade das reproduções mecânicas como meio de prova no processo penal encontra-se, pelo menos num primeiro momento, dependente da sua não ilicitude à luz do direito penal substantivo. Assim, nos casos em que configurem um qualquer ilícito penal material, por referência aos tipos incriminadores que tutelam os bens jurídicos suscetíveis de serem violados com reproduções mecânicas (v.g. o direito à palavra, o direito à imagem e a reserva da vida privada), fica proibida a sua valoração, isto é, fica excluída a possibilidade da sua utilização como meio de prova para formação da convicção do juiz acerca da probabilidade de ocorrência dos factos *sub judice*. Nestes termos, tal como afirma COSTA ANDRADE, «*Por expressa remissão da lei processual penal, a disciplina da admissibilidade/inadmissibilidade adjetiva destes meios de prova começa por ser um problema de licitude/ilicitude material*»³⁸.

Daqui resulta o propósito do legislador em estabelecer uma certa continuidade entre o direito penal substantivo e o direito processual penal, na medida em que procurou garantir que «*o que foi obtido de forma jurídico-material ilegal, por lesão da esfera da intimidade, permanece igualmente ilegal (e não valorável) no processo estadual*»³⁹. Mas se podemos, seguramente, estabelecer uma ligação estrita entre ilicitude material e prova proibida, a verdade é que o mesmo já não parece poder ocorrer entre licitude material e prova admitida, uma vez que aquela continuidade não se assume como biunívoca⁴⁰. Isto significa que, ao passo que a reprodução ilícita, à luz do direito penal substantivo, acarreta uma proibição de valoração no processo penal, já a reprodução lícita não acarreta necessariamente a sua admissibilidade no processo penal⁴¹, pois terá ainda que passar por um juízo valorativo

³⁶ MANUEL COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, p. 246.

³⁷ Para efeitos de precisão terminológica, falamos aqui de valoração probatória e não de valor probatório das reproduções mecânicas, pois, tal como afirma TIAGO CAIADO MILHEIRO, *op. cit.*, p. 532, «*(...) apesar da epígrafe mencionar “o valor probatório”, no seu corpo, não estabelece qualquer tipo de prova tarifada. Não se fixa uma espécie de quantum probatório deste “género” de prova documental. O que se preceitua são os elementos essenciais, a conditio sine qua non, para a reprodução mecânica ter aptidão probatória, ou seja, poder ser valorada*».

³⁸ MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, pp. 250-251.

³⁹ *Ibidem*, p. 246.

⁴⁰ MARGARIDA MARTINS, *Da Admissibilidade das Gravações e Fotografias Recolhidas por Particulares como Meio de Prova em Processo Penal*, pp. 6-7.

⁴¹ MANUEL COSTA ANDRADE, *Sobre a Valoração, como Meio de Prova em Processo Penal, das Gravações Produzidas por Particulares*, pp. 617-618, MARGARIDA MARTINS, *op. cit.*, pp. 6-7, TIAGO CAIADO MILHEIRO, *op. cit.*, pp. 532-534 e FERNANDO GAMA LOBO, *Código de Processo Penal Anotado*, p. 318.

respaldado nos valores e regras próprias do processo penal, tal como veremos adiante. Neste momento, queremos apenas deixar claro que, a nosso ver, aquilo que resulta diretamente do art. 167.º, n.º 1 do CPP é apenas uma inadmissibilidade de princípio da valoração no processo penal das reproduções mecânicas ilícitas à luz do direito penal substantivo.

Assim sendo, face à remissão operada no art. 167.º, n.º 1 do CPP para a lei penal, restamos determinar que normas deverão, então, ser tidas em conta para aferição da (i)licitude das reproduções mecânicas, enquanto condição da sua admissibilidade no processo penal. Ora, contendendo as reproduções mecânicas essencialmente com bens jurídicos pessoais, tais como a palavra, a imagem e a vida privada, então a remissão para a lei penal deve circunscrever-se aos tipos incriminadores que tutelam diretamente esses bens jurídicos, os quais consistem, desde logo, no art. 192.º, no art. 193.º, no art. 194.º e no art. 199.º do CP⁴².

2.1. A remissão para o art. 199.º do CP (gravações e fotografias ilícitas)

Pese embora sejam várias as incriminações suscetíveis de assumir relevância nesta matéria, iremos proceder à análise da remissão do art. 167.º, n.º 1 do CPP para a lei penal apenas à luz do art. 199.º do CP, dado ser esta a norma primordialmente invocada⁴³, tanto pela doutrina, como pela jurisprudência, para aferir a (i)licitude das gravações e fotografias, enquanto condição de admissibilidade da sua valoração no processo penal, uma vez que é esta que tipifica os crimes de gravações ilícitas e fotografias ilícitas, orientados à tutela dos bens jurídicos, em primeira linha, colocados em causa por aquelas, designadamente, o direito à palavra e o direito à imagem. Neste sentido, tal como afirma o Ac. STJ de 28-09-2011, *«Na íntima relação que coexiste entre o regime de admissibilidade de prova por reprodução mecânica – artigo 167 do Código de Processo Penal e o crime de gravação e fotografia ilícita – artigo 199 do Código Penal pode-se dizer, de forma redutora, que a gravação, ou fotografia, que não é crime, é admissível como prova»*.

Debruçando-nos, então, sobre o art. 199.º do CP, a primeira ideia a reter é a de que este *«contém duas incriminações autónomas – a saber: gravações e fotografias ilícitas – preordenadas à tutela de dois bens jurídicos distintos: o direito à palavra e o direito à*

⁴² TIAGO CAIADO MILHEIRO, *op. cit.*, pp. 538-540.

⁴³ Em todo o caso, repare-se que, a par do art. 199.º do CP, também é bastante frequente a invocação do art. 192.º do CP, enquanto norma que tutela a reserva da vida privada, para aferição da (i)licitude (v.g. Ac. TRE de 29-03-2016), só que este, perante as típicas situações objeto do nosso estudo, torna-se sempre de mais difícil verificação na prática, pois, além de exigir que esteja em causa uma situação que contenda necessariamente com o *«núcleo duro da vida privada e mais sensível de cada pessoa»* (v.g. intimidade, sexualidade, saúde, vida particular e vida familiar), ainda exige, contrariamente ao art. 199.º do CP, um dolo específico, fazendo com que, as mais das vezes, se tenha de concluir que os bens jurídicos colocados em causa naquelas situações sejam *qua tale* a palavra e a imagem, e não propriamente a privacidade.

imagem», tratando-se de «duas incriminações homólogas, mas não inteiramente sobreponíveis»⁴⁴. Com efeito, do confronto das duas incriminações podemos afirmar a existência de algumas diferenças que, de forma redutora, se repercutem numa redução da área de tutela típica reservada à imagem em relação à palavra. Por um lado, ao passo que a gravação é ilícita logo que obtida ou utilizada «sem consentimento», a fotografia só é ilícita desde que obtida ou utilizada «contra a vontade». Por outro lado, a tutela da imagem encontra-se ainda delimitada pelo art. 79.º, n.º 2 do CC, o qual, ao fazer dispensar o consentimento da pessoa retratada nas situações elencadas, reduz, significativamente, a tipicidade ou, pelo menos, a ilicitude das condutas lesivas do direito à imagem, não encontrando qualquer norma em paralelo do lado da palavra⁴⁵.

No que diz respeito aos bens jurídicos tutelados pelo art. 199.º do CP, embora tendo a sua origem no seio do direito à privacidade, o direito à palavra e o direito à imagem são atualmente configurados como bens jurídicos autónomos, protegidos independentemente da sua valência do ponto de vista da privacidade. Esta autonomia encontrou reflexão, desde logo, ao nível constitucional, com base no art. 26.º, n.º 1 da CRP, o qual efetuou uma referência expressa ao direito à imagem e ao direito à palavra, a par do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, conferindo-lhes o estatuto de direitos, liberdades e garantias. Mas foi, certamente, com a consagração expressa no CP de 1982 de um tipo incriminador referente a gravações e fotografias ilícitas (antigo art. 179.º do CP), e, posteriormente, com a sua desinserção sistemática do capítulo «*Dos crimes contra a reserva da vida privada*» e consequente integração num novo capítulo designado «*Dos crimes contra outros bens jurídicos pessoais*» pela reforma de 1995, que aquela autonomia ficou definitivamente afirmada⁴⁶. Assim sendo, atualmente não restam dúvidas que o direito à palavra e o direito à imagem constituem direitos distintos do direito à privacidade, dotados de um espaço de tutela próprio e autonomizado⁴⁷.

⁴⁴ MANUEL COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, Tomo I, p. 1185.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 1186 e 1196 e PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 841.

⁴⁷ A tutela direta e autónoma do direito à palavra e do direito à imagem face ao direito à privacidade constitui uma particularidade do ordenamento jurídico português que não encontra paralelo no panorama europeu (v.g. Direito Espanhol, Direito Francês e Direito Alemão), onde, principalmente no que respeita ao direito à imagem, a tutela daqueles bens jurídicos se encontra subordinada à tutela da privacidade, sendo apenas as condutas punidas se e na medida em que impliquem a devassa da área de reserva. Cfr. MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, pp. 1187-1193 e 1199-1201.

Nesta sede, visando tutelar autonomamente o direito à palavra e o direito à imagem, o art. 199.º do CP consagra uma dualidade de condutas típicas, onde pune a conduta de obtenção das gravações e fotografias/filmes (cfr. n.º 1, al. a) e n.º 2, al. a)), mas também a conduta de utilização das mesmas, independentemente do juízo prévio de (i)licitude quanto à sua obtenção (cfr. n.º 1, al. b) e n.º 2, al. b)). Particularmente no que respeita à conduta de utilização das gravações e fotografias/filmes – a qual pode, desde logo, consistir na utilização como prova no processo penal⁴⁸ –, importa atentar no facto de a lei, em nome da consagração da teoria dualista, determinar expressamente que a mesma continua a ser punida, ainda que a conduta de obtenção das gravações e fotografias/filmes seja lícita, o que se prende com a conceção de que a utilização não consentida é suscetível de configurar, só por si, uma nova e autónoma lesão relevante do direito à palavra ou do direito à imagem. Esta descontinuidade entre a conduta de obtenção e a conduta de utilização faz resultar, assim, com que seja possível que uma gravação ou fotografia lícitamente obtida possa não ser lícitamente utilizada, bem como, num sentido inverso, que uma gravação ou fotografia ilicitamente obtida possa ser lícitamente utilizada⁴⁹. Significa o exposto que o juízo de (i)licitude que recaia sobre a conduta de obtenção não se comunica necessariamente sobre a conduta de utilização, daí que análise sobre o preenchimento de cada uma das condutas tenha de ser feita autonomamente e, conseqüentemente, a causa de exclusão da tipicidade ou da ilicitude que venha a ser invocada para legitimar as respetivas condutas tenha de se reportar a cada uma delas, nos termos em que desenvolveremos mais adiante.

2.1.1. O crime de gravações ilícitas e a tutela do direito à palavra

Uma vez vertidas as considerações gerais aplicáveis a ambos os tipos de crime, importa agora proceder à sua análise individual, de forma que nos possamos debruçar com maior rigor sobre as suas particularidades. Começaremos, então, pela análise do crime de gravações ilícitas, previsto e punido no n.º 1 do art. 199.º do CP.

O tipo objetivo do crime de gravações ilícitas consiste, então, mediante a inexistência de consentimento, *«no registo através de um instrumento técnico de gravação de palavras proferidas por outra pessoa, não destinadas ao público, mesmo que essas palavras sejam destinadas ao agente, ou na utilização ou permissão de utilização dessa gravação por*

⁴⁸ M. MIGUEZ GARCIA E J. M. CASTELA RIO, *Código Penal: Parte geral e especial – Com notas e comentários*, p. 919 e MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 1214.

⁴⁹ MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, pp. 1209-1210 e 1224-1225.

terceiros»⁵⁰. Deste modo, o n.º 1 do art. 199.º do CP prevê uma dualidade de condutas típicas, concretizadas na gravação arbitrária e na utilização arbitrária, sendo que, por gravação deve entender-se o «*registo através de um instrumento técnico que permite a posterior audição, integral ou sincopada, das palavras proferidas*» e por utilização a «*audição [das palavras anteriormente registadas], através do referido instrumento técnico de gravação, pela mesma pessoa que procedeu à gravação ou por um terceiro*»⁵¹. Consequentemente, daqui resulta evidente a vinculação da realização do tipo à utilização de um instrumento técnico de captação e armazenamento de som (gravador), pelo que não assumem relevância típica as condutas consistentes no registo e na audição da palavra através de outros meios (v.g. relato oral, transmissão por escrito ou transmissão em tempo real sem passagem pelo momento da gravação/armazenamento)⁵².

Particularmente no que diz respeito à segunda modalidade de conduta típica, com a Reforma de 1995, a lei veio expressamente consignar que a utilização das gravações continua a ser punida «*mesmo que lícitamente produzidas*», assim colocando fim às dúvidas até então existentes face à versão de 1982. De facto, a al. b) do n.º 1 do antigo art. 179.º do CP referia-se apenas a «*quem utilizar ou deixar utilizar por outrem as gravações a que se refere a alínea anterior*», levantando, assim, a questão de saber se a ilicitude nos termos da al.a) constituía pressuposto da incriminação da al. b), no sentido de que só seria punível a utilização de gravações ilicitamente obtidas. Visando a proposta de uma solução para esta questão, foram desenvolvidas pela doutrina duas teorias opostas: por um lado, a teoria dualista, segundo a qual a al. b) punia a utilização não consentida tanto de gravações ilicitamente produzidas como de gravações lícitamente produzidas, apoiada no argumento de que outro entendimento conduziria à criação de uma lacuna de punibilidade; por outro lado, a teoria monista, segundo a qual a al. b) apenas punia a utilização não consentida das gravações ilicitamente produzidas, apoiada no argumento de que o carácter subsidiário do direito penal reclamava que apenas as gravações ilicitamente produzidas fossem punidas, enquanto expressivas de uma maior carência de tutela. Contudo, com o acréscimo daquele inciso à al. b) do n.º 1 do atual art. 199.º do CP, o legislador veio consagrar expressamente a teoria dualista, com as implicações já analisadas anteriormente⁵³.

⁵⁰ PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 842.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² MANUEL COSTA ANDRADE, *op.cit.*, pp. 1202-1203.

⁵³ MANUEL COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, Tomo I, pp. 1187 e *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, p. 260-262.

Quanto ao objeto da ação do crime de gravações ilícitas, este consiste na palavra falada e, mais concretamente, nas «*palavras proferidas por outra pessoa e não destinadas ao público*», sendo certo que a sua proteção se encontra assegurada independentemente do seu conteúdo, isto é, quer diga respeito a segredos ou aspetos relacionados com a privacidade, quer diga respeito a aspetos banais, quer mesmo diga respeito a coisas ilícitas⁵⁴.

Ora, da expressão «*palavras proferidas por outra pessoa*» podemos retirar, desde logo, duas importantes consequências. A primeira é a de que o tipo apenas tutela as palavras proferidas oralmente, ficando assim excluídas as palavras não comunicadas oralmente (v.g. através de linguagem gestual, linguagem escrita ou transmissão informática de dados), bem como a comunicação oral não consubstanciada em palavras (v.g. choro, gemidos e suspiros)⁵⁵. A segunda, com maior relevância para o objeto do nosso estudo, é a de que a mesma é demonstrativa de que o tipo exige que estejam em causa palavras proferidas necessariamente por outra pessoa, assim excluindo a relevância típica das palavras proferidas pelo autor da gravação⁵⁶.

Significa o exposto que é considerada atípica a gravação produzida pelo próprio autor das palavras, o que leva a que se coloque a questão de saber se essa exclusão da relevância típica também é extensível à conduta de utilização, nos termos em que a utilização arbitrária das gravações realizadas pelo próprio autor das palavras gravadas também seja considerada atípica. Neste contexto, tem sido entendido, e bem, que também é atípica a utilização sem consentimento de uma gravação feita pelo próprio autor das palavras gravadas⁵⁷ (v.g. quando um terceiro, sem consentimento, utiliza – nomeadamente como prova no processo penal – uma mensagem deixada no voice mail ou um áudio enviado no whatsapp gravado por iniciativa do próprio autor das palavras), sendo invocados, para o efeito, dois tipos de argumentos: um primeiro baseado no princípio da legalidade, segundo o qual a al. b) do n.º1 se reporta expressamente às «*gravações referidas na alínea anterior*», onde não se encontram incluídas as gravações diretamente realizadas pelo autor das mesmas; um segundo baseado no princípio de *ultima ratio* do direito penal e na constatação de uma menor carência de tutela penal, segundo o qual «*Aquele que grava as suas próprias palavras e não quer que elas sejam ouvidas, mais do que apelar para a intervenção protectora do direito*

⁵⁴ MANUEL COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, Tomo I, p. 1204.

⁵⁵ MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 1203 e PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 842.

⁵⁶ MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 1203.

⁵⁷ MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, pp. 1203 e 1210 e PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 842.

criminal, deve actualizar as medidas de auto-tutela ao seu dispor. Que são consabidamente mais consistentes do que as daquele que, v.g., consente que outro grave as suas palavras». Nestes termos, podemos concluir que, tal como refere COSTA ANDRADE, «*quem grava as suas próprias palavras não goza a nenhum título da tutela penal da incriminação*»⁵⁸.

Por outro lado, no que respeita à expressão «*palavras não destinadas ao público*», coloca-se a questão de saber se, para efeitos de delimitação desse conceito, deve ser mobilizado um critério objetivo – baseado no carácter determinado e fechado do universo de pessoas que escutam as palavras – ou, em alternativa, um critério subjetivo – baseado na representação e vontade do autor das palavras. A doutrina maioritária⁵⁹ entende que deve apelar-se a um critério primacialmente subjetivo, mas complementado por um critério objetivo, assim devendo considerar-se não públicas «*as palavras que, segundo a representação e vontade de quem as profere, se destinam a círculos de pessoas individualizadas ou numericamente determinadas ou ligadas por vínculos recíprocos*»⁶⁰.

O tipo subjetivo do crime de gravações ilícitas exige o dolo em qualquer uma das suas modalidades, mas já não exige um qualquer elemento subjetivo adicional, nomeadamente, a intenção de devassa⁶¹. Assim, o preenchimento deste tipo incriminador dá-se pela prática dolosa de uma daquelas condutas típicas, ainda que não haja qualquer intenção de devassa.

Quanto ao bem jurídico, e como já tivemos oportunidade de o referir, o crime de gravações ilícitas encontra-se preordenado à tutela do direito à palavra, enquanto expressão direta da personalidade, intrinsecamente relacionado com a ideia de que a cada pessoa deve ser conferida a plena disponibilidade sobre a palavra falada. Neste sentido, «*o direito à palavra integra, desde logo, o direito que assiste a cada um de decidir livremente se e quem pode gravar a sua palavra bem como, e depois de gravada, se e quem pode ouvir a gravação. O que se protege deste lado é, assim, “a confiança na volatilidade da palavra, bem como, na conexão das palavras entre si e com a respectiva atmosfera (lugar, tempo e demais circunstâncias da expressão”*». Nesta perspectiva pode representar-se o direito à palavra como o direito à transitoriedade da palavra: a pretensão e a convicção de que a palavra seja, por princípio, apenas ouvida no momento e no contexto em que é proferida, não

⁵⁸ MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 1203.

⁵⁹ MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 1205-1206, PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 842 e M. MIGUEZ GARCIA E J. M. CASTELA RIO, *op. cit.*, p. 917.

⁶⁰ MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 1206.

⁶¹ MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 1221, PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 843 e MANUEL SIMAS SANTOS E MANUEL LEAL-HENRIQUES, *Código Penal Anotado – Art. 131.º ao 235.º*, Vol.III, pp. 716 e 717.

podendo ser perpetuada para ser posteriormente invocada contra o autor, fora do espaço, tempo, vivência, gesto, ambiente de simbolizações e outros significantes)»⁶².

Nestes termos, se o que está em causa, de uma forma mais direta e imediata, é tutelar a palavra no seu plano individual, enquanto bem jurídico eminentemente pessoal, a verdade é que a incriminação das gravações ilícitas também visa, ainda que apenas reflexamente, tutelar a palavra no seu plano comunitário. No plano individual, do que se trata é de prevenir que a palavra que fora proferida num determinado tempo, espaço e contexto, perante um determinado núcleo de destinatários, seja eternizada numa gravação e posteriormente ouvida fora de contexto e por outros destinatários, assim abrindo portas à potencialidade de alteração da própria conotação originária da palavra. Por seu turno, no plano comunitário, do que se trata é de preservar aquilo que EDUARDO CORREIA define como a «*confiança nas relações sociais*», concretizada na necessidade de resguardar uma «*acção comunicativa inocente e autêntica*». De facto, a partir do momento em que as pessoas tivessem de contar com o risco de as suas palavras, proferidas no âmbito das suas relações sociais e, muitas das vezes, de forma não refletida e meramente instantânea, virem a ser gravadas e posteriormente usadas contra si de forma descontextualizada, essa circunstância derrubaria, inegavelmente, a inocência e a autenticidade inerente à comunicação humana⁶³.

2.1.2. O crime de fotografias ilícitas e a tutela do direito à imagem

Cumpra agora debruçar-nos sobre a análise do crime de fotografias ilícitas, que se encontra previsto e punido no n.º 2 do art. 199.º do CP. Atenta a sua similitude face ao crime de gravações ilícitas, iremos proceder à sua análise por recurso a uma estrutura comparativa, procurando-se, acima de tudo, realçar os seus aspetos singulares.

O tipo objetivo do crime de fotografias ilícitas consiste, então, mediante a contrariedade da vontade, «*no registo fotográfico ou audiovisual da imagem de qualquer parte do corpo de outra pessoa ou na utilização ou permissão de utilização dessas imagens por terceiros*»⁶⁴. Assim, em termos semelhantes ao crime de gravações ilícitas, designadamente, atenta a sua estrutura normativa praticamente idêntica, o n.º 2 do art. 199.º prevê uma dualidade de condutas típicas, concretizadas na captação arbitrária (fotografar ou filmar) e na utilização arbitrária, sendo que, por fotografar ou filmar deve entender-se por «*toda a acção que*

⁶² MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, pp. 1197.

⁶³ MANUEL COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, Tomo I, p. 1198 e *Sobre a Valoração das Proibições de Prova em Processo Penal*, pp. 600-602.

⁶⁴ PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 843.

permite fixar (gravar, registar, conservar) a imagem óptica de outra pessoa, parada ou em movimento, qualquer que seja o meio técnico de gravação e de conservação: rolo fotográfico, fita magnética, sistemas digitais», e, por utilização, a visualização da fotografia ou do filme pela mesma pessoa que procedeu à sua captação ou por um terceiro, sendo certo que a mesma «pode revestir várias formas, assumindo particular relevo prático: publicar a imagem na imprensa escrita, “passá-la” na televisão, usá-la como prova em processo, colocá-la num site, oferecendo-a aos utilizadores da internet», o mesmo valendo para a «integração da fotografia numa fotomontagem», bem como, em certos casos, «o simples ver a fotografia»⁶⁵. Também aqui a realização do tipo está vinculada à utilização de processos técnicos de captação ou divulgação da imagem (v.g. fotografia, vídeo, cinema, televisão), pelo que não assumem relevância típica as condutas consistentes na captação, registo ou exposição da imagem através de outros meios (v.g. desenho, caricatura, pintura, escultura, mímica, caracterização, encenação, bem como a transmissão em tempo real da imagem sem passagem pelo momento do registo)⁶⁶.

Contrariamente ao crime de gravações ilícitas, e como já tivemos oportunidade de o mencionar, o crime de fotografias ilícitas só confere relevância às condutas atentatórias do direito à imagem quando realizadas contra a vontade do lesado, o que significa que são consideradas atípicas as condutas de fotografar ou filmar e/ou utilizar ou permitir que sejam utilizadas as referidas fotografias ou filmes sem o mero consentimento do visado⁶⁷. Em todo o caso, não se exige uma oposição expressa, bastando, para que se possa considerar que a conduta realiza o tipo, que a mesma contrarie a vontade presumida do portador do direito à imagem (v.g. utilização de fotografias ou filmagens como meio de prova em processo penal a favor da acusação)⁶⁸.

Mas para que possamos, ainda com maior rigor, determinar a área de tutela típica do direito à imagem no âmbito do direito penal, importa recorrer às causas juscivilistas previstas no art. 79.º, n.º 2 do CC, por força da aplicação do princípio da unidade da ordem jurídica, previsto no art. 31.º, n.º 1 do CP, o que conduz, inegavelmente, a uma redução do universo das condutas puníveis. Esta matéria será devidamente analisada a seu tempo, pelo que aquilo que importa reter agora é que, se a exigência acrescida de contrariedade da vontade do

⁶⁵ MANUEL COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, Tomo I, pp. 1213-1214 e PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 843.

⁶⁶ PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 843 e MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 1202.

⁶⁷ HUGO TAVARES, *A Tutela Penal do Direito à Imagem – Entre a Subsidiariedade do Direito Penal e a Unidade do Sistema Jurídico no Problema da Construção da Área de Tutela Típica*, p. 203.

⁶⁸ MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, pp. 1214-1215 e HUGO TAVARES, *op. cit.*, pp. 203-204.

portador do bem jurídico já comprime, em alguma parte, a área de tutela do direito à imagem, esta fica inexoravelmente ainda mais circunscrita pelo facto de a tutela penal do direito à imagem estar dependente da sua tutela civil. É neste sentido que o direito à imagem surge dotado de uma área de tutela penal significativamente mais reduzida em comparação com o direito à palavra.

No que diz particularmente respeito à conduta de utilização, a Reforma de 1995 também veio introduzir uma alteração relevante neste âmbito. De facto, o anterior art. 179.º do CP fazia depender a punição da conduta de utilização/permissão de utilização das fotografias da circunstância de as mesmas terem sido indevidamente obtidas, aderindo assim à consagração expressa da teoria monista, sem qualquer paralelo com o crime de gravações ilícitas, relativamente ao qual nada dispunha. Contudo, com a Reforma de 1995, a lei veio mudar a expressão «*indevidamente obtidas*» por «*mesmo que licitamente obtidas*», deste modo substituindo a consagração expressa da teoria monista pela teoria dualista⁶⁹.

Quanto ao objeto da ação do crime de fotografias ilícitas, este consiste na imagem física da pessoa (rosto e todo o corpo) suscetível de ser captada e registada de forma estática (fotografia) ou de forma dinâmica (vídeo ou cinema)⁷⁰. Neste sentido, no que respeita à conexão que tem de ser estabelecida entre a fotografia e a pessoa retratada para efeitos de delimitação da sua relevância típica, é possível encontrar na doutrina duas posições distintas: por um lado, há quem sustente uma posição restrita⁷¹, nos termos da qual a fotografia tem de permitir identificar a pessoa retratada, não se exigindo que ela seja efetivamente reconhecida, mas pelo menos reconhecível, o que leva a que, em princípio, ela tenha de compreender o rosto, não sendo suficiente a identificação da pessoa por recurso a um qualquer texto escrito que acompanhe a fotografia; por outro lado, há quem sustente uma posição ampla⁷², nos termos da qual a fotografia deve permitir reconhecer a pessoa, ou, quando assim não seja, ser acompanhada de qualquer informação sobre a identidade da pessoa retratada, podendo ainda incidir sobre apenas uma parte do corpo, não tendo de compreender necessariamente o rosto da pessoa. Posto isto, acompanhamos esta última posição mais ampla, pois, encontrando-se já a área de tutela penal da imagem tão restringida,

⁶⁹ MANUEL COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, Tomo I, p. 1187 e *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, p. 278.

⁷⁰ MANUEL COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, Tomo I, p. 1208.

⁷¹ MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 1214.

⁷² PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 843 e M. MIGUEZ GARCIA E J. M. CASTELA RIO, *op. cit.*, p. 918.

não se vê a necessidade de restringi-la ainda mais em situações que, de certo modo, ainda se reconduzem a atentados a este bem jurídico.

Por outro lado, e à semelhança do que se passa com o crime de gravações ilícitas, o facto de o n.º 2 do art. 199.º do CP se referir a «*outra pessoa*» conduz a que só assumam relevância típica as fotografias necessariamente referentes a outra pessoa, sendo considerada atípica a conduta de quem se fotografa ou filma a si próprio, bem como a conduta de utilização arbitrária dessas fotografias/filmes⁷³. A este propósito, veja-se o Ac. TRE de 13-11-2011 que entendeu que «*O mero direito à imagem dos suspeitos, quer o seu direito à intimidade da vida privada (por estarem em causa aspetos da sua vida sexual), não são penalmente tutelados nos casos em que, como no presente, as fotografias e filmes em causa, da autoria dos próprios, reproduzem a materialidade de crimes de abusos sexuais de menores e constituem mesmo a materialidade de eventuais crimes de fotografias e filmagens ilícitas*».

O tipo subjetivo do crime de fotografias ilícitas exige, do mesmo modo, o dolo em qualquer uma das suas modalidades, mas já não uma qualquer intenção adicional de devassa, o que é demonstrativo que, tanto no crime de fotografias ilícitas, como no crime de gravações ilícitas, do que se trata é de tutelar a imagem e a palavra *qua tale*⁷⁴.

Finalmente, no que respeita ao bem jurídico, e já resultando evidente de todo o exposto, o crime de fotografias ilícitas encontra-se preordenado à tutela do direito à imagem, enquanto expressão direta da personalidade, que reconhece a cada pessoa a plena disponibilidade sobre a sua imagem, «*onde se inclui decerto o retrato, mas se incluem igualmente todas as outras captações possíveis do corpo do indivíduo, da sua projecção imagética*»⁷⁵. Assim sendo, o direito à imagem «*Concretizar-se-á num poder de disposição da sua própria imagem – a evidência estética projectada pelo indivíduo e exteriorizada na dimensão social onde se constitui. Numa dimensão negativa-proibitiva, projectar-se-á no direito individual de a sua imagem pessoal – incluindo a “imagem moral” – não ser captada fotograficamente (ou através de filmagem) ou exposta publicamente sem o consentimento do portador, nem de ser alvo de manipulação ou alteração, distorcendo a realidade oferecida. Consiste na conduta exigível a terceiro que meramente capte ou retrate, por meio mecânico ou outro, não exponha, reproduza ou difunda o retrato ou imagem sem o seu consentimento*»⁷⁶. O que é certo é que esta necessidade de proteção da imagem assenta, ainda

⁷³ MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 1213.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 1221.

⁷⁵ ORLANDO DE CARVALHO apud MANUEL COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, p. 276.

⁷⁶ HUGO TAVARES, *op. cit.*, p. 189.

que subsidiariamente, «no reconhecimento da representação social que uma imagem pessoal necessariamente projecta»⁷⁷, pois surge como inegável que é através da imagem que cada pessoa exterioriza no mundo a sua essencialidade única.

3. Os critérios mobilizados pela doutrina e pela jurisprudência para efeitos de admissibilidade de valoração das gravações e fotografias obtidas por particulares

Mediante a conjugação do art. 167.º, n.º 1 do CPP e do art. 199.º do CP, já nos encontramos capazes de compreender o problema que se coloca no âmbito do objeto do nosso estudo, o qual se prende exatamente com a circunstância de a conduta do particular consistente em gravar ou fotografar e/ou utilizar ou permitir que seja utilizada essa gravação ou fotografia, ainda que destinada à documentação da prática de um crime e à sua utilização como meio de prova no processo penal, porque praticada sem consentimento ou contra a vontade do visado, ser suscetível de preencher a factualidade típica de um crime de gravações ilícitas ou de um crime de fotografias ilícitas, nos termos do art. 199.º do CP. Estando em causa gravações ou fotografias penalmente ilícitas, então a inadmissibilidade da sua valoração como meio de prova no processo penal resulta de forma linear do art. 167.º, n.º 1 do CPP. Significa o exposto que as gravações e fotografias obtidas e carreadas para o processo, por mais valiosas que sejam do ponto de vista da descoberta da verdade material, na medida em que sejam consideradas ilícitas à luz do art. 199.º do CP, encontram-se legalmente impossibilitadas de servirem como meio de prova no processo penal.

Por mais considerações que se possa tecer sobre a racionalidade inerente à consagração de uma continuidade entre o direito processual penal e o direito penal substantivo, sobre a racionalidade inerente à atribuição de uma aparente superioridade hierárquica às normas e valores do direito penal substantivo, ou mesmo sobre a necessidade de consideração das valorações próprias do direito processual penal, a verdade é que, *de iure condito*, face ao teor do art. 167.º, n.º 1 do CPP, torna-se praticamente insustentável defender outro entendimento que não seja o de que as gravações ou fotografias penalmente ilícitas não podem ser valoradas como meio de prova no processo penal.

Em todo o caso, a doutrina⁷⁸ tem sido permeável a um entendimento mais mitigado, ao considerar que, posto de parte o interesse persecutório estatal, há casos em que a valoração

⁷⁷ *Ibidem*, p. 188.

⁷⁸ MANUEL COSTA ANDRADE, *Sobre a valoração, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas por particulares*, pp. 616-617.

da gravação ou fotografia penalmente ilícita é necessária à salvaguarda de bens jurídicos pessoais como a vida, a integridade física e a liberdade, tais como aqueles em que só a utilização da gravação ou fotografia no processo poderá impedir a condenação de um inocente ou pôr termo à prisão de uma pessoa injustamente condenada, admitindo nesses casos a possibilidade de realização de um juízo de ponderação de interesses de natureza transprocessual. Ainda que se concorde com esta doutrina, importa frisar que esses casos são dotados de um caráter excecional, pois a regra resultante do art. 167.º, n.º 1 do CPP continua a ser a da inadmissibilidade de princípio das gravações ou fotografias penalmente ilícitas.

Também é inegável que a cominação da proibição de valoração das reproduções mecânicas resultante do art. 167.º, n.º 1 do CPP, impedindo que estas possam servir como meio de prova para fundar a convicção do juiz acerca da probabilidade de ocorrência dos factos, pode conduzir a resultados irrazoáveis quando aplicada aos casos típicos que nos propomos tratar em que uma vítima ou um terceiro a favor desta, sem consentimento/contra a vontade do visado, recorrem à realização de uma gravação ou à captação de uma fotografia/filme para documentarem a prática de um crime e utilizarem como meio de prova no processo penal, principalmente nos casos em que aquela constitui o único meio de prova dos factos e, consequentemente, a única forma de suster as ofensas⁷⁹. É precisamente neste contexto que, para contornar a rigidez da solução resultante da aplicação linear do art. 167.º, n.º 1 do CPP, a doutrina e a jurisprudência têm vindo a desenvolver algumas construções dogmáticas no sentido de afastar o caráter ilícito das gravações e fotografias, e bem assim, tornar admissível a sua valoração no processo penal. O que é certo é que o caminho para a admissibilidade de valoração no processo penal terá de passar necessariamente pelo afastamento do caráter ilícito das gravações e fotografias, uma vez que, se tal não for possível, então estaremos, inevitavelmente, perante gravações e fotografias penalmente ilícitas, e quanto a estas o art. 167.º, n.º 1 do CPP estabelece, como visto, uma incontornável proibição de valoração.

⁷⁹ Basta pensarmos no crime de violência doméstica, o qual, muitas das vezes, ocorre “entre quatro paredes”, fazendo com que os elementos probatórios sejam escassos. Incidindo precisamente sobre a admissibilidade como meio de prova de gravações realizadas pela vítima no âmbito de um crime de violência doméstica, cfr. o Ac. TRP de 24-09-2020, o qual dispõe que «Coarctar ao ofendido num crime de violência doméstica, a possibilidade de gravar condutas agressivas por parte do respetivo agente, limitaria em muito a possibilidade de o mesmo apresentar meios de prova passíveis de corroborar as declarações por si prestadas. A situação é tão mais exacerbada se for tido em conta que o crime em apreço, não raras vezes, ocorre “entre quatro paredes”, sendo comuns as ocasiões em que a vítima não possui quaisquer outros elementos probatórios para além das suas próprias declarações. Ademais, como acima se expendeu, a necessidade de proteção da vida privada dos intervenientes igualmente se mostra mitigada, já que contendem, precisamente, com circunstâncias em que a coberto do foro íntimo do casal, são praticados ilícitos criminais».

Neste âmbito, se a admissibilidade como meio de prova no processo penal das gravações e fotografias se encontra dependente da sua conformidade com a lei penal substantiva, a doutrina e a jurisprudência têm entendido que essa conformidade pode dar-se, desde logo, pela via da exclusão da tipicidade por força da *«ausência de lesão do bem jurídico ou por não pertinência da lesão do bem jurídico à área de tutela da norma incriminatória»* – onde se enquadram o acordo e a redução teleológica do tipo de sentido vitimodogmático –, ou pela via da exclusão da ilicitude por invocação de *«causa de justificação bastante para neutralizar a eficácia indiciadora da ilicitude presente na factualidade típica»* – onde se enquadram as clássicas causas de justificação do direito penal, tais como, a legítima defesa e o direito de necessidade, bem como as causas juscivilistas do art. 79.º, n.º 2 do CC, que são invocadas por via da unidade da ordem jurídica⁸⁰.

Mas se esta questão possa já ter sido na sua origem uma questão controvertida, a verdade é que, atualmente, a doutrina e a jurisprudência têm sido praticamente uniformes no sentido de preconizar o entendimento de que as gravações ou fotografias obtidas e carreadas para o processo por particulares, tendo em vista a demonstração de factos com relevância criminal, não constituem provas proibidas (*rectius*, provas de valoração proibida), podendo as mesmas ser valoradas pelo tribunal (desde, claro, na medida em que se possa concluir que não configuram um ilícito penal). Só que onde as divergências ganham realmente expressão é no que toca ao enquadramento da exclusão do carácter ilícito das gravações e fotografias pressuposto no art. 167.º, n.º 1 do CPP. Nas palavras de COSTA ANDRADE, *«Enquanto uns privilegiam para o efeito a tipicidade, em nome da redução teleológica da área de tutela da norma incriminatória, consideram outros que só a doutrina da ilicitude e das causas de justificação detém as virtualidades para um ajustado enquadramento dos problemas»*⁸¹.

Em todo o caso, podemos afirmar a existência de uma preferência generalizada por parte da doutrina e da jurisprudência pela via da exclusão da ilicitude com recurso à invocação das causas de justificação, ao invés da opção pela denegação da verificação de um crime logo ao nível do tipo com base na redução teleológica do tipo de sentido vitimodogmático⁸². De facto, tal como afirma SANTOS CABRAL⁸³, *«Ao estabelecer-se que as reproduções*

⁸⁰ MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, pp. 619-620.

⁸¹ MANUEL COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, p. 263.

⁸² V.g. Ac. TRL de 28-05-2009, o qual dispõe que *«Não sendo necessário ir tão longe quanto o foi a teoria da redução teleológica do tipo de sentido vitimodogmático (...) afastando, desde logo a verificação do crime ao nível dos elementos do tipo, importa, porém, não perder de vista a possibilidade de verificação de alguma causa de exclusão da ilicitude ou mesmo da culpa configuráveis no caso»*. Cfr. ainda MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 266.

⁸³ JOSÉ SANTOS CABRAL, *op. cit.*, p. 653 e Ac. STJ de 28-09-2011.

fotográficas, ou cinematográficas, só valem como prova dos factos, ou coisas, reproduzidas se não forem ilícitas, nos termos da lei penal, não se equaciona tão somente uma condição de validade da prova assente na constatação da tipicidade de uma conduta como crime, mas exige-se, também, que o acto não seja afectado pela sua ilicitude e esta não se esgota no preenchimento de um tipo legal de crime. Para que um comportamento seja punido como crime exige-se que, além de se encontrar tipificado na lei penal, configure, também, um acto ilícito, e culposos, o que implica a ponderação da existência, ou não existência, de uma causa de justificação da gravação, ou da fotografia, que se pretende utilizar como meio de prova».

Neste quadro, na linha daquilo que é referido por COSTA ANDRADE, as verdadeiras dificuldades colocam-se por força da invocação de um conjunto alargado de dirimentes marcadas pela dificuldade na sua compreensão e extensão, bem como na demarcação das suas fronteiras recíprocas. Com efeito, além das clássicas causas de justificação, tais como a legítima defesa e o direito de necessidade, têm sido também invocadas muitas outras, tais como a adequação social, a ponderação de bens ou interesses, a prossecução de interesses legítimos ou mesmo uma situação de quase legítima defesa, levando a que, quer no panorama doutrinário, quer no panorama jurisprudencial, não se consiga afirmar a existência de um enquadramento dogmático sobreponível, na medida em que, o que uns justificam com a legítima defesa, outros fazem-no com o direito de necessidade, ou mesmo com o recurso a outra nova causa (v.g. situação de quase legítima defesa), podendo mesmo ainda verificar-se a tentativa de invocação simultânea de várias causas. De acordo com o que denota o mesmo autor, os desencontros radicam precisamente no entendimento divergente do sentido e alcance dos pressupostos das causas de justificação, bem como na necessidade de aplicar as velhas causas de justificação a novas expressões de comportamento penalmente relevante, fomentando, deste modo, a procura por vias alternativas de justificação face às clássicas causas já regulamentadas de forma estabilizada. Em todo o caso, o autor conclui a sua exposição com a manifestação da sua posição no sentido de que, ao invés de se procurar recorrer imediatamente a novas causas de justificação, deve antes explorar-se todas as virtualidades das causas já existentes e legalmente consagradas, com a qual se concorda por motivos de atribuição de maior segurança jurídica às soluções logradas⁸⁴.

Na verdade, esta dispersão acaba por ser mais teórica do que prática, pois, ainda que não se encontre unanimidade quanto à questão de saber que causa de justificação deve merecer mobilização preferencial, tanto a jurisprudência como a doutrina acabam por se alinhar

⁸⁴ MANUEL COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, pp. 266-268 e *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial – Tomo I*, pp. 1221-1222.

quanto à preferência generalizada pela via da exclusão da ilicitude por recurso às causas de justificação, o que significa que o resultado acaba por ser o mesmo, que é a denegação da presença de um ilícito penal porque não se encontra verificada a ilicitude. Mas onde as discrepâncias assumem bastante relevo prático, podendo ditar a diferença entre a admissibilidade ou não como meio de prova no processo penal, prende-se com a questão de saber que interesses apresentam legitimidade suficiente para afastar a ilicitude da conduta. Mais precisamente, a questão em causa prende-se em saber se os interesses típicos do processo penal, tais como, a realização da justiça, a descoberta da verdade material e a punição do agente do crime, podem ser interesses a atender neste contexto.

Ora, do lado de alguma doutrina⁸⁵ e de uma parte minoritária da jurisprudência⁸⁶, o facto de o legislador ter optado, nos termos do art. 167.º, n.º 1 do CPP, por fazer depender a admissibilidade no processo penal das reproduções mecânicas da sua conformidade com a lei penal substantiva é significativo da atribuição de uma prevalência dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal substantivo sobre os interesses típicos do processo penal. O que, no seu entender, acarreta uma importância consequência: *«os interesses encabeçados e servidos pelo processo penal – a saber, a realização da justiça, a estabilização contrafáctica das normas, a restauração da paz jurídica, por razões de economia, a eficácia da justiça penal – não bastam, só por si e enquanto tais, para legitimar a danosidade social da produção ou utilização não consentidas de gravações ou fotografias. Numa primeira formulação de mais óbvia e direta intencionalidade pragmática, o mero propósito de juntar, salvaguardar e carrear provas para o processo penal não justifica o sacrifício do direito à palavra e do direito à imagem em que invariavelmente redundam a produção ou utilização não consentidas destas reproduções mecânicas. Pela positiva, só com meios necessários e idóneos à salvaguarda de prevalecentes valores, transcendentais ao processo penal, poderá justificar-se a sua produção ou ulterior valoração processual contra a vontade de quem de direito»*⁸⁷. Significa o exposto que, segundo esta corrente, qualquer que seja a causa de justificação que venha a ser invocada para afastar a ilicitude da conduta do particular consistente na obtenção e utilização arbitrárias das gravações ou fotografias, e bem assim tornar admissível a sua utilizabilidade no processo penal, a mesma não se pode basear no

⁸⁵ MANUEL COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, p. 246-249, MANUEL LEAL-HENRIQUES E MANUEL SIMAS SANTOS, *Código de Processo Penal Anotado – do 1.º ao 240.º artigos*, Vol. I, p. 841.

⁸⁶ V.g. Ac. STJ de 14-01-1999, Ac. TRL de 30-10-2008, Ac. TRC de 01-07-2009, Ac. TRP de 15-12-2021 e Ac. TRP de 28-01-2009.

⁸⁷ MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 247.

mero propósito de carrear prova para prossecução de interesses típicos do processo penal, uma vez que do art. 167.º, n.º1 do CPP resulta claramente a opção do legislador em não conferir força suficiente aos mesmos, por si só, para afastar a danosidade da conduta.

Não obstante, a jurisprudência maioritária tem sido permeável a um entendimento mais flexível, admitindo o afastamento do carácter ilícito das gravações ou fotografias obtidas e/ou utilizadas por particulares e, consequentemente, a admissibilidade da sua valoração no processo penal, com base na invocação de interesses típicos do processo penal, o que se demonstra particularmente expressivo, tal como veremos, com a frequente invocação do critério das exigências de justiça do art. 79.º, n.º 2 do CC. A nosso ver, esta flexibilidade resulta da natural pressão sentida pelos tribunais, enquanto principais aplicadores do direito, na aceitação destes meios de prova, atento o seu enorme potencial probatório, que em muito facilitam a prova da ocorrência dos factos e da identidade do seu autor, assim se logrando a descoberta da verdade, e bem assim a realização da justiça com eficiência.

Uma vez aqui chegados, cumpre, então, analisar individualizadamente os critérios frequentemente mobilizados pela doutrina e pela jurisprudência para afastar o carácter ilícito das gravações e fotografias obtidas por particulares e, consequentemente, legitimar a sua utilizabilidade probatória no processo, debruçando-nos sobre as suas virtualidades e fraquezas, o que, evidentemente, terá um peso decisivo na iluminação do caminho a construir para uma tomada de posição.

3.1. Ao nível da tipicidade

3.1.1. O acordo

Dado que em ambas as incriminações do art. 199.º do CP a realização das condutas sem consentimento ou contra a vontade do lesado constitui elemento do tipo objetivo e os respetivos bens jurídicos apresentam uma estrutura axiológico-normativa enquanto direitos que concedem ao seu portador o seu domínio exclusivo, a concordância – perspectivada como consentimento para o crime de gravações ilícitas e como vontade para o crime de fotografias ilícitas – vale aqui como um acordo que exclui a tipicidade⁸⁸. Assim sendo, havendo acordo do portador do bem jurídico em relação a qualquer uma das modalidades de condutas típicas, isto é, quer quanto à gravação da sua palavra ou à captação da sua imagem, bem como, quanto à respetiva utilização ou permissão de utilização, fica excluída a verificação da

⁸⁸ MANUEL COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, Tomo I, p. 1211 e PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 843.

prática de um crime logo ao nível da tipicidade *«por força de insuprível ausência de lesão do bem jurídico»*⁸⁹.

O que é certo é que o acordo tem de ser dado pelo portador concreto do bem jurídico, ou seja, por quem profere as palavras ou por quem tem a sua imagem a ser captada e/ou utilizada, sendo que, se forem vários os portadores concretos do bem jurídico, nos casos em que as gravações ou fotografias contemplem várias pessoas, é necessário o consentimento de todos eles para a exclusão da tipicidade⁹⁰, atento o carácter pessoalíssimo dos bens jurídicos em questão, não se acompanhando assim os autores⁹¹ que entendem que o acordo de apenas um deles é suficiente para afastar a tipicidade.

Por outro lado, o acordo que exclui o tipo não tem de ser expresso, podendo ser tácito, que é aquele que não se traduz num ato comunicativo, mas sim num comportamento concludente de onde se pode retirar a concordância do portador do bem jurídico⁹². Se o visado, de algum modo, tem conhecimento de que a sua palavra está a ser gravada ou a sua imagem está a ser captada, ou até mesmo a ser utilizada, e ainda assim não se abstém de praticar os factos ilícitos, nem manifesta qualquer oposição, não podemos deixar de concluir pela verificação da sua concordância. Ora, o acordo tácito tem assumido particular relevância na temática da videovigilância, mais precisamente nas situações em que as câmaras se encontram visíveis ou sinalizadas. Tal como afirma COSTA ANDRADE, *«Se, conhecedor do facto, uma pessoa penetra no espaço vigiado, nada mais ajustado do que levar o caso à conta de acordo tácito»*⁹³. Neste sentido, veja-se o Ac. TRL de 04-03-2010 que entendeu que *«No caso, o arguido viu as câmaras de filmar e não se absteve de praticar os factos em discussão, pelo que, pelo menos tacitamente, aceitou a captação das suas imagens»* e o Ac. TRP de 03-02-2010 que entendeu que *«(...) no caso em apreço, não é possível afirmar que a gravação da imagem do arguido foi efectuada contra a sua vontade, pois (...) no interior do estabelecimento em causa, existe um aviso escrito advertindo o público da existência de sistema de videovigilância»*.

Em todo o caso, ainda que se possa concluir que as gravações ou fotografias foram licitamente obtidas, porque obtidas com acordo expresso ou tácito, a verdade é que, no que respeita à sua utilização, designadamente, como meio de prova em processo penal contra o

⁸⁹ MANUEL COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, p. 259.

⁹⁰ Neste sentido, MANUEL COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, Tomo I, pp. 1211-1212 e HUGO TAVARES, *op. cit.*, p. 189.

⁹¹ Neste sentido, PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 843 e M. MIGUEZ GARCIA E J. M. CASTELA RIO, *op. cit.*, p. 918.

⁹² MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 1212.

⁹³ *Ibidem*.

visado, como evidentemente se compreende, dificilmente haverá acordo na sua utilização como meio de prova a favor da acusação, na medida em que tal ser-lhe-á desfavorável e completamente contra os seus próprios interesses de defesa. Neste caso, não existindo uma nova manifestação de vontade no que respeita à conduta de utilização, o único caminho restante para contornar o problema da sua inadmissibilidade como meio de prova passará por indagar da existência de uma outra causa de exclusão da tipicidade ou da ilicitude.

Posto isto, fica claro que onde os verdadeiros problemas se colocam é quando não se verifica a existência de acordo, ainda que tácito, por parte do visado, nem em relação à conduta de obtenção, nem em relação à conduta de utilização, ou nem em relação a ambas, sendo precisamente para estes casos, que são aqueles que as mais das vezes estão em cima da mesa, que a doutrina e a jurisprudência procuraram construir os demais critérios que passaremos agora a analisar, de forma a contornar a proibição de valoração que resultaria por força da aplicação linear do art. 167.º, n.º 1 do CPP conjugado com o art. 199.º do CP.

3.1.2. A redução teleológica do tipo de sentido vitimodogmático

Logo ao nível da tipicidade, foi erigida a construção dogmática da redução teleológica do tipo de sentido vitimodogmático, a qual tem por desígnio a delimitação da área de tutela de certos preceitos da lei penal substantiva, de onde sobressai certamente o art. 199.º do CP. Do que se trata, no fundo, é de questionar se o art. 199.º do CP também visa a tutela da palavra e da imagem nas situações em que o seu titular se encontre envolvido na prática de um ilícito criminal. É legítimo que o mesmo invoque a tutela do art. 199.º do CP a seu favor nas situações em que ele próprio se coloca numa posição contrária ao Direito? Neste sentido, segundo as palavras de COSTA ANDRADE *«cabe questionar se a incriminação das Gravações e fotografias ilícitas deve sofrer uma ulterior redução da área de tutela em nome de uma redução teleológica do tipo, de sentido vitimodogmático»*⁹⁴.

Esta construção assenta a exclusão da relevância típica das gravações ou fotografias efetuadas pela vítima, sem consentimento/contra a vontade do visado, na dogmática dos limites imanentes dos direitos fundamentais, nomeadamente, no sentido de que a sua tutela jurídica deve adscriver-se à sua dimensão positiva⁹⁵. Associada à dogmática dos limites imanentes dos direitos fundamentais está, então, uma ideia de que os mesmos não são ilimitados nem abrangem todos os seus modos de exercício, identificando-se, assim, com o problema da delimitação das fronteiras reconduzíveis ao âmbito de tutela dos direitos

⁹⁴ MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 1218.

⁹⁵ *Ibidem*.

fundamentais. Segundo o ensinamento de VIEIRA DE ANDRADE, «*Trata-se de determinar os bens ou esferas da acção abrangidos e protegidos pelo preceito que prevê o direito e de os distinguir de figuras e zonas adjacentes, para saber, em abstracto, também em função de outros preceitos constitucionais, se inclui, não inclui ou exclui em termos absolutos as várias situações, formas ou modos pensáveis do exercício do direito*», acrescentando o mesmo autor que «*o problema deve, portanto, ser resolvido como problema de interpretação dos preceitos que prevêem cada um dos direitos fundamentais*», que «*tanto pode saldar-se numa interpretação enunciativa, como numa “interpretação restritiva” (uma redução teleológica) ou mesmo numa “interpretação ampliativa” (uma extensão teleológica)*», concluindo que é de considerar a existência de limites imanentes nos direitos fundamentais «*sempre que (e apenas quando) se possa afirmar, com segurança e em termos absolutos, que não é pensável em caso algum que a Constituição, ao proteger especificamente um certo bem através da concessão e garantia de um direito, possa estar a dar cobertura a determinadas situações ou formas pensáveis do seu exercício*»⁹⁶. No caso concreto da construção em análise o que está em causa é, pois, transpondo-se este raciocínio para o plano da lei ordinária, reduzir a área de tutela típica do art. 199.º do CP com base numa redução teleológica, imposta por força do princípio vitimodogmático, o qual consiste, segundo SCHÜNNEMANN, numa «*máxima interpretativa por força da qual só são subsumíveis numa incriminação típica as condutas que escapam à autotutela possível e exigível à vítima*»⁹⁷, em nome do princípio de *ultima ratio* do direito penal.

Deste modo, com base nesta teoria, a gravação ou a captação de uma fotografia que documente a prática de uma infração criminal por parte do titular do direito à palavra ou à imagem encontra-se fora do âmbito de tutela típica da norma, pois «*(...) sustenta-se que o comportamento censurável (porque imoral, ilícito, descuidado, etc.) da vítima das gravações ou fotografias determina a perda da dignidade penal e a caducidade da protecção jurídica. Isto porquanto aqueles que “se colocam no lado inverso do ser social” (BRUNS) e se decidem contra a ordem jurídica, não devem contar com a sua solidariedade*»⁹⁸. Tem-se em vista, fundamentalmente, os casos das gravações ou fotografias realizadas «*pelos vítimas de extorsão, injúrias, ameaças, coacção*», para efeitos da sua utilização como meio de prova no processo penal, podendo aqui também equacionar-se os casos daqueles que

⁹⁶ JOSÉ VIEIRA ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, pp. 263, 269-270 e 272-274.

⁹⁷ *Apud* MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 1055.

⁹⁸ MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 1219.

«recebem propostas de corrupção e, em geral, incitamentos à prática de comportamentos ilícitos ou eticamente censuráveis», bem como daqueles que pretendam «reunir provas para obviar a comportamentos processualmente ilegítimos ou de má fé»⁹⁹. Não obstante, tem sido reconhecida uma aplicabilidade mais ampla a esta teoria, a qual também tem sido invocada pela prática jurídica em algumas situações relativas a crimes contra a propriedade (v.g. furto, roubo, dano) ou mesmo relativas a crimes contra as pessoas (v.g. ofensa à integridade física, violência doméstica).

Em todos estes casos, na medida em que se entende que o comportamento contrário ao Direito por parte do titular do direito à palavra ou à imagem determina a perda da dignidade penal das lesões efetuadas aos mesmos, a conduta da vítima que, à partida, seria subsumível ao crime de gravações ou fotografias ilícitas, deixa de ter relevância jurídico-penal, ficando, deste modo, arredada a verificação da prática de um crime logo ao nível da tipicidade. Consequentemente, se as gravações ou fotografias não se encontram firmadas por um juízo de ilicitude nos termos da lei penal, a sua valoração no processo penal torna-se, em princípio, admissível, de acordo com o art. 167.º, n.º 1 do CPP.

De facto, alguma doutrina e alguma jurisprudência têm recorrido a esta teoria para afastar o carácter ilícito das gravações e fotografias e, consequentemente, admitir a sua valoração como meio de prova no processo penal. A este propósito, no plano doutrinal, PAULO PINTO ALBUQUERQUE entende que *«podem ser valoradas como meios de prova as reproduções da materialidade da palavra criminosa, uma vez que o artigo 26.º, n.º 1 da CRP não reconhece um direito à palavra criminosa e, portanto, o direito penal, incluindo a incriminação do artigo 199.º do CP, não protege a palavra criminosa», acrescentando que «pela mesma razão, o direito penal também não protege a materialidade da imagem do crime»¹⁰⁰, o que parece ir de encontro com o pensamento de VIEIRA DE ANDRADE, o qual, no que respeita ao processo interpretativo de delimitação do âmbito de tutela dos direitos fundamentais, entende que *«(...) é normal que um comportamento que integre as circunstâncias de facto típicas de um tipo legal de crime não esteja incluído na hipótese normativa do direito fundamental»¹⁰¹. Por outro lado, no plano jurisprudencial, veja-se, entre outros¹⁰², o Ac. STJ de 28-09-2011, o qual dispõe que «Contrariamente ao defendido por alguma doutrina, entendemos que o comportamento ilícito do titular do direito à palavra e**

⁹⁹ MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, pp. 1218-1219.

¹⁰⁰ PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 463.

¹⁰¹ JOSÉ VIEIRA ANDRADE, *op. cit.*, pp. 273-274.

¹⁰² V.g. Ac. TRC de 02-11-2011, Ac. TRP de 24-09-2020 e Ac. TRP de 27-01-2016.

imagem no uso da mesma determina a perda da dignidade penal da ofensa do referido direito e isto, desde logo, porque no caso concreto o mesmo não merece protecção. (...) Não se vislumbra qual a razão pela qual a protecção da vítima e a eficiência da justiça penal tenham de ser postergadas pela protecção da palavra que consubstancia práticas criminosas ou da imagem que as retrata. A protecção acaba quando aquilo que se protege consubstancia a prática de um crime» e o Ac. TRE de 13-11-2011, o qual dispõe que «No que se reporta à atipicidade, é pela via da redução teleológica do tipo, nomeadamente pela consideração que nos encontramos fora da área de protecção da norma penal nestes casos (...), que pensamos encontrar resposta mais sustentada».

Apesar de tudo, esta teoria não se mostra isenta de críticas, principalmente no plano doutrinal. Desde logo, DAMIÃO DA CUNHA, incidindo especificamente sobre registos de videovigilância, insurge-se contra esta teoria ao considerar que *«Merecem (...) fortes reservas tendências mais recentes que abrem a porta à indiscriminada utilização de registos realizados por particulares, segundo o slogan de que o crime não pode estar coberto por um direito (ou formulações de alcance idêntico). Trata-se manifestamente de um vício “argumentativo”, que perverte o sentido de um verdadeiro meio de obtenção de prova. Faz-se um registo porque há a possibilidade de se obter prova; mas com isto está insito o risco de não se “apanhar/obter” nada e logo, se não houver base ou autorização legal, estar a cometer-se um crime ou um ilícito. (...) Assim, ao dizer-se que não existe um “direito ao crime” (ou seja, um direito fundamental não pode consubstanciar-se num crime) é inverter a lógica porque o crime só existe quando é provado e não se deve reverter o argumento “pelo resultado”: o meio “foi bom” porque se apanhou o crime; o meio “foi mau”, porque não se “apanhou nada”; isto é a negação da dogmática dos meios de obtenção de prova num Estado de Direito»*¹⁰³.

Noutra perspetiva, também COSTA ANDRADE acompanha os críticos desta teoria, apresentando, no fundo, duas ordens de argumentos. Por um lado, de um ponto de vista político-criminal, entende que *«mal se compreenderia que o direito, e em particular o direito penal, abandonasse as pessoas de qualquer modo envolvidas em práticas imorais ou ilícitas. A ponto de os atentados aos seus bens jurídicos, mesmo os de mais eminente dignidade, não atingirem sequer o limiar mínimo da relevância jurídico-penal (a tipicidade). O que equivaleria a tolerar, mesmo a estimular, a formação de santuários de imoralidade e ilegalidade onde apenas sobraria espaço para a auto-tutela e a “luta no escuro”»*. Por outro

¹⁰³ DAMIÃO DA CUNHA, *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira: A Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro de 2002*, p. 110.

lado, de um ponto de vista dos princípios basilares do Estado de Direito, tais como, a separação de poderes e a legalidade, entende que *«É, com efeito, ao legislador penal que compete, em definitiva e decisiva instância, definir os bens jurídicos dignos de tutela penal e demarcar a respectiva área de tutela. Enquanto isto, não assiste ao intérprete e aplicador do direito a possibilidade de frustrar o programa político-criminal inscrito na lei penal, sobrepondo-lhe outro programa de tutela polarizado em torno de novos juízos de dignidade penal»*¹⁰⁴.

Não admira, portanto, que a doutrina e a jurisprudência maioritárias se alinhem quanto à consideração da via das causas de justificação como a mais indicada para arredar o carácter ilícito das gravações e fotografias e, conseqüentemente, afastar a cominação da proibição de valoração resultante do art. 167.º, n.º 1 do CPP. Isto significa que, para aqueles que rejeitam esta teoria, considerando que a palavra e a imagem do autor da prática de um crime ainda são reconduzíveis à tutela penal, a conduta consistente na gravação ou captação da fotografia e/ou posterior utilização, sem consentimento/contra a vontade do visado, é típica do ponto de vista do art. 199.º do CP, pelo que o afastamento da relevância penal das gravações e fotografias só poderá operar pela verificação dos pressupostos de uma causa de justificação que tenha por efeito a exclusão da ilicitude, sendo unicamente esta a via capaz de abrir caminho à sua admissibilidade como meio de prova no processo penal.

3.2. Ao nível da ilicitude

3.2.1. A legítima defesa

A legítima defesa (art. 31.º, n.º 2, al. a) e art. 32.º do CP) constitui uma das clássicas dirimentes do direito penal frequentemente mobilizadas pela doutrina e pela jurisprudência para excluir a ilicitude das gravações e fotografias. De facto, a legítima defesa pode revestir utilidade nas situações em que se pode afirmar que as gravações ou fotografias (*rectius*, a gravação ou captação da fotografia e/ou a sua utilização) configuram meios necessários para afastar uma agressão atual e ilícita de um interesse juridicamente protegido, o que se verifica, paradigmaticamente, nos crimes contra a liberdade pessoal. Basta pensarmos, no que respeita particularmente às gravações, nos casos de extorsão e análogos, tais como, ameaça de bomba, coação, tomada de reféns com pedido de resgate, em que, como forma de reacção,

¹⁰⁴ MANUEL COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, Tomo I, pp. 1219-1220 e *Sobre a valoração, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas por particulares*, p. 608.

a vítima recorre à gravação não consentida das comunicações para pôr fim à compressão dos seus direitos, motivada, quer pela necessidade de identificação do agressor desconhecido, quer pela necessidade de simplesmente fazer prova em relação a um agressor conhecido¹⁰⁵.

Certo é que, para que se possa mobilizar a legítima defesa como causa de exclusão da ilicitude, necessário se torna que se possa concluir que no caso se encontram verificados todos os seus requisitos. Sem nos alongarmos, em primeiro lugar, a defesa tem de ser necessária, isto é, tanto do ponto de vista da necessidade do meio (que é aquele que é idóneo a deter a agressão, bem como o menos gravoso caso sejam vários os meios idóneos), como do ponto de vista da necessidade da própria ação de defesa. Por outro lado, a agressão tem de ser ilícita, a qual se afere à luz da totalidade do ordenamento jurídico e não apenas à luz do direito penal, mas também tem de ser atual, a qual se verifica quando a agressão está em curso ou está iminente, sendo relevante a consideração do momento até ao qual a defesa é suscetível de pôr fim à agressão. Por fim, tem de estar em causa um interesse juridicamente protegido, o qual não tem de consistir necessariamente num bem jurídico-penal¹⁰⁶.

É, pois, no que diz respeito ao requisito da atualidade da agressão que se colocam as principais reservas quanto à aplicabilidade da legítima defesa como causa de exclusão da ilicitude das gravações e fotografias. Neste sentido, tem sido perfilhado¹⁰⁷ o entendimento segundo o qual as situações em que o ato captado ou gravado esgota a agressão, como acontece, paradigmaticamente, com o crime de injúrias, as situações em que aquilo que se visa é apenas prevenir um perigo futuro, ou ainda as situações de perigo de repetição da agressão, por exemplo, sob a forma de injúrias, não podem ser reconduzíveis à legítima defesa por não se verificar o requisito da atualidade da agressão. Isto demonstra que a legítima defesa tem um potencial de aplicação bastante restrito, o qual acaba praticamente por se reconduzir aos casos paradigmáticos de extorsão e análogos, uma vez que, tal como afirma COSTA ANDRADE, «a extorsão provoca uma compressão duradoura e ilícita da liberdade da vítima: tanto da liberdade de decisão como da liberdade de fruição da propriedade e do património»¹⁰⁸, levando a que seja possível concluir, nesses casos, pela verificação do requisito da atualidade.

¹⁰⁵ MANUEL COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, Tomo I, pp. 1223-1224.

¹⁰⁶ Sobre os requisitos da legítima defesa, cfr. PAULO PINTO ALBURQUERQUE, *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, pp. 256-267 e JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I – Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, pp. 477-510.

¹⁰⁷ MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 1224 e JOSÉ SANTOS CABRAL, *op. cit.*, p. 656.

¹⁰⁸ MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 1223.

Ainda assim, há alguma jurisprudência, se bem que minoritária, que tem recorrido à legítima defesa para afastar o caráter ilícito das gravações ou fotografias, de forma a possibilitar a sua valoração como meio de prova no processo penal. Neste sentido, veja-se, entre outros¹⁰⁹, o Ac. TRL de 28-05-2009, o qual dispõe que *«O uso das imagens captadas pela câmara de vídeo colocada pelo assistente na entrada do seu prédio rústico, desde que limitado à identificação do(s) autor(es) dos danos provocados na propriedade do assistente, e enquanto reportado ao momento da prática dos factos integradores dos referidos estragos, configura um meio necessário e apto a repelir a agressão ilícita da propriedade do assistente. Não será a circunstância de, no caso, os autores dos estragos não se terem absterido de o fazer, apesar de saberem que o seu comportamento estava a ser filmado, que permite afastar a verificação de todos os requisitos de que a lei faz depender a actuação em legítima defesa (...)»*, deste modo sufragando o entendimento de que, no caso concreto, se encontram verificados todos os requisitos de que depende a aplicação da legítima defesa, ou seja, a necessidade do meio para repelir uma agressão ilícita ao direito de propriedade do assistente, bem como a atualidade da agressão, mediante a sustentação de que a mesma se reporta ao momento da prática dos factos integradores dos estragos. Ainda que a forma como o acórdão procurou demonstrar a verificação dos requisitos se revele interessante, somos do entendimento de que deve ser dada preferência à mobilização do direito de necessidade, em virtude do seu maior potencial de aplicação à generalidade dos casos.

3.2.2. O direito de necessidade

Dadas as reservas manifestadas na aplicação da legítima defesa, nomeadamente, com base no entendimento da falta de atualidade da agressão, o direito de necessidade (art. 34.º do CP), cuja eficácia dirimente é, em princípio, suscetível de abranger aquelas situações que não podem ser reconduzíveis à legítima defesa, surge como causa de justificação predileta da doutrina e da jurisprudência para excluir a ilicitude das gravações ou fotografias.

Mas tal como a legítima defesa, a mobilização do direito de necessidade também se encontra condicionada pela verificação de todos os seus requisitos. Desde logo, a lei exige que o meio seja adequado (que é aquele que se revela idóneo para salvar o interesse jurídico ameaçado, bem como o menos lesivo caso sejam vários os meios idóneos) para afastar um perigo atual que ameace um interesse juridicamente protegido. Repare-se que o direito de necessidade também supõe um perigo atual, só que a exigência da atualidade assume aqui

¹⁰⁹ V.g. Ac. TRP de 27-01-2016 e posição do MP no Ac. TRP de 27-06-2018.

um sentido mais alargado, pois também deve considerar-se que o perigo é atual mesmo quando ainda não é iminente, mas o protelamento da ação salvadora agrava seriamente esse perigo, ou ainda quando o perigo é duradouro, já existe, mas desconhece-se quando pode dar lugar à lesão¹¹⁰. Além destas exigências, é ainda necessário que se preencham os requisitos elencados nas alíneas do art. 34.º do CP, os quais consistem na existência de uma situação de perigo que não foi criada pelo agente¹¹¹, uma sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado e a razoabilidade de imposição ao lesado do sacrifício do seu interesse em relação à natureza ou ao valor do interesse ameaçado¹¹².

Neste sentido, veja-se o Ac. TRE de 29-03-2016 que, considerando problemática a aplicabilidade do regime da legítima defesa no caso concreto, por concluir pela dificuldade de consideração da existência de um meio adequado para repelir agressão atual e ilícita contra o património da assistente, uma vez que o vídeo em questão foi produzido através de uma câmara não visível e sem que a sua presença estivesse assinalada por algum aviso, decidiu optar por proceder ao enquadramento da solução do caso na figura do direito de necessidade, preocupando-se com a demonstração de todos os seus requisitos. Para o efeito, veio dispor que *«O registo e utilização da imagem do arguido a riscar os automóveis da assistente são adequados a afastar o perigo que permanece atual enquanto aqueles comportamentos se repetem ou podem repetir, sendo certo que os factos relativos a cada um dos crimes de dano ocorreram com três meses de intervalo entre si (al. a) do art. 34º C. penal) e que não foi a assistente a criar a situação de perigo representada pela realização de riscos nos automóveis (al. b) do art. 34º do C.Penal). Por outro lado, no caso presente e noutros semelhantes – em que o perigo inicial contra o bem da assistente provém de quem vem a sofrer ação típica contra o direito à imagem – o interesse da assistente a salvaguardar é superior ao interesse do arguido sacrificado, sendo razoável impor-lhe o sacrifício*

¹¹⁰ PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *op. cit.*, pp. 274 e JORGE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 521.

¹¹¹ A este propósito, MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 1224 e PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *op. cit.*, pp. 275 e 844, entendem que em muitas daquelas situações, nomeadamente, de perigo de repetição ou de estado de necessidade probatório, o perigo provém da esfera jurídica da própria pessoa que sofre a ação típica (gravação ou utilização/valorização), devendo assim falar-se de um direito de necessidade defensivo, o qual se caracteriza por uma reação do agente contra um interesse jurídico do agressor ou causador da situação de perigo, quando não se verificarem todos os requisitos da legítima defesa. Em sentido contrário, JORGE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, pp. 540-544, entende que estas hipóteses enquadráveis no direito de necessidade defensivo ainda são reconduzíveis ao direito de necessidade justificante do art. 34.º do CP, não sendo necessário autonomizar aquela categoria, porquanto a mesma participa do fundamento do direito de necessidade justificante, que é o de conferir prevalência, numa situação complexa de conflitos de interesses, ao interesse que, numa consideração global da situação concreta deva representar-se como o de maior valor. Assim, no seu entender, a circunstância de o perigo resultar do próprio lesado constitui apenas mais um fator da ponderação dos interesses em conflito.

¹¹² Sobre os requisitos do direito de necessidade, cfr. PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *op. cit.*, pp. 274-278 e JORGE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, pp. 518-539.

daquele mesmo interesse, não obstante a natureza patrimonial do interesse salvaguardado face à natureza pessoal do direito à imagem sacrificado (...) Concluimos, pois, que mesmo a entender-se que a finalidade, comum, de filmar a materialidade e autoria do crime e de utilizar posteriormente o vídeo como prova do facto, não constitui fundamento de atipicidade da conduta da assistente relativamente ao tipo legal de Gravações e fotografias ilícitas previsto no art. 199º do C.Penal, sempre se mostra excluída a ilicitude por se considerar ter a assistente agido ao abrigo do direito de necessidade previsto no art. 34º do C. Penal, o que vale tanto para a obtenção do vídeo como para a sua posterior utilização no presente processo, pois esta utilização constitui a concretização daquele mesmo fim».

Em todo o caso, merece especial atenção o requisito constante da al. b) do art. 34.º do CP que exige uma sensível superioridade do interesse a salvar relativamente ao interesse sacrificado e que, no fundo, se concretiza no princípio do interesse preponderante. Assim, tal como refere FIGUEIREDO DIAS, «(...) a lei exige que se pondere o valor dos interesses conflitantes, nomeadamente dos bens jurídicos em colisão e do grau do perigo que os ameaça, é dizer, dos decursos possíveis do acontecimento em função da violação (ou perigo de violação) dos bens jurídicos que lhe está ligada»¹¹³, a fim de se poder concluir qual é o interesse que, no contexto de um verdadeiro conflito de interesses, deve ser dada preponderância. A questão que se coloca neste âmbito é, pois, a de saber quais são os critérios que devem ser mobilizados para determinar qual o interesse em conflito que deve prevalecer. O primeiro critério a mobilizar é, desde logo, o critério quantitativo da moldura legal prevista na lei referente a cada uma das incriminações que tutelam os interesses em causa, uma vez que o mesmo indicia o peso que o direito penal confere a cada um deles. Contudo, ainda que seja um critério essencial para a ponderação, o mesmo não pode vingar autonomamente, carecendo de ser complementado por outros critérios, tais como o critério da intensidade da lesão e da tendencial superioridade hierárquica dos bens jurídicos pessoais face aos bens jurídicos patrimoniais, o critério do grau de perigo e o critério da autonomia pessoal do lesado. Importante é que se tenha em consideração que a sensível superioridade do interesse a salvar relativamente ao interesse sacrificado tem de ser avaliada, não à luz de uma hierarquização abstrata de bens jurídicos em conflito, mas sim à luz de uma ponderação global e concreta no quadro de um verdadeiro e real conflito de interesses, isto é, à luz das circunstâncias do caso concreto¹¹⁴.

¹¹³ JORGE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 523.

¹¹⁴ PAULO PINTO ALBURQUERQUE, *op. cit.*, pp. 275-277 e JORGE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, pp. 523-531.

Se aquilo que importa é a consideração global da situação concreta, então nestes casos objeto do nosso estudo, em princípio, não poderá deixar de se entender que o interesse a salvaguardar (que é o interesse da vítima inicial) é sensivelmente superior ao interesse sacrificado (que é o interesse do agressor inicial), uma vez que a vítima apenas procede ao sacrifício do direito à palavra ou à imagem para fazer cessar o perigo de verificação ou continuação das agressões que vinha a ser alvo pelo titular desses direitos, nomeadamente, através da procura pela respetiva perseguição criminal, o que conduz a que neste tipo de casos o interesse sacrificado (o direito à palavra ou o direito à imagem) seja *«difícilmente digno de proteção penal»*¹¹⁵. Tal como afirma o Ac. TRE de 29-03-2016, a propósito do direito à imagem, *«A não ser assim, acabaria por aceitar-se a condenação por crime contra o direito à imagem de quem se limita a documentar através de filme ou fotografia o facto ilícito de que é vítima, o que representaria uma inversão dos valores e interesses penalmente tutelados, se não mesmo a subversão, em alguma medida, do regime dos direitos fundamentais. Tanto mais que para além do interesse em proteger a esfera pessoal ou patrimonial da assistente de atentados ilícitos, estará igualmente em causa projeção do direito fundamental de acesso dos particulares ao direito e a tutela jurisdicional efetiva que a CRP reconhece no art. 20º da CRP, pois as mais das vezes a fotografia ou filme são determinantes na prova do ilícito típico»*.

Tudo ponderado, do que se trata com a exigência de uma sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado é, pois, de uma concretização legal do princípio da ponderação de interesses. O que faz com que, a nosso ver, não haja necessidade de recorrer à ponderação de bens/interesses enquanto critério autónomo e alternativo às tradicionais causas de justificação¹¹⁶, devendo o mesmo ser equacionado no âmbito do próprio direito de necessidade¹¹⁷.

¹¹⁵ MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 1224.

¹¹⁶ Como já tivemos oportunidade de o referir com base na exposição de MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 1221, além das causas gerais e tradicionais de justificação têm sido invocadas outras dirimentes, entre as quais, a ponderação de bens/interesses.

¹¹⁷ Também neste sentido, JOSÉ SANTOS CABRAL, *op. cit.*, p. 655. Ainda num sentido próximo, admitindo que a ponderação de interesses possa ser englobada dentro do direito de necessidade, veja-se a posição da primeira instância firmada no Ac. TRE de 24-04-2012, a qual, após identificar um conflito entre direitos fundamentais (por um lado, a imagem e por outro, a propriedade e o direito à segurança), procurou resolvê-lo, em primeira linha, no quadro de uma harmonização baseada no princípio da proporcionalidade (art. 18.º da CRP), concluindo pela razoabilidade de sacrifício do direito à imagem, mas depois veio admitir que *«por outra via se poderia alcançar o mesmo resultado, atendendo aos termos do art. 34º do CP devidamente interpretado, considerando que o seu recorte “clássico”, à luz do direito penal, pode justificar uma sua compreensão mais lata, ou actualista, no quadro da posição do particular compelido a lançar mão de meios autónomos de protecção face ao perigo de lesão de valores próprios»*, quadro esse que, no seu entender, permite a afirmação de uma sensível superioridade dos valores a proteger.

De facto, alguma jurisprudência¹¹⁸ tem recorrido ao critério da ponderação de interesses conflitantes para solucionar o problema da admissibilidade de valoração como meio de prova de gravações ou fotografias obtidas por particulares. Na sua linha de entendimento, do que se trata é de, após identificar um conflito de interesses em jogo no caso concreto, determinar qual o interesse predominante – isto é, se o direito à palavra ou à imagem do visado ou se o interesse pessoal ou patrimonial ameaçado do particular, bem como o seu direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva, todos eles de natureza constitucional –, no quadro de uma harmonização baseada no princípio da proporcionalidade na sua tripla dimensão (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito), conforme o art. 18.º, n.º 2 da CRP, o qual estabelece que qualquer restrição de direitos fundamentais tem de se limitar ao estritamente necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, impondo, desse modo, «*uma cuidada ponderação no confronto entre a medida da restrição e a dimensão da lesão dos direitos correspondentes*»¹¹⁹.

Em todo o caso, esta não se trata de uma solução totalmente inovadora, pois tem sido a via pela qual a doutrina e a jurisprudência alemães têm optado para admitir a valoração de provas, entre as quais gravações obtidas por particulares, no âmbito da perseguição da criminalidade mais grave, admitindo o sacrifício de direitos fundamentais em nome de um «*interesse punitivo particularmente qualificado*»¹²⁰. Esta orientação recorre a um critério puramente assente na gravidade do delito, segundo o qual, quando esteja em causa um delito grave, deve ser dada primazia ao interesse na realização da justiça, ao passo que, quando esteja em causa um delito de menor gravidade, deve ser dada primazia ao interesse do visado, o que conduz, inevitavelmente, a que uma ponderação de interesses realizada nestes termos se demonstre merecedora de bastantes dúvidas, desde logo, porque implica uma questionável sobrevalorização do interesse punitivo do Estado, acarreta dificuldades significativas na determinação daquilo que se pode considerar como um delito grave, deixa pouco espaço para a admissibilidade da prova no âmbito dos delitos com menor gravidade e, acima de tudo, recorre unicamente ao critério da gravidade do delito, o qual não deve ser mobilizado por si só, mas em conjugação com outros critérios¹²¹.

¹¹⁸ Cfr., além da referida posição da primeira instância firmada no Ac. TRE de 24-04-2012, o Ac. TRP de 10-12-2019 e o Ac. TRE de 29-03-2016.

¹¹⁹ Ac. TRE de 29-03-2016.

¹²⁰ MANUEL COSTA ANDRADE, *Sobre a valoração, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas por particulares*, p. 615.

¹²¹ Sobre esta temática, cfr. MANUEL COSTA ANDRADE, *Sobre a valoração, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas por particulares*, p. 615 e *Sobre as Proibições de Prova em*

Deste modo, nada nos resta senão reconhecer o potencial que o direito de necessidade representa enquanto critério privilegiadamente a mobilizar. Com efeito, não só detém um campo de aplicação mais amplo, permitindo abranger as situações que não podem ser reconduzíveis à legítima defesa por força da falta de verificação dos seus requisitos, mormente, o requisito da atualidade da agressão, como também permite conferir uma maior segurança jurídica e unanimidade nas soluções em comparação com a invocação de uma simples ponderação de interesses, dotada de um pendor extremamente casuístico e discricionário sem critérios objetivamente demarcados, na medida em que se trata de uma causa de justificação legalmente prevista e regulamentada, que, de facto, também abrange uma ponderação de interesses, a levar a cabo com recurso a uma panóplia de critérios com carácter relativamente sedimentado na doutrina e na jurisprudência, mas não se reconduz apenas a isso, estando também condicionada pela verificação de vários requisitos positivados a nível legal que, no fundo, se traduzem numa delimitação das situações que o legislador expressamente entendeu como justificadoras de uma exclusão da ilicitude.

3.2.3. As causas do art. 79.º, n.º 2 do CC por via da unidade da ordem jurídica

Finalmente, especificamente no que concerne à imagem (não havendo nenhuma norma em paralelo aplicável à palavra), além das clássicas causas de justificação próprias do direito penal, importa ainda atender às causas juscivilistas previstas no art. 79.º, n.º 2 do CC, por via do princípio da unidade da ordem jurídica, plasmado no art. 31.º, n.º1 do CP, o qual determina que o facto não é punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade, o que significa que não podem consubstanciar a prática de um crime factos que sejam considerados lícitos à luz de outros ramos do direito, tais como, neste caso, o direito civil¹²².

Ora, o art. 79.º, n.º 2 do CP contém certas constelações relativamente às quais o legislador entendeu que seria de dispensar o consentimento do visado, relevando algumas delas logo ao nível da tipicidade e não apenas ao nível da ilicitude. Assim o é nos casos em que *«a imagem venha enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse*

Processo Penal, pp. 30-42 e FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales em el proceso penal*, pp. 109-111.

¹²² Tal como afirma MERKEL apud HUGO TAVARES, *op. cit.*, p. 207, nota de rodapé 104, *«sempre que uma conduta é, através de uma disposição do direito, imposta ou considerada como autorizada ou permitida, está excluída sem mais a possibilidade de, ao mesmo tempo e com base num preceito penal, ser tida como anti-jurídica e punível. (...) Cada preceito do direito positivo se deve referir aos restantes, deve servir para a integração de todos os outros: cada preceito jurídico pode ser utilizado para a interpretação dos restantes e esta não pode nunca fazer-se de forma que entre eles nasça uma contradição»*.

público ou que hajam ocorrido publicamente», bem como nos casos em que seja relevante a «*notoriedade ou o cargo desempenhado*», o que implica, tal como visto, uma redução da área de tutela típica do direito à imagem. Os demais casos, nomeadamente, quando a desnecessidade de consentimento se justifique por «*exigências de polícia ou de justiça*» ou por «*finalidades científicas, didácticas ou culturais*», apenas relevam em sede de ilicitude¹²³. Neste sentido, tem sido frequente a invocação pela doutrina e pela jurisprudência das causas previstas nesta norma para afastar a tipicidade ou, pelo menos, a ilicitude das fotografias ou filmagens, o que se demonstra bastante ilustrativo com a expressão vulgarmente reproduzida em vários acórdãos em que se afirma que «*Tem sido entendimento da jurisprudência que não constitui crime a obtenção de imagens, mesmo sem consentimento do visado, sempre que exista justa causa para tal procedimento, designadamente quando sejam enquadradas em lugares públicos, visem a protecção de interesses públicos ou hajam ocorrido publicamente. Aliás, o próprio art. 79.º n.º 2 do Cód. Civil prevê a desnecessidade do consentimento da pessoa retratada quando assim justifiquem exigências de polícia ou de justiça, o que, naturalmente, também deverá ser considerado extensível ao direito penal, face à sua natureza fragmentária e ao seu princípio de intervenção mínima*»¹²⁴.

Antes de passarmos especificamente à análise destas duas causas do art. 79.º, n.º 2 do CC (o enquadramento em lugares públicos, ou em factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente, e as exigências de justiça), importa realizar uma breve nota. Se olharmos à letra do art. 79.º CC, o mesmo apenas reputa como ilícita a exposição, reprodução ou lançamento no comércio, parecendo, conseqüentemente, limitar as causas previstas no n.º 2 à conduta de utilização da imagem, pelo que haverá de se questionar se estas também podem ser invocadas relativamente à conduta de captação da imagem, o que não é, de todo, irrelevante porque a maior parte dos acórdãos recorre a estes critérios para afastar a ilicitude (ou a tipicidade) da própria conduta de obtenção das fotografias/filmagens. No entanto, tal como afirma HUGO TAVARES apoiado no entendimento de CAPELO DE SOUSA «*dever-se-á considerar igualmente ilícito o acto de retratar a pessoa, quando não existe o seu consentimento, uma vez que, da mesma forma que alguém não deve expor publicamente a imagem de outrem, não deverá ser possibilitada a disponibilização isolada da imagem do visado a terceiro, ainda que permaneça num círculo reservado. A captação da imagem não*

¹²³ MANUEL COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, Tomo I, p. 1215.

¹²⁴ Apelando às causas do art. 79.º, n.º 2 do CC, v.g., entre outros, Ac. TRP de 14-10-2009, Ac. TRP de 03-02-2010, Ac. TRP de 23-10-2013, Ac. TRE de 24-04-2012, Ac. STJ de 28-09-2011, Ac. TRL de 10-05-2016 e Ac. TRG de 17-04-2023.

consentida, apesar de ser para utilização individual, não deixa de implicar uma cedência subjectiva e uma conservação imagética individualizante, embora as repercussões sociais não tenham o mesmo alcance quando se verifica a sua reprodução»¹²⁵, o que faz com que as causas previstas no n.º 2 também possam ser invocadas relativamente à conduta de obtenção das fotografias ou filmagens.

Posto isto, poderá então ser invocado como critério para afastar a tipicidade da captação da imagem, bem como da sua posterior utilização, sem consentimento do visado (*rectius*, contra a sua vontade, tal como dispõe o art. 199.º do CP), o enquadramento em lugar público, ou em factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente, levando a que, por esta via, as fotografias ou filmagens possam ser valoradas como meio de prova no processo penal. Ainda que este critério seja frequentemente invocado pela jurisprudência no âmbito da captação de imagens por sistemas de videovigilância instalados por particulares em incumprimento das formalidades previstas nos regimes habilitantes – com efeito, a grande maioria das decisões analisadas versam sobre a admissibilidade como meio de prova de filmagens captadas por sistemas de videovigilância instalados sem autorização concedida pela CNPD, que era uma formalidade imposta pela antiga LGPD e que veio a ser eliminada com a entrada em vigor da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto que transpõe o RGPD (Regulamento (UE) 2016/679) –, entendemos que o mesmo pode ser mobilizado para os demais casos de fotografias ou filmagens documentadoras da prática de factos com relevância criminal obtidas por particulares. Basta pensarmos no caso de uma fotografia ou filmagem realizada por um turista que se encontrava a fotografar ou a filmar, através do telemóvel ou de uma câmara, um monumento num local público e que, de forma meramente ocasional, acaba por documentar a prática de uma infração criminal por parte de um sujeito.

Certo é que, atenta a expressão «*vier enquadrada*», esta causa só pode ser invocada na medida em que «*a imagem da pessoa resulte inequivocamente integrada na “imagem” daqueles espaços ou eventos e neles se dissolva*», o que «*já será diferente à medida que o destaque concedido à imagem pessoal resultar em individualização e subtracção (não querida) ao anonimato*»¹²⁶, pelo que nos distanciamos de alguma jurisprudência que parece considerar como suficiente que a imagem do visado tenha sido captada num local público. Retomando o exemplo anterior do turista com os exatos contornos apresentados, parece-nos efetivamente possível a mobilização deste critério nesse caso, na medida em que se pode

¹²⁵ HUGO TAVARES, *op. cit.*, p. 209.

¹²⁶ MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 1215. Também neste sentido, cfr. HUGO TAVARES, *op. cit.*, p. 214.

afirmar que a imagem do sujeito infrator surgiu integrada num ambiente global e sem qualquer destaque individualizante, mas a conclusão a chegar já seria diferente se, ainda que exatamente naquele local público e ainda que no meio da dinâmica de uma multidão, a imagem do sujeito surgisse de forma individualizada e nitidamente destacada em relação ao contexto onde se encontrava inserida, o que conduziria à impossibilidade de mobilização deste critério nesta última hipótese.

Noutro prisma, o art. 79.º, n.º 2 CC também dispensa o consentimento do visado nos casos em que tal se justifique por exigências de justiça. Tratando-se de uma causa aparentemente relacionada com finalidades típicas do processo penal, podíamos ser levados a concluir imediatamente que esta seria a causa mais adequada para aplicar aos casos objeto do nosso estudo, intimamente relacionados com a necessidade de fazer prova sobre a prática de factos com relevância penal. Mas a verdade é que a sua mobilização enquanto causa adequada para excluir a ilicitude das fotografias ou filmagens e, consequentemente, tornar admissível a sua valoração como meio de prova no processo penal, tem sido uma questão controvertida na doutrina e na jurisprudência, refletida na relevância dos interesses típicos do processo penal na determinação da (i)licitude material pressuposta no art. 167.º do CPP.

Por um lado, e nos termos já mencionados supra, alguma doutrina e um segmento minoritário da jurisprudência entendem que o art. 167.º, n.º 1 do CPP, ao fazer depender a admissibilidade no processo penal das reproduções mecânicas da sua não ilicitude à luz do direito penal, já incorpora em si uma ponderação de interesses entre a realização da justiça e o direito à imagem, concluindo pela prevalência deste último. Na medida em que isto significa uma opção clara do legislador em não conferir relevância suficiente aos interesses típicos do processo penal para afastar o caráter ilícito das fotografias, então as exigências de justiça não podem ser consideradas como critério adequado para afastar a ilicitude da produção e utilização arbitrárias das fotografias. Deste modo, a compatibilização do art. 167.º, n.º 1 do CPP com o art. 79.º, n.º 2 do CC deve ser feita mediante uma interpretação restritiva, devendo este último preceito, no que concerne às exigências de justiça, ser interpretado sem prejuízo do art. 167.º, n.º 1 do CPP com aquele sentido e alcance, ficando o seu conteúdo útil limitado ao campo do processo civil, onde já será possível a sua mobilização como critério para legitimar a produção e valoração arbitrárias das fotografias (v.g. em ações de divórcio). A não ser assim, isto é, se as exigências de justiça, concretizadas no mero propósito de carrear prova para o processo penal e prosseguir a verdade material, por si só fossem suficientes para justificar a produção e utilização arbitrárias das fotografias, então não haveria qualquer necessidade de limitar os meios de prova legalmente admissíveis,

nomeadamente através do art. 167.º do CPP, porque toda a prova seria utilizável porquanto orientada à descoberta da verdade material¹²⁷.

Por outro lado, a jurisprudência maioritária afasta esta interpretação com base no entendimento de que a realização da justiça realmente não tem, por si só, relevância bastante para excluir a ilicitude das fotografias, mas já o tem através da mediação do art. 79.º, n.º 2 do CC na parte referente às exigências de justiça enquanto causa de exclusão da ilicitude, não entendendo em que medida é que se pode concluir que o art. 167.º, n.º 1 do CPP restringe o alcance desta norma, uma vez que o mesmo simplesmente manda atender à (i)licitude penal para determinar a admissibilidade da fotografia como meio de prova, mas não determina em que condições é que a obtenção ou utilização da fotografia é ou não penalmente ilícita, designadamente, afirmando que a exclusão da ilicitude não pode ser realizada por exigências de justiça. Assim, ao passo que o art. 167.º, n.º 1 do CPP tem a finalidade de afastar a admissibilidade de valoração das fotografias ilícitas, o art. 79.º, n.º 2 do CC intervém precisamente para determinação dessa (i)licitude, ao fazer operar a exclusão da ilicitude das fotografias quando tal se justifique por exigências de justiça¹²⁸.

A nosso ver, a solução mais acertada passa pela adoção de uma posição intermédia, de onde resulta que não deve ser negada relevância às exigências de justiça, mas também não deve ser afirmada a sua aplicação automática. Com base nestes pressupostos, a interpretação do art. 79.º, n.º 2 do CC, no que concerne às «*exigências de justiça*», deve ser feita com base na consideração de particulares e acrescidas exigências de justiça e não apenas quando esteja em causa a simples realização da justiça ou de outros interesses típicos do processo penal, o que implica, naturalmente, que sejam sopesados os critérios inerentes ao princípio da proporcionalidade na sua tripla dimensão (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), nos termos do art. 18.º, n.º 2 da CRP. Com isto queremos deixar frisado que as exigências de justiça, como critério a mobilizar para arredar a ilicitude, não podem valer por si só, mas apenas no quadro das exigências do princípio da proporcionalidade, enquanto reportadas às situações em que se possa concluir que as fotografias, nos termos em que foram obtidas e/ou utilizadas, são adequadas e necessárias para a afirmação do interesse na realização da justiça e no exercício do poder punitivo estadual, bem como se possa afirmar a sua proporcionalidade face a todos os interesses em jogo, em termos de onde resulte a

¹²⁷ MANUEL COSTA ANDRADE, op. cit., pp. 1227-1228 e Ac. TRC de 01-07-2009.

¹²⁸ Cfr. Ac. TRE de 24-04-2012.

menor valia do interesse na tutela da imagem do visado, ao ponto de o seu sacrifício não se demonstrar desproporcionado¹²⁹.

4. Posição adotada

Uma vez feita a excursão pelo caminho que tem sido percorrido pela doutrina e pela jurisprudência no sentido da procura de uma solução para a problemática da admissibilidade como meio de prova em processo penal das gravações e fotografias obtidas por particulares, finalmente chegámos ao momento em que nos debruçaremos sobre uma tomada de posição, a qual irá incidir, fundamentalmente, sobre três aspetos que, uma vez conjugados, permitem alcançar aquilo que, na nossa perspetiva, representa o tratamento dogmaticamente mais adequado desta problemática. Desta feita, procuraremos frisar, em primeiro lugar, a necessidade de afastamento do carácter ilícito das gravações e fotografias, tanto ao nível da conduta de obtenção, como ao nível da conduta de utilização, atenta a dualidade de condutas típicas previstas no art. 199.º do CP, passando depois por eleger o critério que deve merecer mobilização preferencial, e, finalmente, colmataremos a nossa exposição com a rejeição da tendência de admissibilidade automática como meio de prova das gravações e fotografias penalmente lícitas.

Posto isto, e tal como já temos vindo a deixar bem claro, o ponto de partida para a construção de uma solução passa, incontornavelmente, por força da remissão do art. 167.º, n.º 1 do CPP, pela apreciação da (i)licitude das gravações ou fotografias à luz do direito penal substantivo, maxime, à luz do art. 199.º do CP, de onde resulta expressamente uma dualidade de condutas típicas, onde não só é punida a conduta de obtenção das gravações e fotografias/filmes, mas também a conduta de utilização das mesmas, em cujo âmbito paradigmaticamente se integra a sua utilização como meio de prova no processo penal, ainda que, a seu tempo, tenham sido lícitamente obtidas.

Daqui resulta, assim, que a apreciação da (i)licitude das gravações ou fotografias à luz do art. 199.º do CP, para efeitos do art. 167.º, n.º 1 do CPP, tem de ser feita enquanto reportada, numa primeira fase, à conduta de obtenção das gravações ou fotografias e, numa segunda fase, à conduta de utilização das mesmas. De facto, não se pode considerar suficiente a conclusão sobre a (i)licitude das gravações ou fotografias que tenha incidido apenas sobre a conduta de obtenção, pois, o juízo de (i)licitude realizado sobre esta não se

¹²⁹ Neste sentido, TIAGO CAIADO MILHEIRO, *op. cit.*, p. 541, posição da primeira instância firmada no Ac. TRE de 24-04-2012 e Ac. TRL de 03-05-2006.

comunica necessariamente à conduta de utilização, a qual se encontra dependente de um autónomo e renovado juízo de (i)licitude, uma vez que, tal como afirma COSTA ANDRADE, «a utilização configura, só por si, uma forma autónoma e nova de danosidade social típica como atentado ao direito à palavra ou à imagem, tenha a produção sido ou não realizada de forma tipicamente relevante»¹³⁰.

Tanto mais se se tiver em consideração que, no plano da exclusão da ilicitude por intervenção de causas de justificação, pode acontecer que causas eventualmente válidas para a conduta de obtenção podem não se prolongar para a conduta de utilização e, inversamente, podem surgir causas no momento da conduta de utilização que não existiam no momento da conduta de obtenção, o que permite desencadear, nas palavras de COSTA ANDRADE, a existência de «soluções assimétricas de ilicitude/justificação»¹³¹, em que uma gravação licitamente produzida pode não ser licitamente utilizada, bem como, no sentido inverso, uma gravação ilicitamente obtida pode ser licitamente utilizada. Ou mesmo até, e logo no plano da tipicidade, pode acontecer que as gravações ou fotografias tenham sido obtidas com consentimento/sem a contrariedade da vontade do visado, mas depois essa concordância já não exista no momento da utilização (e que é o que se sucede as mais das vezes).

Deste modo, no sentido de abrir caminho à admissibilidade de valoração das gravações ou fotografias como meio de prova, este pensamento conduz, consequentemente, a que tenha de se procurar afastar a tipicidade ou, pelo menos, a ilicitude, no que respeita tanto à conduta de obtenção, como no que respeita à conduta de utilização¹³². O que significa que, aquando da mobilização de uma qualquer causa de exclusão da tipicidade ou da ilicitude, importa sempre ter a cautela de verificar se a mesma é suscetível de afastar a danosidade em relação a ambas as condutas típicas. Se isto não acarreta quaisquer problemas no que respeita à invocação da redução teleológica do tipo de sentido vitimodogmático, uma vez que os motivos que justificam a exclusão da relevância típica da conduta de obtenção (a perda da dignidade de penal do direito à imagem daquele que pratica um ilícito penal), por maioria de razão, devem comunicar-se à conduta de utilização, assim também excluindo a sua relevância típica, o mesmo já não se pode afirmar relativamente à invocação das causas de exclusão da ilicitude, cuja comunicabilidade entre a conduta da obtenção e a conduta da

¹³⁰ MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 1225.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² Também neste sentido, MANUEL COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial* – Tomo I, p. 1225 e *Sobre a valoração, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas por particulares*, pp. 617-622, JOSÉ SANTOS CABRAL, *op. cit.*, pp. 656-658, CATIUCE BARIN, *op. cit.*, p. 257 e SÉRGIO PENA, *Os Produtos da Videovigilância como Meio de Prova em Processo Penal*, pp. 114-116.

utilização se encontra dependente da inalteração da situação, ao ponto de permanecerem verificados em ambos os momentos todos os requisitos de que depende a sua aplicação.

Nestes casos, os verdadeiros problemas colocam-se quando, entre a obtenção da gravação ou fotografia e a sua posterior utilização (nomeadamente, como meio de prova no processo penal), se verifica uma alteração da situação que determina que a causa de justificação existente no primeiro momento deixe de subsistir no segundo momento, o que pode acontecer paradigmaticamente no caso da obtenção de uma gravação ou fotografia que tenha sido justificada por legítima defesa, mas cuja utilização já não o possa ser por entretanto ter deixado de subsistir a atualidade da agressão. Nestes casos, a solução terá de passar pela procura de uma nova e diversa causa de justificação para fazer arredar a ilicitude da conduta da utilização, sendo certo que, concluindo-se pela impossibilidade de invocação de uma qualquer causa de justificação bastante neste momento, então a conduta de utilização da gravação ou fotografia não deixa de configurar um ilícito à luz do art. 199.º CP, fazendo cominar a proibição de valoração resultante do art. 167.º, n.º 1 do CPP¹³³.

Fica, deste modo, deixada a descoberto a necessidade de se proceder à elaboração de distintos juízos de (i)licitude reportados, quer à conduta de obtenção das gravações ou fotografias, quer à conduta de utilização das mesmas, podendo mesmo colocar-se a tónica nesta última, uma vez que o que está em causa é, precisamente, averiguar se as gravações ou fotografias obtidas por particulares podem ser utilizadas como prova no processo penal. De facto, sentiu-se a necessidade de frisar bem este aspeto, pois, ainda que a jurisprudência mais recente¹³⁴ já tenha vindo a ser mais cautelosa, ao procurar arredar o carácter ilícito das gravações ou fotografias ao nível de ambas as condutas típicas para concluir pela admissibilidade da sua valoração como meio de prova no processo, a verdade é que verificámos que, grande parte da jurisprudência, principalmente a mais antiga, se limitou a arredar o carácter ilícito das gravações ou fotografias somente ao nível da obtenção, realizando, deste modo, uma análise que, a nosso ver, e pelos motivos expostos, se demonstra incompleta e descuidada.

No que respeita agora especificamente ao critério que, por nossa parte, deve merecer uma mobilização preferencial para fazer arredar o carácter ilícito das gravações ou fotografias pressuposto no art. 167.º, n.º 1 do CPP, acompanhamos a jurisprudência e a doutrina

¹³³ MANUEL COSTA ANDRADE, *Sobre a valoração, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas por particulares*, pp. 620-622 e CATIUCE BARIN, *op. cit.*, p. 257.

¹³⁴ Neste sentido, cfr. Ac. TRL de 28-05-2009, Ac. TRE de 13-11-2011, Ac. TRE de 24-04-2012, Ac. TRP de 23-10-2013, Ac. TRE de 29-03-2016, Ac. TRL de 10-05-2016, Ac. TRC de 20-09-2017, Ac. TRE de 22-11-2018, Ac. TRP de 10-12-2019 e Ac. STJ de 28-04-2022.

maioritária que encontra o enquadramento do problema em sede de exclusão da ilicitude por via das causas de justificação. Assim, entendemos que deve ser postergada a redução teleológica do tipo que opera logo ao nível da tipicidade, não só porque o preenchimento do tipo do art. 199.º do CP se basta com a mera captação ou utilização da imagem ou da palavra, sem consentimento/contra a vontade do visado, independentemente do modo em que se concretiza a imagem ou a palavra, fazendo com que, ao nível do tipo, não seja relevante se as mesmas materializem a prática de um crime, mas também, e fundamentalmente, porque nos parece demasiado excessivo negar um mínimo de dignidade penal à imagem e à palavra nestes casos, ao ponto de a sua lesão nem sequer preencher o patamar da tipicidade. Nestes termos, a conduta do particular – da vítima ou de um terceiro – consistente na obtenção de gravações ou fotografias e/ou na sua posterior utilização sem concordância do visado é típica, o que não significa uma conclusão definitiva pela verificação da prática de um crime, pois o seu afastamento operará por força da intervenção de uma causa de justificação cujos requisitos se encontrem verificados.

Já não se revelando uma surpresa a este ponto, uma vez que disso já demos conta anteriormente, entendemos que o direito de necessidade constitui a causa de justificação que detém as maiores potencialidades de aplicação aos casos objeto do nosso estudo, devendo ser este o critério preferencialmente a mobilizar, sempre que se possa concluir pela verificação de todos os seus requisitos, não só porque, e numa súmula das considerações já efetuadas anteriormente a propósito da análise do direito de necessidade para as quais importa remeter, detém um campo de aplicação mais amplo do que a legítima defesa, cuja aplicação se encontra deveras condicionada pelo requisito da atualidade, mas também porque permite uma maior segurança jurídica e unanimidade nas soluções face a uma simples ponderação de interesses, uma vez que constitui uma causa de justificação legalmente regulamentada que engloba em si, além dos demais requisitos legais, uma própria ponderação de interesses. Por seu turno, no que toca às causas juscivilistas do art. 79.º, n.º 2 do CC relativas à imagem, ainda que possamos reconhecer o seu potencial de aplicação quando interpretadas nos termos propostos, continuamos a assinalar uma preferência pelo direito de necessidade, uma vez que, por um lado, a causa concretizada no enquadramento em lugares públicos, ou em factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente contém o seu âmbito de aplicação restringido às situações em que a imagem do visado surja inequivocamente enquadrada, não sendo suficiente o simples facto de ter sido captada em local público, e, por outro lado, a causa concretizada nas exigências de justiça apresenta um carácter estritamente processual ao assentar exclusivamente na necessidade acentuada de

satisfação de interesses típicos do processo penal, que são interesses que, de facto, podem ser tidos em conta na ponderação de interesses subjacentes ao direito de necessidade, mas ao lado de outros interesses, tais como o próprio direito pessoal ou patrimonial da vítima que esteja a ser sacrificado.

Importante é que, e tal como frisado, se verifique se o direito de necessidade é suscetível de afastar a ilicitude da conduta de obtenção das gravações ou fotografias, bem como, a conduta de utilização, pois só assim é que se pode efetivamente concluir pela licitude das gravações ou fotografias, pressuposta pelo art. 167.º, n.º 1 do CPP, para efeitos da sua admissibilidade como meio de prova no processo penal. Nos casos em a vítima recorre à gravação ou à captação da imagem para afastar um perigo atual que não foi sustido nesse momento, procurando a mesma a sua cessação definitiva através da posterior utilização das gravações ou fotografias obtidas como meio de prova, não há dúvidas de que, na medida em que ainda se pode afirmar a subsistência do requisito da atualidade do perigo, o direito de necessidade que surgiu no primeiro momento continua a existir neste segundo momento.

Mas onde os problemas se podem colocar é nas situações em que a vítima recorre à gravação ou captação da imagem para afastar um perigo atual que acaba por cessar nesse exato momento, pelo que o fim subjacente à conduta de utilização, nomeadamente, como meio de prova em processo penal daquelas gravações ou fotografias, já não é fazer cessar um perigo atual, uma vez que o mesmo já foi sustido no momento da obtenção, mas sim garantir a perseguição criminal do agressor. Nestes casos, pode afirmar-se, de facto, que a conduta de obtenção se encontra justificada pelo direito de necessidade, uma vez que visou afastar um perigo atual, mas já não nos parece possível invocar novamente o direito de necessidade para justificar a conduta de utilização, visto que aqui dificilmente se pode afirmar a existência de um perigo atual. Ao mesmo tempo, parece-nos materialmente injusto que nestes casos, que, na verdade, são aqueles que surgem com maior frequência, fique impossibilitado o afastamento da exclusão da ilicitude da conduta de utilização, acarretando a drástica consequência da impossibilidade de utilização daquelas gravações ou fotografias como meio de prova, por força do funcionamento da proibição de valoração de gravações ou fotografias penalmente ilícitas resultante do art. 167.º, n.º 1 do CPP.

No sentido de determinar a exclusão da ilicitude da conduta de utilização das gravações ou fotografias, parece-nos possível apelar neste tipo de casos a um estado de necessidade probatório, *«Fundamentado no facto de a tutela efetiva do direito do particular, que viu justificada a sua atuação no quadro do estado de necessidade (no contexto primário da captação), exigir, para ser consequente, que a imagem que obteve possa ser depois utilizada*

e que o perigo atual (pressuposto do estado de necessidade) se verificaria pelo perigo concreto de reiteração dos atos lesivos da propriedade já anteriormente verificados»¹³⁵. Foi precisamente neste sentido que decidiu o tribunal a quo do Ac. TRE de 24-04-2012, ao dispor que «Sem embargo, poderia ainda falar-se de um quase estado de necessidade probatório, nos moldes reportados a propósito da recolha da imagem, ao menos quando se admite que os respectivos requisitos devem valer em termos adaptados às novas realidades para que os institutos não foram tradicionalmente pensados, e levando em conta, no quadro supra referido, que a tutela efectiva do particular, que viu justificada a sua actuação no quadro do estado de necessidade, exige, para ser, consequente, que a imagem que obteve possa ser depois efectivamente utilizada», bem como, o Ac. TRE de 29-03-2016, ao dispor que «Mesmo a entender-se que a finalidade, comum, de filmar a materialidade e autoria do crime e de utilizar posteriormente o vídeo como prova do facto, não constitui fundamento de atipicidade da conduta da assistente relativamente ao tipo legal de Gravações e fotografias ilícitas previsto no artigo 199.º do C.Penal, sempre se mostra excluída a ilicitude no caso concreto por se considerar ter a assistente agido ao abrigo do direito de necessidade previsto no artigo 34.º do C.Penal, o que vale tanto para a obtenção do vídeo como para a sua posterior utilização no presente processo, pois esta utilização constitui a concretização daquele mesmo fim».

Aqui chegados, é nossa intenção agora enfatizar que, independentemente da via que se opte, a conclusão pela presença de gravações ou fotografias atípicas ou lícitas não tem como consequência a sua admissibilidade automática no processo penal. E parece ser esta, efetivamente, a abordagem que tem sido realizada pela jurisprudência maioritária (ou mesmo quase na sua totalidade), a qual tem concluído automaticamente pela admissibilidade das gravações ou fotografias no processo penal, uma vez ultrapassada a questão da (i)licitude penal substantiva. Mas a verdade é que, na nossa perspetiva, tal não constitui um tratamento adequado da questão, podendo até gerar um enfraquecimento das soluções alcançadas no sentido da admissibilidade deste tipo de meios de prova.

Com efeito, na linha do entendimento de TIAGO CAIADO MILHEIRO¹³⁶, o que o art. 167.º, n.º 1 do CPP consagra é a condição prévia e necessária para que uma gravação ou fotografia seja admissível como meio de prova – que reside na circunstância de a mesma não configurar um ilícito típico à luz do direito penal substantivo –, o que não significa que constitua condição suficiente para que venha efetivamente a ser admitida. Uma vez superado

¹³⁵ SÉRGIO PENA, *op. cit.*, p. 115, nota de rodapé 74.

¹³⁶ TIAGO CAIADO MILHEIRO, *op. cit.*, pp. 532-534.

o problema da eventualidade da conduta de obtenção ou utilização da gravação ou fotografia configurar a prática de um crime à luz do art. 199.º do CP, mediante o recurso à mobilização de uma causa de exclusão da tipicidade ou da ilicitude (na nossa perspetiva, com mobilização preferencial do direito de necessidade), encontramos-nos em condições de afirmar que essa gravação ou fotografia é preliminarmente admissível como meio de prova. Mas para que se possa definitivamente concluir que a mesma deve ser admitida, importa, nesta fase, elaborar, à luz dos contornos do caso concreto, um juízo valorativo respaldado nos valores e regras próprias do processo penal inerentes à temática da prova, nomeadamente, à luz dos critérios gerais de admissibilidade da prova (onde há de se analisar o próprio conteúdo das gravações ou fotografias e a sua adequação probatória face ao objeto do processo; a sua necessidade face à (i)nexistência de outros meios de prova, ou mesmo face à insuficiência dos outros meios de prova para um cabal esclarecimento dos factos; bem como, a sua tempestividade e eventual carácter dilatório), mas também à luz das regras próprias das proibições de prova (onde há de se apurar a eventualidade de as gravações ou fotografias constituírem uma violação de outras normas de proibições de prova, v.g. o art. 126.º do CPP, de onde ressalta a proibição de utilização de métodos enganosos)¹³⁷.

Neste sentido, distanciamo-nos do Ac. TRE de 29-03-2016 que entende que *«não se vê motivo para afastar a admissibilidade de princípio da valoração das gravações lícitas, como reverso da proibição da valoração das fotografias ou filmes ilícitos contida no art. 167.º do CPP, quer tal licitude resulte de não ser penalmente típico o comportamento em causa, quer de ser-lhe aplicável causa de justificação legalmente prevista»*. A nosso ver, e tal como já deixámos frisado anteriormente, a interpretação correta do art. 167.º, n.º 1 do CPP impõe que apenas se possa afirmar que dele resulta diretamente uma inadmissibilidade de princípio da valoração no processo penal das reproduções mecânicas penalmente ilícitas¹³⁸. Por seu turno, a admissibilidade das reproduções mecânicas penalmente lícitas fica ainda dependente de um juízo valorativo de carácter processual, nomeadamente, à luz dos critérios gerais de admissibilidade da prova e das regras próprias das proibições de prova, dado que, não obstante o papel crucial assumido neste domínio pelo direito penal substantivo, decorrente da remissão do art. 167.º, n.º 1 do CPP, não se pode olvidar que em causa está matéria probatória e, portanto, matéria de matriz inegavelmente processual a impor, nesta segunda fase, uma consideração da axiologia própria do processo penal vigente nesse domínio.

¹³⁷ *Ibidem*, pp. 532-533.

¹³⁸ Também neste sentido, MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, pp. 617-618, MARGARIDA MARTINS, *op. cit.*, pp. 6-7 e FERNANDO GAMA LOBO, *op. cit.*, p. 318.

Tudo ponderado, cremos que somente a passagem minuciosa por todos estes aspetos é suscetível de potenciar a construção de uma linha orientadora para a elaboração de um tratamento metodicamente preciso e rigoroso desta problemática relativa à admissibilidade como meio de prova das gravações ou fotografias obtidas por particulares, assim se permitindo que sejam colmatadas as imperfeições que se têm vindo a evidenciar nas soluções alcançadas por força da natural pressão sentida quanto à necessidade de aceitação deste tipo de prova atenta a sua intrínseca aptidão probatória.

Conclusões

Tendo em vista a realização de um balanço final, pode concluir-se que a realização do estágio curricular se demonstrou uma experiência enriquecedora, com uma grande variedade de contribuições significativas para a construção de um percurso académico e profissional mais enriquecido, não só porque permitiu, através das atividades desenvolvidas ao longo do seu decurso, a aquisição e consolidação de conhecimentos, como também a perspetivação de todo o desenrolar do processo penal na prática judiciária. Mas além disto, e acima de tudo, permitiu perceber alguns problemas jurídicos com que os tribunais podem ser colocados na prática enquanto principais aplicadores do direito, assim fazendo surgir o tema escolhido para a investigação que se realizou e de onde se pode retirar as seguintes conclusões:

1. Na sequência de um fenómeno designado por «*privatização da investigação*», os particulares têm vindo, cada vez mais, a prosseguir atividades de obtenção de prova, num quadro que desconhece qualquer regulamentação legal específica, o que se pode demonstrar particularmente alarmante se se tiver em linha de conta que, não raras as vezes, as provas são obtidas ilicitamente, como resultado de uma abusiva intromissão na esfera dos direitos fundamentais dos visados.

2. Atenta a potencialidade de devassa que a sua atividade de obtenção de prova pode representar para os direitos fundamentais dos visados, deve considerar-se que os particulares também se encontram sujeitos às proibições de prova. No que toca aos termos em que ocorre essa sujeição dos particulares ao regime das proibições, deve entender-se que os mesmos, ao nível das proibições de produção de prova, se encontram limitados apenas pelo respeito à lei penal substantiva, devido ao facto de as normas processuais de proibições de produção de prova terem como destinatários naturais as instâncias formais de controlo, mas depois, ao nível das normas processuais de proibições de valoração de prova, já tem de se considerar também aqueles como seus destinatários.

3. No que concerne especificamente a gravações e fotografias obtidas por particulares que documentem a prática de factos com relevância criminal, é o art. 167.º, n.º1 do CPP que surge como ponto de partida para a questão da admissibilidade da sua valoração como meio de prova no processo penal, consagrando expressamente uma proibição de valoração de prova, que tem, como destinatários, as instâncias formais de controlo, os terceiros que atuem sob direção e às ordens destas, os sujeitos processuais e os «particulares *stricto sensu*».

4. O legislador optou, no art. 167.º, n.º 1 do CPP, por recorrer ao «*critério da ilicitude penal substantiva*», fazendo depender a admissibilidade de valoração como meio de prova no processo penal das gravações e fotografias (e demais reproduções mecânicas) da sua não ilicitude à luz da lei penal substantiva, nomeadamente, entre outros, à luz do art. 199.º do CP, enquanto preceito que contém duas incriminações autónomas, o crime de gravações ilícitas e o crime de fotografias ilícitas, orientadas à tutela dos bens jurídicos, em primeira linha, colocados em causa por aquelas: a palavra e a imagem.

5. Da conjugação destes dois preceitos resulta, então, que as gravações e fotografias obtidas e carreadas para o processo por particulares, na medida em que sejam consideradas ilícitas à luz do art. 199.º do CP, estão legalmente impossibilitadas de servir como prova no processo penal, por força da incontornável proibição de valoração que sobre elas recai, nos termos do art. 167.º, n.º 1 do CPP. No entanto, torna-se inegável que esta cominação pode conduzir a resultados irrazoáveis quando aplicada aos casos típicos em que uma vítima ou um terceiro recorrem, sem a concordância do visado, à realização de uma gravação ou à captação de uma fotografia/filme para documentarem a prática de um crime e utilizarem as respetivas gravações ou fotografias como meio de prova no processo penal.

6. Tendo precisamente em vista contornar a rigidez da solução resultante da aplicação linear do art. 167.º, n.º 1 do CPP, a doutrina e a jurisprudência têm vindo a mobilizar alguns critérios no sentido de afastar o carácter ilícito das gravações ou fotografias, e bem assim, tornar admissível a sua valoração no processo penal. Neste quadro, podemos reconduzi-los a dois grandes grupos: ao nível da exclusão da tipicidade, podemos enquadrar o acordo e a redução teleológica do tipo de sentido vitimodogmático; ao nível da exclusão da ilicitude, podemos enquadrar as clássicas causas de justificação do direito penal, tais como, a legítima defesa e o direito de necessidade, mas também as causas juscivilistas previstas no art. 79.º, n.º 2 do CC, invocadas por via da unidade da ordem jurídica. Em todo o caso, é possível afirmar a existência de uma preferência generalizada pela via da exclusão da ilicitude, com recurso às causas de justificação.

7. Para que se possa realmente efetuar um tratamento dogmaticamente adequado desta problemática, torna-se necessário passar, de forma clara e rigorosa, por três aspetos fundamentais: (1) afastamento do carácter ilícito das gravações e fotografias tanto ao nível da conduta de obtenção, como ao nível da conduta de utilização; (2) eleição de um critério que deve merecer mobilização preferencial; (3) rejeição da admissibilidade automática como meio de prova das gravações e fotografias penalmente lícitas.

8. A apreciação da (i)licitude das gravações ou fotografias à luz do art. 199.º do CP, para efeitos do art. 167.º, n.º 1 do CPP, implica a elaboração de distintos e renovados juízos de (i)licitude reportados, quer à conduta de obtenção das gravações ou fotografias, quer à conduta de utilização das mesmas, atenta a dualidade de condutas típicas previstas no art. 199.º do CP. O que significa que, no sentido de abrir caminho à admissibilidade da sua valoração como meio de prova no processo penal, importa que se procure afastar a tipicidade ou, pelo menos, a ilicitude, tanto no que respeita à conduta de obtenção, como no que respeita à conduta de utilização.

9. Indo de encontro com a posição adotada pela doutrina e jurisprudência maioritárias, a solução para fazer arredar o carácter ilícito das gravações ou fotografias, nos casos em que não haja concordância por parte do visado, deve ser encontrada ao nível da exclusão da ilicitude por via das causas de justificação.

10. É o direito de necessidade que, nesta sede, deve ser preferencialmente mobilizado, enquanto clássica causa de justificação legalmente regulamentada e dotada de um campo de aplicação mais amplo, desde que se possa concluir que o mesmo é suscetível de afastar a danosidade de ambas as condutas típicas do art. 199.º do CP. Já nos casos em que não se possa invocar o direito de necessidade quanto à conduta de utilização destinada somente a fazer prova em processo penal contra o agressor, por força das dificuldades manifestadas quanto à afirmação da atualidade do perigo, ainda assim deve considerar-se justificada a conduta de utilização, por apelo a um estado de necessidade probatório.

11. Por fim, ainda que tenha sido afastado o carácter ilícito das gravações ou fotografias, tal não significa uma admissibilidade automática da sua valoração como meio de prova no processo penal, dado que a interpretação correta do art. 167.º, n.º 1 do CPP impõe que apenas se possa afirmar que dele resulta diretamente uma inadmissibilidade de princípio de valoração no processo penal das reproduções mecânicas penalmente ilícitas. Por seu turno, deve considerar-se que a admissibilidade das gravações penalmente lícitas ainda se encontra dependente de um juízo valorativo de carácter processual, à luz dos critérios gerais de admissibilidade da prova e das regras próprias das proibições de prova.

Bibliografia

AGUILAR, Francisco, *A Destrinça Tipológica entre Prova Defensiva e Prova Ofensiva em Sede de Proibições de Prova em Processo Penal*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 28, n.º 2, maio-agosto, Coimbra: Instituto de Direito Penal Europeu e Económico, 2018, pp. 279-318;

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

ALBURQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.^a edição, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021;

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, pp. 119-145;

ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, 2.^a edição, Coimbra: Gestlegal, 2022;

ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre a valorização, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas por particulares*, in: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, Vol. I, Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1984, pp. 547-622;

ANDRADE, Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6.^a edição, Coimbra: Edições Almedina, 2019;

BARIN, Catiuce Ribas, *A Valoração das Gravações de Áudio Produzidas por Particulares como Prova no Processo Penal*, in: Revista de Concorrência e Regulação, Ano IV, n.º 16, outubro-dezembro, Coimbra: Edições Almedina, 2013, pp. 245-294;

BELEZA, Teresa Pizarro, *“Tão amigos que nós éramos”: o valor probatório do depoimento de co-arguido no Processo Penal Português*, in: Revista do Ministério Público, Ano 19, n.º 74, abril-junho, 1998, pp. 39-60;

BUBANY, Charles P. e COCKERELL, Perry J., *Excluding Criminal Evidence Texas-Style: Can private searches poison the fruit?*, in: *Texas Tech Law Review*, Vol. 12, n.º 3, pp. 611-634;

CONDE, Francisco Muñoz, *Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales em el proceso penal*, in: *Revista Penal*, N.º 14, Madrid, 2004, pp. 92-123;

COSTA, José Neves da, *Do Aproveitamento em Processo Penal das Provas Ilicitamente Obtidas por Particulares*, in: *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano IV, n.º 16, outubro-dezembro, Coimbra: Edições Almedina, 2013, pp. 295-344.

COSTA, José Neves da, *Provas Ilicitamente Obtidas por Particulares*, in: *Prova Penal Teórica e Prática*, coord. Paulo de Sousa Mendes e Rui Soares Pereira, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 159-193;

CUNHA, José M. Damião da, *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira: a Lei n.º 5/2022, de 11 de janeiro de 2002*, Porto: Universidade Católica Editora, 2017, pp. 105-111;

DIAS, Jorge de Figueiredo (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte especial*, Tomo I – Artigos 131º a 201º, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012;

DIAS, Jorge Figueiredo Dias, *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I – Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime, Coimbra: Gestlegal, 3.ª edição, 2019;

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito processual penal*, 1.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2004;

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Para uma Reforma Global do Processo Penal Português: Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais*, in: *Para uma Nova Justiça Penal*, Coimbra: Almedina, 1983, pp. 189-242;

GAMA, António [et. al.], *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, Tomo II – Artigos 124º a 190º, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2021;

GARCIA, M. Miguez e RIO, J. M. Castela, *Código Penal – Parte geral e especial: com notas e comentários*, 3.ª edição, Coimbra: Edições Almedina, 2018;

GASPAR, António Henriques [et. al.], *Código de Processo Penal Comentado*, 3.^a edição, Coimbra: Almedina, 2021;

LEAL-HENRIQUES, Manuel e SANTOS, Manuel Simas, *Código de Processo Penal Anotado – do 1.º ao 240.º artigos*, Vol. I, 3.^a edição, Lisboa: Rei dos Livros, 2008;

LEAL-HENRIQUES, Manuel e SANTOS, Manuel Simas, *Código Penal Anotado – Art. 131.º ao 235.º*, Vol. III, 4.^a edição, Lisboa: Rei dos Livros, 2014;

LOBO, Fernando Gama, *Código de Processo Penal Anotado*, Coimbra: Almedina, 4.^a edição, 2022;

MARTINS, Margarida, *Da Admissibilidade como Meio de Prova em Processo Penal das Gravações e Fotografias Recolhidas por Particulares*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto;

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;

MENDES, Paulo Sousa, *Lições de Direito Processual Penal*, 3.^a edição, Coimbra: Almedina, 2015;

MORÃO, Helena, *O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português*, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 16, n.º 4, outubro-dezembro, Coimbra: Coimbra Editora, 2015;

PENA, Sérgio, *Os produtos da videovigilância como meio de prova em processo penal*, in: *Revista do CEJ*, 2.º semestre, 2013, pp. 85-118;

PEREIRA, Alexandra Filipa de Jesus, *A Vinculação dos Particulares às Proibições de Prova*, Dissertação de Mestrado em Direito e Prática Jurídica, especialidade em Direito Penal, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;

SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. I, 6.^a edição, Lisboa: Verbo, 2010;

SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. II, 5.^a edição, Lisboa: Verbo, 2011;

SILVA, Germano Marques da, *Do Processo Penal Preliminar*, Lisboa: Minerva, 1990;

SILVA, Sandra Oliveira e, *Legalidade da prova e provas proibidas*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21, n.º 4, Editora: Coimbra Editora, 2011, pp. 545-591;

TAVARES, Hugo Alexandre de Matos, *A tutela do direito à imagem – Entre a subsidiariedade do Direito Penal e a unidade do sistema jurídico no problema da construção da área de tutela típica*, in: Direito Penal Hoje: novos desafios e novas respostas, org. Manuel da Costa Andrade e Rita Castanheira Neves, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 183-219;

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 578/98, de 14-10-1998, Processo n.º 835/98, Relator(a): Conselheiro Messias Bento, disponível e consultado em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980578.html>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28-09-2011, Processo n.º 22/09.6YGLSB.S2, Relator(a): Santos Cabral, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/25cd7aa80cc3adb0802579260032dd4a?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17-05-2017, Processo n.º 194/14.8TEL.SB.S1, Relator(a): Pires da Graça, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b2a68cd0be9c27b98025812500386eb1?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28-04-2022, Processo n.º 397/21.9GBABF.S1, Relator(a): Adelaide Magalhães Sequeira, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ef07d17e3b01ebc2802588330030993e>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 03-05-2006, Processo n.º 83/2006-3, Relator: Carlos Sousa, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/c35d3b6d630e466f80257199003ab4f2?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 30-10-2008, Processo n.º 8324/2008-9, Relatora: Margarida Veloso, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/c222f7dd896e84da802575010043b3dc?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16-12-2008, Processo n.º 3968/2008-5, Relator(a): Simões de Carvalho, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/433c816c826fde8380257560003903af?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28-05-2009, Processo n.º 10210/2008-9, Relator(a): Fátima Mata-Mouros, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/bf96f48dbb8bd5d0802575de0037c6a2?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 04-03-2010, Processo n.º 1630/08.8PFSXL.L1-9, Relator(a): Calheiros da Gama, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2b83cbf74a19543e8025774d0031e148?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 10-05-2016, Processo n.º 12/14.7SHLSB.L1-5, Relator(a): Vieira Lamim, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/358ab50ffb6b524a80257fe8002e11e0?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 08-05-2018, Processo n.º 574/15.1TELSB.L1-5, Relator(a): Agostinho Torres, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/eaaceadae912cde0802582b30048b44a?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18-01-2022, Processo n.º 574/18.0IDLSB.L1-5, Relator(a): Anabela Cardoso, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/248b0814ea7f8499802587d7004aabfc?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 28-01-2009, Processo n.º 0816480, Relator(a): Maria do Carmo Silva Dias, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/f861aadc84da529a8025754e0054040e?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 14-10-2009, Processo n.º 103/05.5GCETR.C1.P1, Relator(a): Ângelo Morais, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/1871bed4522f35f580257655004973ed?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 03-02-2010, Processo n.º 371/06.5GBVNF.P1, Relator(a): Eduarda Lobo, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/6d4ef3fcf7284443802576cb004dcf1a?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23-10-2013, Processo n.º 585/11.6TABGC.P1, Relator(a): Maria do Carmo Silva Dias, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/301ec6a6cdd8ceab80257c1a005a61e4?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27-01-2016, Processo n.º 1548/12.0TDPRT.P1, Relator(a): Maria dos Prazeres Silva, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/CC3190F093E769FC80257F69004D9E7B>

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27-06-2018, Processo n.º 277/15.7GCETR.P1, Relator(a): Horácio Correia Pinto, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/dbefb7fbd52c9f248025836900533b4d?OpenDocument&Highlight=0,gravações,il%C3%ADcitas>

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 06-11-2019, Processo n.º 457/17.0PAVFR.P1, Relator(a): Horácio Correia Pinto, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/c79428ded8c69abb802584bf0053fe8f?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10-12-2019, Processo n.º 10665/15.3T9PRT.P1, Relator(a): Cláudia Rodrigues, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/4d9dc6ae30aaa5d3802584d9003c9069?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24-09-2020, Processo n.º 308/16.3GAVFR.P2, Relator(a): Maria Ermelinda Carneiro, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/3690f6c6184c75d98025861c004fb43a?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 17-02-2021, Processo n.º 35/19.0IDPRT.P1, Relator(a): João Pedro Nunes Maldonado, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/1f856edd4c51a26f8025868400406375?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15-12-2021, Processo n.º 515/10.2TBGMR-D.P1, Relator(a): Augusto de Carvalho, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/3f8bcf4415c27b52802587ed0065d1cf?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 01-07-2009, Processo n.º 401/04.5TAPBL.C1, Relator(a): Brízida Martins, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/f65811a3f290a2a28025763c003e9247?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 26-01-2011, Processo n.º 68/10.1PBLRA.C1, Relator(a): Brízida Martins, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/-/6825A0B4926424F280257842003D968A>

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 02-11-2011, Processo n.º 106/09.0PAVNO.C1, Relator(a): Olga Maurício, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/6af3d06ec6ababd28025794800432128?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 20-09-2017, Processo n.º 167/15.3PBVFX.C1, Relator(a): Maria Pilar de Oliveira, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/7c706750da1160bf802581a3003bfaf2?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 03-06-2008, Processo n.º 1991/07-1, Relator(a): António João Latas, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/d243b26c449cd87780257de100574d66?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 28-06-2011, Processo n.º 2499/08.8TAPTM.E1, Relator: José Maria Martins Simão, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/2fb889a910778fe880257de10056f5bc?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 13-11-2011, Processo n.º 2290/10.1TASTB-A.E1, Relator: António João Latas, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/58040c4f3b22408580257de10056f8c3?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 24-04-2012, Processo n.º 932/10.8PAOLH.E1, Relatora: Maria Filomena Soares, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/327907f0ba74c00680257de10056f810?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 29-03-2016, Processo n.º 87/12.3GGBJA-A.E1, Relator: Carlos Berguete Coelho, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/53ac03b2dc57398580257fbd004d6eac?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 22-11-2018, Processo n.º 112/18.4PAVRS-A.E1, Relator: José Proença da Costa, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/be3732dc1664576d8025836100514c19?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 23-06-2020, Processo n.º 8225/18.6T9LSB.E1, Relator(a): Ana Brito, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/dbcfb699a82e759d8025859a00315ca9?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 17-04-2023, Processo n.º 584/18.7GAFAF.G1, Relatora: Anabela Varizo Gomes, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/3350e327e5bcddd9802589a600483a8e?OpenDocument>

Índice

Introdução	8
Capítulo I: O Estágio Curricular	9
1. O Juízo Central Criminal de Lisboa	9
1.1. A Competência.....	9
1.2. O Tribunal Coletivo	9
1.3. O Tribunal do Júri	11
2. Atividades desenvolvidas	14
2.1. Assistência a diligências.....	14
2.2. Consulta e estudo dos processos	17
Capítulo II: A Admissibilidade das Gravações e Fotografias Obtidas por Particulares como Meio de Prova em Processo Penal	20
1. A «privatização da investigação» e a prova obtida por particulares.....	20
1.1. A noção de particular	22
1.2. Os particulares como destinatários das proibições de prova	24
2. A admissibilidade de valoração das reproduções mecânicas à luz do art. 167.º do CPP: o critério da ilicitude penal substantiva	31
2.1. A remissão para o art. 199.º do CP (gravações e fotografias ilícitas).....	34
2.1.1. O crime de gravações ilícitas e a tutela do direito à palavra	36
2.1.2. O crime de fotografias ilícitas e a tutela do direito à imagem	40
3. Os critérios mobilizados pela doutrina e pela jurisprudência para efeitos de admissibilidade de valoração das gravações e fotografias obtidas por particulares	44
3.1. Ao nível da tipicidade	49
3.1.1. O acordo	49
3.1.2. A redução teleológica do tipo de sentido vitimodogmático.....	51
3.2. Ao nível da ilicitude	55
3.2.1. A legítima defesa.....	55
3.2.2. O direito de necessidade	57
3.2.3. As causas do art. 79.º, n.º 2 do CC por via da unidade da ordem jurídica	62
4. Posição adotada.....	67
Conclusões.....	75
Bibliografia.....	78