



Universidades Lusíada

Conceição, Ana Raquel

A relevância probatória das gravações e fotografias realizadas por particulares : análise crítica do Acórdão da Relação do Porto de 23-10-2013

<http://hdl.handle.net/11067/2818>

<https://doi.org/10.34628/c5as-gm18>

Metadados

Data de Publicação	2017-02-15
Resumo	O presente artigo corresponde à análise do acórdão da Relação do Porto de 23-10-2013 onde se decidiu admitir como meio de prova a videovigilância realizada pelo ofendido no processo sem qualquer autorização judiciária e de forma dissimulada. Na análise que fazemos demonstramos a nossa discordância da referida decisão com base no princípio da legalidade das provas em processo penal e no direito à imagem como a tutela da personalidade pessoa humana....
Palavras Chave	Prova penal - Portugal, Proibição de prova - Portugal, Videovigilância
Tipo	article
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULL-FD] LD, s. 2, n. 13 (2015)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-11-14T20:16:43Z com informação proveniente do Repositório

A RELEVÂNCIA PROBATÓRIA DAS GRAVAÇÕES E FOTOGRAFIAS REALIZADAS POR PARTICULARES. ANÁLISE CRÍTICA DO ACÓRDÃO DA RELAÇÃO DO PORTO DE 23-10-2013.

Ana Raquel Conceição ¹

Resumo: O presente artigo corresponde à análise do acórdão da Relação do Porto de 23-10-2013 onde se decidiu admitir como meio de prova a videovigilância realizada pelo ofendido no processo sem qualquer autorização judiciária e de forma dissimulada. Na análise que fazemos demonstramos a nossa discordância da referida decisão com base no princípio da legalidade das provas em processo penal e no direito à imagem como a tutela da personalidade pessoa humana.

Palavras-chave: Investigação criminal; gravações e fotografias realizadas pelos particulares; proibição de prova.

Abstract: This article is an analysis of the adjudgment of Tribunal da Relação of Oporto decided in 10/23/2013 which admits as evidence the recordings and footage held by the offended in the process without any judicial authorization and covertly. In the analysis we demonstrate our disagreement with the decision based on the principle of legality of evidence in criminal proceedings and the right to the image as the protection of the individual personality and human dignity.

Key-words: Criminal investigation; recordings and photographs taken by private individuals; proof prohibited.

1. Introdução

A necessidade realização deste texto surge da vasta posição jurisprudência e doutrinal sobre a (in) validade das gravações e fotografias realizadas por

¹ Professora Universitária na Universidade Lusíada do Norte; Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Doutoranda em Ciências jurídico-Criminais na Universidade Lusíada do Norte; Advogada pelo conselho distrital do Porto.

particulares, normalmente os ofendidos, no seio de um processo penal. Ou seja, aferir se tais meios de prova poderão ser ou não valorados pelo tribunal para formar a sua convicção sobre se determinado facto se verificou ou não e quem foi o seu agente.

Em vários processos-crime no nosso país são utilizados como meios de prova, fotografias ou gravações feitas por particulares de onde resultam a possibilidade de demonstração do facto em investigação e de quem foi o seu agente. Todavia tal utilização e valoração é muito controversa quer do ponto de vista da posição dos tribunais portugueses quer ao nível da doutrina.

Escolhemos o acórdão da Relação do Porto de 23-10-2013² na medida em que o mesmo é demonstrador das diferentes posições que a presente temática acolhe nos tribunais e nos autores de investigação criminal mas, acima de tudo, pela forma como o acórdão em questão analisa e determina a validade dos referidos meios de prova podendo da mesma resultar, na nossa perspetiva, um perigo da proliferação da recolha dos referidos meios de prova com grave violação dos direitos fundamentais dos cidadãos, em especial o direito à sua intimidade, à reserva da sua vida privada, à sua imagem e à sua palavra falada.

Pois a linha que permite a sua utilização é muito ténue uma vez que, se esta permissão não se verificar estará a demonstrar-se que o autor da recolha dos referidos meios de prova está a praticar um crime. Assim a possibilidade ou não da valoração dos referidos meios de prova terá se ser analisada com muita cautela e profundidade pois, no rigor, o que se está a fazer é a aferir se se verificou a prática do crime, não do que se está a investigar no processo penal onde se utilizam os referidos meios de prova, daquele que fez a recolha da prova ultrapassando os limites da lei.

Hoje em dia fala-se muito em excesso de garantismo. É uma afirmação que nos deveria preocupar e que aponta para uma tendência no sentido do abrandamento na proteção dos direitos humanos. Mas se é o Estado que lança sobre o suspeito ou o arguido a mácula de ele ter cometido um crime, o mínimo que poderemos esperar será uma verdadeira presunção de inocência e não uma morte civil ou jurídica. O que importa é que cada um faça o seu trabalho dentro das limitações que lhe são impostas. Todos nós gostaríamos de ter mais meios. A limitação faz parte da condição humana.

Assim, os órgãos de polícia criminal e todos os que participam na investigação criminal devem ser capazes de a fazer dentro dos limites da legalidade. Devem ter a capacidade de encontrar formas de fazer investigação no respeito pelos direitos fundamentais pois, se para se fazer justiça é necessária a verdade material terá que ser sempre uma verdade processualmente válida. Se assim é para os operadores judiciais, por maioria de razão também deverá ser para aqueles que não o sendo os auxiliam nessa recolha de prova.

² Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/301ec6a6cdd8ceab80257c1a005a61e4>, cuja versão integral se junta ao presente trabalho em anexo.

2. Análise do Acórdão da Relação do Porto de 23-10-2013

O acórdão em análise tem por base uma sentença proferida pelo Tribunal Judicial de Bragança que fundamentou a sua convicção da prática do crime pelo arguido nas gravações de vídeo realizadas pelo ofendido/demandante, dirigidas a seu veículo das quais terá resultado, em conjugação com a prova testemunhal e por declarações do demandante civil produzida em julgamento. Na parte que aqui nos importa o Tribunal ad quo defende a legalidade dos referidos meios de prova desde que os mesmos sejam corroborados com outros meios de prova mas considera desde logo que tal valoração é muito controversa.

Apenas e porque é relevante analisar posição assumida pelo Tribunal de Bragança passamos a transcrever a sua fundamentação *ipsis verbis*.

«A utilização dos vídeos feitos por particulares como meio de prova em tribunal é muito controversa. Há quem entenda que a sua utilização é legítima e quem defenda que são prova proibida. GERMANO MARQUES DA SILVA diz não ter dúvidas de que os vídeos particulares feitos sem consentimento dos participantes são prova proibida. «O registo de imagens só pode ser feito com autorização prévia de um juiz ou com o consentimento dos visados», sustenta. O penalista admite apenas uma excepção. «O próprio filme só pode ser utilizado como prova do crime de gravações e fotografias ilícitas», defende. MARIA JOSÉ MORGADO considera que os vídeos particulares podem ser utilizados como prova, quando interesses de valor superior estão em causa. «Quando há direitos em colisão, a Constituição consagra que prevalece o mais importante. Ora, o direito à vida e à integridade física sobrepõe-se ao direito à imagem», sustenta. E exemplifica: «Se tivéssemos a imagem de um homicídio e não a pudéssemos utilizar seria um absurdo». MANUEL COSTA ANDRADE discorda. «Ninguém pode fotografar ou filmar ninguém sem o seu consentimento. A lei diz que as gravações obtidas sem consentimento são ilícitas», realça. Quanto ao conflito de direitos aqui existente, o docente defende que ele acontece «não entre o direito à imagem e a integridade física (que já foi lesada), mas entre o direito à imagem e a perseguição criminal». E remata: «Ora, nestes casos, por expressa determinação da lei, o direito à imagem prevalece». MAIA COSTA não vê qualquer obstáculo na utilização de vídeos particulares como meio de prova, essencialmente quando o mesmo é gravado no espaço público - o que exclui, na sua opinião, qualquer intromissão na vida privada. «O princípio geral é o de que todas as provas são permitidas a não ser que sejam prova proibida e os vídeos feitos por particulares no espaço público não creio que façam parte desse grupo», diz. O referido magistrado do Supremo Tribunal de Justiça acrescenta que, tratando-se de um normal meio de prova, o vídeo vai ser livremente avaliado pelo juiz do caso, em conjunto com a restante prova. Ora, foi sufragando esse entendimento jurisprudencial, de que vários acórdãos recentes são exemplo, que este Tribunal valorou os tais videogramas.»

Ou seja, para o Tribunal ad quo a posição do autor Maia Costa é aquela que deve prevalecer, admitindo-se a valoração dos vídeos realizados por particulares desde que tais meios de prova sejam corroborados por outros meios de prova.

Desde logo, quanto a nós, a referida posição doutrinal e jurisprudencial assenta num pressuposto errado que é o facto dos referidos meios de prova tratarem-se de um normal meio de prova. A (a) normalidade ou legalidade ou proibição de um meio de prova não pode ser aferida de tão ânimo leve.

Como melhor explicaremos infra o princípio da legalidade da prova não permite, sem mais, que todos os meios de prova, mesmo os atípicos, sejam permitidos. O que permite que não careçam de estar tipificados para o serem. O que o intérprete tem de fazer é aferir se não cabem na proibição. Juízo esse que não foi bem demonstrado na referida decisão.

Assim, e bem quanto a nós, interpôs recurso o arguido invocando, entre outros argumentos, a ilegalidade da valoração dos referidos meios de prova.

E desta forma se pronunciou o Tribunal da Relação do Porto³:

«Neste caso está em causa a filmagem de imagens (gravação com cerca de 2h30 de duração), feita por câmara de videovigilância do ofendido (um particular, que havia instalado aquela câmara cerca de uma semana antes da noite de 11.8.2011, no 1º andar da sua residência, dirigida e direccionada para um local público, particularmente dirigida para o seu veículo automóvel, estacionado na Rua ..., em Bragança, sensivelmente em frente à sua residência sita no nº.), apenas com vista a apurar quem era o autor dos danos (consistentes em sucessivos e repetidos riscos e outros estragos, como seja, o feito no farolim do lado direito da traseiro) que desde Março de 2011 vinham sendo causados no seu veículo automóvel de marca BMW, modelo, matrícula.-OJ-. quando o estacionava na via pública, próximo da sua residência, bem como a reprodução, em suporte de papel, de imagens dessa filmagem retiradas.

Adiante-se que entendemos ser válida a prova que assenta em gravação de imagens nas circunstâncias descritas no caso destes autos, em que são captadas (por câmara de videovigilância) imagens de local público (por factos ocorridos em via pública), sem conhecimento do visionado, tendo como única finalidade a identificação do autor do crime (neste caso crime de dano que atinge o património, veículo automóvel, estacionado em via pública, do particular que fez essa filmagem), que veio a ser denunciado às autoridades competentes, mesmo que não haja prévio licenciamento pela Comissão Nacional de Protecção de Dados, por neste caso existir justa causa para essa captação de imagens (desde logo documentar a prática de infracção criminal que atenta contra o património do autor da filmagem, que depois apresentou a respectiva queixa crime) e por não serem atingidos dados sensíveis da pessoa visionada e nem ser necessário o seu consentimento até olhando para as exigências de justiça.» **Negrito nosso.**

³ Transcrevermos passagens do acórdão em análise, com a preocupação de não as descontextualizar e apenas referenciar qual o entendimento sufragado pelo douto Tribunal.

«A imagem captada, em local público, por factos ocorridos em via pública, do suposto autor do crime por um lado não constitui nenhuma violação do “núcleo duro da sua vida privada”, nem do seu direito à imagem, não sendo necessário o seu consentimento para essa gravação, tal como decorre do art. 79º, nº 2, do CC [12] (estando a filmagem do suspeito justificada por exigências de justiça) e, por outro lado, aquela conduta do particular que fez a filmagem de imagens em local público não constitui a prática do crime de “gravações e fotografias ilícitas” p. e p. no art. 199º, nº 2, do CP [13], nem tão pouco integra a prática de qualquer ilícito culposos segundo o ordenamento jurídico, mesmo considerado este globalmente.»

«Não sendo ilícita, nos termos da lei penal, essa filmagem de imagens em local público, feita por particular, nas circunstâncias acima descritas, também a reprodução mecânica dessa filmagem (através da junção ao processo, quer do CD contendo a dita gravação de imagens, quer da reprodução em papel de imagens dela retiradas) é permitida, tal como decorre do art. 167º [14], nº 1, do CPP.»

«Aliás, como é referido no citado Ac. do STJ de 28.9.2011, “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”, adiantando que “o direito à palavra e o direito à imagem não são, nem devem ser, sacralizados como núcleo essenciais da vivência pessoal, e da comunidade, que se sobreponham a todo e qualquer tipo de ponderação de outros valores” e, acrescentando-se ainda que “age no exercício de um direito e, portanto vê excluída a ilicitude do seu comportamento, o agente cuja conduta é autorizada por uma disposição de qualquer ramo de direito”, o que está de acordo com o princípio da unidade da ordem jurídica.»

«Essa ausência de ilicitude resulta do facto do particular que fez a dita filmagem de imagens visar unicamente a prevenção da prática de crimes contra o seu património (veículo que estava na via pública e que vinha sendo alvo de vários danos dolosos desde Março de 2011, tendo o ofendido antes de efectuar a referida filmagem apresentado queixa na PSP em 6.7.2011, como resulta de fls. 105) e bem assim a descoberta do autor de crime de dano, portanto, tendo em vista a satisfação de interesses públicos que até deviam ser previamente assegurados pelo próprio Estado.»

«Nas concretas circunstâncias em causa nestes autos, como ficaram intocados os dados sensíveis [15] das pessoas visionadas, apesar de desconhcerem que estavam a ser filmados naquele local público, quando se aproximavam do local onde a viatura do ofendido estava estacionada, aquela filmagem não carecia de prévio licenciamento da Comissão Nacional de Protecção de Dados, como decorre dos arts. 4º, nº 4, 7º, nº 2 e 28º da Lei nº 67/98, de 27.10 (sendo certo que, mesmo que assim não fosse, quando muito o que poderia existir era uma mera contra-ordenação, o que de qualquer modo não interferia com a validade

daquela prova em processo penal, tanto mais que nem a Lei da Protecção de Dados Pessoais, a referida Lei nº 67/98, estabelece qualquer proibição daquele tipo de prova aqui em causa).»

«Essas provas, consistentes na filmagem de imagens em local público e reprodução em papel de imagens dessa filmagem, porque foram feitas nas circunstâncias acima descritas, podem ser juntas aos autos e ser apreciadas/valoradas pelo julgador uma vez que, como resulta do já exposto, não foram obtidas por métodos proibidos de prova (art. 126º do CPP). »

«Nestas particulares circunstâncias, em que foi feita a referida filmagem de imagens e depois a sua reprodução mecanográfica (quer através da gravação da filmagem em CD, quer através da reprodução em papel de imagens dessa filmagem, juntas ao processo pelo ofendido e visionadas em julgamento), mesmo tendo em atenção o disposto no art. 18º, nº 2, da CRP a conclusão era a mesma, uma vez que perante a colisão de direitos em confronto (por um lado o direito à imagem do visionado protegido no art. 26º, nº 1, da CRP e, por outro lado, o direito à tutela jurisdicional efectiva, na vertente do acesso à justiça célere e eficaz e o direito de propriedade do ofendido tutelados nos arts. 20º e 62º da CRP) estava justificada a restrição do direito à imagem do visionado para minimamente salvaguardar os referidos direitos a uma tutela jurisdicional efectiva e de propriedade do ofendido.»

«Diríamos que esta nova forma de “privatização da investigação” (expressão usada por Costa Andrade [16] a propósito, entre outros casos, de gravação de imagens por agentes privados, por eles trazidas ao processo) tem de ser analisada caso a caso, tendo em vista a salvaguarda daquele «núcleo duro» da vida privada da pessoa visionada (que abrange os dados sensíveis tal como definidos pela Lei de Protecção de Dados Pessoais), o qual assume uma multiplicidade de vertentes, mas que seguramente não abrange a situação em causa nestes autos.»

«Podemos, assim, concluir que neste caso são válidas (cf. também art. 125º do CPP) e, como tal, podiam ser valoradas pelo tribunal as provas consistentes na gravação de imagens (através de filmagem) feita pelo ofendido, bem como as reproduções em papel de imagens dela retirados, independentemente do tempo da gravação da filmagem junta aos autos não corresponder à filmagem integral (considerando que a gravação foi feita no período de tempo indicado pelo ofendido) e também sendo indiferente que não tivesse sido facultado o computador e disco onde ficaram registadas as imagens originais daquela forma gravadas.»

«Neste caso, o controlo daquelas provas trazidas ao processo pelo ofendido visando apenas sustentar o crime que denunciara, foi feito pelo julgador quando as considerou válidas, pelos motivos que indicou, decisão essa que não merece censura como já se explicou.»

Conforme se constata o Tribunal da Relação do Porto começou desde logo por demonstrar a legalidade dos referidos meios de prova, argumento em falta na sentença recorrida, e que é a pedra de toque de toda esta problemática.

Assim urge aferir e responder à seguinte questão: a utilização de meios de prova recolhidos pelos particulares, em especial as fotografias e gravações, são meio de obtenção de prova e meios de prova permitidos ou proibidos?

Para respondermos à questão que formulamos vamos ter em conta argumentação tecida pelo acórdão em análise manifestando a nossa concordância ou discordância em função da mesma.

A Relação do Porto começa logo por determinar a validade da prova obtida através de filmagens feitas pela câmara de vigilância do ofendido da sua residência direcionada para um local público e particularmente dirigida para o seu veículo estacionado numa referida rua mesmo sem autorização de autoridade judiciária ou da Comissão Nacional de Proteção de Dados. Uma vez que, como tais imagens e gravações são captadas por câmara de videovigilância de um lugar público, com a única finalidade de identificação do autor do crime existe justa causa para essa captação de imagens e porque não são atingidos dados sensíveis da pessoa visionada e nem sequer ser necessário o seu consentimento até olhando para as exigências de justiça.

E desde já neste aspeto algo nos parece contraditório. Não se depreende com clareza se o Tribunal entende que as gravações feitas pelo particular são ilícitas mas justificadas pela expressão justa causa, ou se o tribunal as considera totalmente atípicas.

Melhor, o tribunal refere que a conduta do particular que fez a filmagem de imagens em local público não constitui a prática do crime previsto e punido no n.º 2 do artigo 199º do código penal⁴ ou qualquer outro ilícito culposos, o que nos parece induzir que o tribunal entende que a conduta é atípica. Mas mais à frente refere claramente que se verifica uma ausência de ilicitude.

Face ao exposto é premente, desde já, demonstrar em que consiste o princípio da legalidade da prova.

Tal como já foi por nós retratado (Conceição: 2009: 41 e seguintes) o princípio da legalidade ou legitimidade da prova encontra-se expressamente consagrado no artigo 125º do código de processo penal⁵ Este impõe a existência de limites aos meios de prova, limites que partem da própria ordem constitucional.

A finalidade deste princípio assenta na proibição de obtenção, de produção e de valoração de meios de prova que sejam ilícitos, ou seja, que atentem contra dos direitos, liberdades e garantias dos indivíduos. Assim, impõem os artigos 25º n.º1, 32º n.º6 e 34º da Constituição da República Portuguesa.⁶

De forma a respeitar os incisos constitucionais referidos o legislador ordinário estabeleceu um elenco de métodos proibidos de prova.

O artigo 126º do CPP estabelece que serão nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante o desrespeito pelos diferentes direitos fundamentais

⁴ Doravante CP.

⁵ Doravante CPP.

⁶ Doravante CRP.

protegidos pelas normas constitucionais. Nulidade que tem como especificidade impedir a valoração das provas obtidas com esses métodos e transmitir essa mesma proibição para todas as demais que delas sejam decorrentes. Institui um novo tipo de invalidade: a nulidade de prova.⁷

A proteção dos direitos fundamentais é algo que tem de estar sempre presente no processo penal, principalmente no âmbito do regime jurídico da prova. É esta proteção o mais importante princípio de legitimação das proibições de prova.

Tal como refere Figueiredo Dias (Dias: 2004:197), “a legalidade dos meios de prova, bem como as regras gerais de produção da prova e as chamadas proibições de prova são condições de validade processual da prova, por isso mesmo, critérios da própria verdade material.” Assim serão inadmissíveis, de uma forma geral, os meios de prova que corporizem um ilícito material substantivo. Pois se se pudessem valorar no processo penal meios de prova obtidos com a lesão, ou perigo de lesão de um bem jurídico penalmente protegido o Estado estaria a provar a prática de um crime utilizando como meio dessa mesma prova um outro crime. A busca da verdade material tem sempre de respeitar a o caminho traçado pela licitude.

Assim, no caso concreto ou as filmagens feitas pelo particular são atípicas ou verifica-se, quanto a elas, uma causa de exclusão da ilicitude.

Em causa está o tipo de ilícito previsto no artigo 199º do CP, em especial o seu n.º 2 alíneas a) e b).

Fazendo uma resenha dogmática muito sumária dos referidos tipos legais de crime verifica-se que têm como elementos objetivos a conduta que consista em fotografar ou filmar outra pessoa, mesmo, em evento que tenha legitimamente participado, contra a vontade do fotografado ou filmado ou utilizar ou permitir que se utilizem fotografias ou filmes referidos na alínea anterior, mesmo que licitamente obtidos⁸. E como elemento subjetivo do tipo é um crime doloso (por

⁷ Sobre a nossa interpretação do que é a nulidade de prova e todo o artigo 126º do CPP vide Conceição, Ana Raquel, Escutas telefónicas, Regime Processual Penal, Quid Iuris, 2009, páginas 182 e seguintes.

⁸ O tipo de ilícito do artigo 199º descrito na lei penal tem a seguinte redação:

Artigo 199.º

Gravações e fotografias ilícitas

1 - Quem sem consentimento:

a) Gravar palavras proferidas por outra pessoa e não destinadas ao público, mesmo que lhe sejam dirigidas; ou

b) Utilizar ou permitir que se utilizem as gravações referidas na alínea anterior, mesmo que licitamente produzidas;

é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias.

2 - Na mesma pena incorre quem, contra vontade:

a) Fotografar ou filmar outra pessoa, mesmo em eventos em que tenha legitimamente participado; ou

b) Utilizar ou permitir que se utilizem fotografias ou filmes referidos na alínea anterior, mesmo que licitamente obtidos.

3 - É correspondentemente aplicável o disposto nos artigos 197.º e 198.º

referência ao artigo 13º do CP) que pressupõe que o agente conheça e queira praticar a conduta descrita no tipo objetivo. E por fim tem em vista a proteção do direito à imagem. Bem jurídico autónomo ou independente da reserva da vida privada ou da intimidade e intrinsecamente ligado à personalidade do seu titular e como tal manifestador e concretizador da dignidade da pessoa humana. Neste sentido se expressam Gomes Canotilho e Vital Moreira (Canotilho e Moreira:2007: 461 e seguintes).

Entendemos assim, que a conduta do particular na realização das filmagens, descrita no acórdão da Relação do Porto, corresponde quer do ponto de vista objetivo, quer do ponto de vista subjetivo ao tipo de ilícito do n.º 2 do artigo 199º do C.P. Mesmo que a sua intenção fosse encontrar o agente do crime e com base nessa captação fazer a respetiva participação criminal. Pois o dolo é saber e querer que está a filmar ou fotografar ou utilizar essa imagem obtida pela filmagem ou pela fotografia contra a vontade do filmado ou fotografado. O que efetivamente se verifica com a conduta praticada pelo particular nos termos descritos no acórdão, até porque o método para a sua obtenção foi dissimulado. Preenchido o tipo objetivo e subjetivo está indiciada a sua ilicitude. Desta forma a ser lícita a atuação do particular só se se verificar alguma causa de exclusão da ilicitude ou da culpa.

Aliás, todos os meios de obtenção da prova catalogados no CPP são em abstrato crime, pois desde os exames (podendo consistir em abstrato no crime de ofensas à integridade física), às revistas (em abstrato também no crime de ofensa à integridade física e devassa da vida privada) e às buscas (desde logo violação de domicílio, introdução a lugar vedado a público, devassa da vida privada, entre outros), às apreensões (o crime de furto, de violação de correspondência entre outros) e às escutas telefónicas (o crime de gravações ilícitas, o crime de instrumentos de escuta telefónica, devassa da vida privada entre outros), correspondem a algum ou alguns tipos de ilícito, todavia a ilicitude está afastada por força da legitimidade que lhe outorgada pelo legislador do processo penal em consonância com o disposto no artigo 32º n.º 8 e 18º n.º 2 da nossa Lei Fundamental.

Assim, se mesmo os que estão descritos na lei do processo penal são em abstrato crime, muito dificilmente, os que não estão não o serão, pelo menos no âmbito da sua tipicidade. Pois a investigação criminal, por princípio restringe os direitos fundamentais dos investigados, que na órbita do direito penal são efetivos bens jurídicos.

Sem qualquer prejuízo para o princípio da legalidade da prova. Pois a proibição é esclarecedora determinando quais os que dela fazem parte e dos que dela estão excluídos.

O artigo 126º do CPP mais não é do que a consagração ordinária do artigo 32º n.º 8 da nossa lei fundamental, o qual dispõe que são nulas as prova obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas

telecomunicações, o que desde logo nos permite deduzir que, se a intromissão não for abusiva, as provas já serão admitidas. Se quisermos clarificar o conceito de intromissão abusiva, podemos dizer que ela existe quando (...) «essa intromissão não estiver prevista na lei; ou seja, não seja um daqueles casos em que a lei, constitucional ou ordinária, permite a obtenção deste tipo de prova.» (Correia: 199:53). E continua o autor salientando: «Desde logo porque os direitos fundamentais, para além de uma dimensão subjectiva de matriz liberal, garantidora do cidadão face ao poder do estado, têm hoje uma dimensão objectiva, enquanto valores ou fins estruturantes de determinada comunidade, essenciais à sobrevivência do estado de Direito.»

Assim, e uma vez que as filmagens feitas pelo particular não estão previstas no livro das provas do CPP como meios de obtenção da prova permitidos sob a égide da proporcionalidade, necessidade e adequação e como a conduta do particular não beneficia de nenhuma das causas de exclusão da ilicitude ou da culpa determinadas na CP⁹, estamos perante meios proibidos de prova. Mesmo que o seu fim seja a investigação criminal ou a prevenção da prática de crimes. Pois aqui a ponderação de valores é entre o direito à imagem e a investigação/prevenção da prática de um crime. Estamos em crer que a forma de obtenção da prova e os meios de prova dele resultante, nos termos em que são descritos no acórdão são proibidos, pois há abusiva intromissão na vida privada e no direito à imagem do filmado. Mesmo que a videovigilância tenha sido direccionada para a via pública, pois certo é que uma pessoa foi filmada contra a sua vontade e todas as outras que pela filmagem foram eventualmente apanhadas.

Os princípios da proporcionalidade, necessidade e adequação são, em bom rigor, as linhas delimitadoras da legitimidade da restrição dos direitos fundamentais das pessoas e em direito probatório direccionam-se na protecção dos mesmos direitos dos investigados. Assim urge enuncia-los e analisar se são ou não respeitados com a fundamentação do acórdão em análise. O princípio da proporcionalidade pressupõe que se verifique uma ponderação entre valores. Ou seja, na admissibilidade do meio de obtenção da prova deverá prevalecer o interesse da investigação em detrimento dos direitos fundamentais do investigado, prevalência que se verifica quando o crime em investigação seja de grandiosidade suficiente que legitime a violação do direito fundamental em crise. Daí que as exigências de admissibilidade de certos meios de obtenção de prova, dependem da gravidade do crime a investigar.¹⁰ O princípio da necessidade pressupõe que o meio de obtenção da prova só possa ser utilizado quando não

⁹ E bem sabemos que tal catalogo não é taxativo, pois o artigo 31º da CP determina que se poderão verificar outras causas de exclusão da ilicitude não penais, pela referência à expressão legal pela ordem jurídica considerada na sua totalidade.

¹⁰ Basta analisarmos o título III do livro das provas do CPP para constarmos que o referido catálogo é revelador das exigências de proporcionalidade. Pois começa pelo meio de obtenção menos restritivo e termina no mais restritivo e os requisitos de admissibilidade dos mesmos vão aumentando de exigência e de gravidade do crime nesse percurso.

se verificar outra forma de investigar sem o seu uso. Ou seja traduz uma ideia de última ratio ou intervenção mínima dos meios de obtenção restritivos de direito fundamentais.¹¹ O princípio da adequação traduz uma ideia de eficácia. Ou seja terá de resultar da investigação que a utilização daquele meio de obtenção de prova será profícua.¹² Princípios autónomos entre si mas cuja verificação é cumulativa da admissibilidade dos meios de obtenção de prova.

O crime em investigação é um crime de dano simples onde, desde logo a proporcionalidade, quanto a nós não se encontra garantida. Pois o crime em investigação não tem a grandiosidade que legitime a restrição do direito à imagem do investigado e da sua reserva da vida privada nos termos em esta aconteceu. E, acrescentamos nós, nem que fosse um crime mais grave. Pois na nossa opinião a gravidade do crime a investigar não legitima, sem mais, o meio de obtenção da prova, essa admissibilidade pressupõe uma análise conjunta dos três referidos princípios.¹³ Não nos parece que a única fonte de obtenção da prova seja o meio utilizado pelo particular. Primeiro porque só depois de filmar é que apresenta queixa, segundo porque houve outros meios de prova da prática do facto, pois tal como é referido no acórdão foram corroborados por prova testemunhal e por fim será que as nossas autoridades judiciais não teriam formas de investigar o crime sem a colaboração do particular? Cremos que sim, pois até se assim não fosse muito mal estaria a investigação criminal em Portugal que só seria possível quando todos nós pudéssemos exercer a função de órgãos de polícia criminal na fase de inquérito de um processo penal. Por fim, de facto as filmagens são eficazes na demonstração do crime e quem é o seu agente, mas assim acontece em todos os meios de obtenção da prova ocultos que sobre eles paira sempre a violação de direitos fundamentais e que para serem legítimos têm de estar previstos no CPP sobe pena de serem abusivos, tal como já referimos.

Acresce ainda que não compreendemos como o facto de se filmar alguém na via pública poderá não preencher o tipo de ilícito do n.º 2 do artigo 199º da CP. A lei penal substantiva não determina o lugar da filmagem mas antes garante a proibição de o fazer em prol do direito à imagem das pessoas.

Com a referida construção permite-nos concluir que o Tribunal Superior entende que o direito à imagem e a reserva da vida privada dos cidadãos só existe quando estes estão fora da via pública, o que quanto a nós não merece

¹¹ Ou seja o direito fundamental é a regra sendo a sua restrição a exceção.

¹² Este princípio, quanto a nós, verifica-se quase sempre quando se discute a admissibilidade de um meio de prova, pois se estamos a tentar saber se admitimos ou não o meio como a prova foi obtido significa que ela foi obtida, consegue-se determinar desde logo a eficácia do meio de obtenção da prova. É importa realçar que os meios de obtenção da prova dissimulados e ocultos são sempre os mais eficazes por um lado, mas por outro lado são aqueles que devemos evitar de ser utilizados, por força de imposições constitucionais.

¹³ Raciocínio semelhante à aplicação das medidas de coação. Vide artigo 193º do CPP. Não basta estarmos perante um crime grave, crime punido, no limite, com uma pena de prisão superior a três anos, que desde logo se legitime a aplicação da prisão preventiva. É necessário o preenchimento de mais requisitos e igual grandiosidade, como a necessidade, e a adequação.

qualquer acolhimento. Pois é na via pública que essa violação mais facilmente poderá acontecer. Apesar do cidadão saber que na via pública poderá ser visto por muita gente mas não se lhe pode exigir que consinta que esteja a ser filmado nesse percurso. Admitir-se tal exigência no comum cidadão seria determinar que todos nós teremos de aceitar que sempre que estamos em plena via pública existe uma probabilidade muito séria de podermos estar a ser filmados ou fotografados por outros cidadãos e não pelas autoridades judiciais para efeito de investigação criminal. Não só o direito à imagem é violado como também o nosso legítimo direito à liberdade ambulatoria. Se assim for não é legítimo incriminar a conduta prevista no artigo 199º do CP. Pois, tal construção faz com que o direito à imagem e liberdade ambulatoria deixe de merecer a tutela penal, sendo inconstitucional toda a incriminação que a proteja.

Não nos parece que a segurança que delegamos ao Estado para a prossecução dos fins públicos que num Estado Democrático os cidadãos àquele lhe outorgam legitime a anulação da nossa liberdade, nas diferentes aceções que o direito à liberdade importa. Até porque se o cidadão estiver em domínio privado há outras bens jurídicos que se se acoplam ao direito à imagem, como a inviolabilidade do domicílio e a reserva da vida privada lato sensu.

Na esteira de Germano Marques da Silva e Manuel da Costa Andrade¹⁴, a ponderação de valores é entre o direito à imagem e a investigação criminal, e esta tem de ceder. Até porque bastaria ao ofendido fazer a participação crime e solicitar às autoridades judiciais e órgãos de polícia criminal que procedessem a investigação com o uso de métodos de obtenção de prova permitidos na lei já sujeitos ao crivo do legislador penal e constitucional. Pois apenas estas entidades têm legitimidade para proceder à investigação criminal.

E mesmo que tal conduta sirva para prevenir a prática de crimes, o fim não justifica o meio para o fazer, pois para isso existem as medidas cautelares e de polícia e toda a legislação referente ao combate e prevenção de vários tipos de criminalidade.¹⁵

A “privatização da investigação” expressão que Manuel da Costa Andrade utiliza na obra citada pelo acórdão em análise (Costa Andrade: 2009: 127-129) é pelo próprio autor considerada um grave risco para o nosso processo penal de estrutura essencialmente acusatória. E saliente-se que a referida expressão é utilizada pelo autor no contexto da prova digital, onde o autor salienta a intromissão na investigação criminal de entes privados referindo-se às operadoras

¹⁴ Até como é referido na sentença do Tribunal ad quo que já referimos.

¹⁵ Como por exemplo as medidas de combate à corrupção é a criminalidade económica e financeira (Lei 32/2010 de 02/09; as medidas de combate à prevenção da violência doméstica (Lei 82-B/2014 de 31/12); as medidas de combate à criminalidade organizada (Lei n.º 55/2015, de 23/06); Lei de combate ao branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo (Lei n.º 62/2015, de 24/06), entre muitas outras, mas como se depreende sempre sujeitas ao crivo das autoridades judiciais e ao nível da grande criminalidade em obediência estrita aos já referidos princípios da proporcionalidade, necessidade e adequação.

de telefone e outras empresas de comunicações, no âmbito das escutas telefónicas em sentido amplo¹⁶.

Se no âmbito da prova digital já é um grave risco a necessidade da investigação criminal carecer da colaboração das referidas entidades privadas, maior risco existe se admitirmos que um qualquer cidadão possa auxiliar a investigação criminal, não com o seu conhecimento diretos dos fato (servindo como meio de prova testemunhal) mas, porque é ele próprio que procede à recolha da prova.

Inclusivamente, foi recentemente decidido pelo mesmo Tribunal da Relação do Porto¹⁷ que o direito à imagem carece de ser protegido numa dimensão mais ampla. No sentido em que mesmo que exista consentimento na fotografia, ou no filme acrescentamos nós, carece de autorização do fotografado, ou filmado, a publicitação a da sua imagem, captada nas formas já descritas.

¹⁶ “A “privatização da investigação” conheceu recentemente um novo impulso com a privatização generalizada (pelo menos na Europa) das empresas de telecomunicação. A que estão confiadas as tarefas de intromissão, interceptação e gravação de telecomunicações e, em geral, da produção e “armazenamento” de dados processualmente relevantes, bem como a sua apresentação ao processo penal. E tanto no que respeita ao conteúdo e dados da comunicação como no que respeita aos dados de localização. Um quadro entretanto reforçado com o aparecimento de novos meios e procedimentos tecnológicos de comunicação, com destaque para a produção e transmissão de dados por internet, inteiramente nas mãos de privados. E a quem são, mais uma vez, cometidos meios de obtenção de prova, como a intromissão no correio electrónico, as diferentes formas da chamada busca online, a interceptação de comunicações telefónicas através da internet (VoiP). (...) Não pode esquecer-se que ela [a intervenção dos privados] comporta os riscos e está exposta aos abusos conaturais aos “sistemas de contacto” (...) entre o público e o privado. Perigos agravados e reforçados à medida do aumento da dimensão das empresas de telecomunicação, algumas delas à escala global (v.g., Google, Microsoft) e da crescente assimetria de poder entre aquelas empresas e os indivíduos. E mesmo entre elas e os próprios Estados. Tudo a antecipar a possibilidade de as intromissões arbitrárias nas telecomunicações e as utilizações abusivas dos dados deixarem de ser um exclusivo do Estado. E a fazer subir as margens do cuidado e da preocupação. Isto atenta a especificidade dos goals ou interesses dos privados e dos seus “códigos” de valoração das coisas e dos factos. Não raro a induzir soluções centrífugas e irreconciliáveis com as que são reclamadas pelo direito e pela justiça. E a fazer impender sobre a Administração da Justiça e a sua decantada autonomia o peso insustentável da heteronomia.” **Negrito nosso.**

¹⁷ No acórdão de 05-06-2015 disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/301ec6a6cdd8ceab80257c1a005a61e4?OpenDocument>

Do sumário consta o seguinte:

I - O direito à imagem constitui um bem jurídico-penal autónomo tutelado em si e independentemente do ponto de vista da privacidade ou intimidade retratada.

II - O direito à imagem abrange dois direitos autónomos: o direito a não ser fotografado e o direito a não ver divulgada a fotografia.

III - O visado pode autorizar ou consentir que lhe seja tirada uma fotografia e pode não autorizar que essa fotografia seja usada ou divulgada.

IV - Contra vontade do visado não pode ser fotografado nem ser usada uma sua fotografia.

V - É suscetível de preencher o tipo legal de crime de Gravações e fotografias ilícitas, do art. 199.º nº 2, do Cód. Penal, a arguida que, contra a vontade do fotografado, utiliza uma fotografia deste, ainda que licitamente obtida e a publicita no Facebook. **Negrito nosso.**

Ora se claramente o mesmo Tribunal Superior determina verificar-se a prática de um crime quando alguém publicita uma imagem que foi captada com consentimento do seu titular mas cuja publicitação foi feita contra a sua vontade, parece-nos ser contraditório admitir como meio de prova a gravação da imagem de uma pessoa que foi obtida contra a sua vontade desde o seu início, quando realizada por um particular.

Tal como refere Paulo Dá Mesquita (Mesquita: 2011: 266) “ No processo penal português, a verdade do processo não é estritamente marcada por um a priori traçado pelo acontecimento histórico objecto dos enunciados factuais do processo. Pelo que, o material probatório não é selecionado e utilizável exclusivamente em função do seu valor gnoseológico, existindo vias com potencial epistémico que são recusadas e material informativo disponível que não pode ser utilizado por outro motivo. (...). Ou seja, admite-se que a verdade material do processo seja distinta da realidade passada dos eventos do mundo exterior supostamente reconstruídos pelo processo, «a verdade material obtida há-de, no entanto, corresponder a uma verdade processualmente válida».”

Se, na difícil tarefa de compatibilização dos diferentes fins do processo penal estiver em causa a dignidade da pessoa humana, esta tem sempre de prevalecer. Tal como refere Teresa Beleza e Frederico da Costa Pinto (Beleza e Frederico:2010:5) “ Não existe um processo penal válido sem prova que o sustente, nem um processo penal legítimo sem respeito pelas garantias de defesa.”

Tal como já referimos em escritos anteriores (Conceição: 2012:55), não são os limites dos direitos humanos que têm de se adaptar às exigências do processo, é o processo que tem de se adaptar às exigências dos direitos humanos.

3. Conclusões

Face ao exposto é nosso entendimento que as gravações efetuadas pelo particular, nos termos retratados no acórdão em análise, não podem ser valorados como meio de prova.

Não podemos permitir que a investigação criminal, que é da competência exclusiva das autoridades judiciárias e dos órgãos de polícia criminal, possa também ser realizada por comuns cidadãos. Mesmo que a recolha de prova seja efetuada com vista à prevenção ou repressão da criminalidade. Tal permissão seria aniquilar a estrutura essencialmente acusatória do nosso processo penal, bem como a nossa conceção de Estado de direito democrático.

A conduta de um particular que procede a filmagens e gravações da imagem do investigado, mesmo enquanto este se encontra na via pública, contra a sua vontade consiste na prática do crime previsto e punido nas alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 199º CP. Quer do ponto de vista objetivo (pois o agente está preencher os elementos objetivos do tipo ao fotografar ou filmar outra pessoa e/ou a utilizar ou permitir que se utilizem fotografias ou filmes obtidos nos termos

descritos), quer do ponto de vista subjetivo (pois o particular conhece e quer a conduta descrita, até pelo caráter dissimulado que utilizou na sua obtenção). Tipicidade que indicia a ilicitude do facto que quanto a nós não é afastada. Pois sendo a conduta a prática de um crime a sua utilização para efeitos probatórios só é lícita se corresponder a algum dos meios de obtenção de prova ou meios de prova previstos no CPP. Pois aqui, neste catálogo, já o legislador ordinário, respeitando os princípios da proporcionalidade, adequação e necessidade, admite certos métodos de obtenção de prova com a restrição de direitos fundamentais. Ou seja os meios de obtenção da prova descritos no CPP são, em bom rigor dogmático, causa de exclusão da ilicitude de natureza processual penal. Logo para determinada conduta que corresponda à prática do crime poder ter valor probatório terá de estar catalogada na lei do processo como meio de obtenção da prova, sob pena de ser abusiva a intromissão nos direitos fundamentais dos investigados. Não se bastando a enunciação de exigências de justiça.

No direito probatório em processo penal os meios de obtenção da prova para serem válidos não carecem de estar previstos na lei, é certo e assim nos impõe o princípio da legalidade das provas, todavia carecem sempre de não serem proibidos. E sê-lo-ão, sempre que constituírem a prática de um crime e não se encontre verificada nenhuma causa exclusão da ilicitude ou da culpa penal ou processual penal, pois nestes casos a intromissão nos direitos fundamentais do investigado em particular e dos cidadãos em geral será sempre abusiva.

Bibliografia

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”, in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 137, Janeiro-Fevereiro de 2008.

- Bruscamente no verão passado”, a reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente”, Coimbra Editora, 2009.

BELEZA, Teresa Pizarro (e Pinto, Frederico da Costa)

- Nota de apresentação. A prova criminal e as garantias de defesa: linhas de leitura e pontos de tensão, in “A prova criminal e o direito de defesa. Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal”, Almedina, 2010.

CANOTILHO J.J. Gomes (e Vital Moreira)

- Constituição da Republica Portuguesa Anotada, Vol I, 4ª ed. 2007.

CONCEIÇÃO, Ana Raquel

- Escutas telefónicas, Regime Processual Penal, Quid Iuris, 2009.

- As novas exigências de investigação transnacional e o respeito pelos direitos humanos: uma reflexão a propósito do “ direito penal do inimigo”, in “Direitos

Humanos e a sua efetivação na era da transnacionalidade. Debate Luso-Brasileiro”, coordenação de Mário Ferreira Monte e Paulo Tarso Brandão, Juará Editora, Outubro de 2012.

CORREIA, João Conde

- Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações (artigo 32º, n.º8, 2ª parte da C.R.P.), in Revista do Ministério Público n.º 79, ano 20 Julho-Setembro de 1999.

DIAS, J. Figueiredo

- Direito Processual Penal, 1ª Ed. 1974, Clássicos Jurídicos (reimpressão), Coimbra 2004.

LEITE, Ana Raquel

- Criminalidade informática-investigação e meios de obtenção da Prova. Coimbra 2013.

MESQUITA, Paulo Dá

- A prova do crime e o que se disse antes do julgamento. Estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano, Coimbra Editora. 2011.

MOREIRA, Vital

- Constituição da Republica Portuguesa Anotada (vd. Canotilho, J. Gomes)

PINTO, Frederico da Costa

- Nota de apresentação. A prova criminal e as garantias de defesa (vd. Beleza, Teresa Pizarro)

RAMOS, Armando Dias

- A prova digital em processo penal: o correio electrónico, Chiado Editora, 2014.