



NATÁLIA VIDAL DE LUCENA

DA VALORAÇÃO DAS GRAVAÇÕES PRODUZIDAS POR PARTICULARES COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL

Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais

Setembro de 2016

• U • C •



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

NATÁLIA VIDAL DE LUCENA

**DA VALORAÇÃO DAS GRAVAÇÕES PRODUZIDAS POR PARTICULARES
COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídico-Criminais, sob a orientação do Professor Doutor Nuno Fernando da Rocha Almeida Brandão, no curso de Mestrado Científico em Direito, com menção em Ciências Jurídico-Criminais.

Coimbra

2016

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à Deus por segurar minha mão em todos os momentos e nunca me deixar desistir. Agradeço pelo imensurável amor e paciência nesses dois anos, e por me fazer acreditar que tudo posso naquele que me fortalece.

A meus pais que nunca mediram esforços e sempre se sacrificaram para que eu tivesse a melhor educação, as melhores oportunidades, sendo a minha base e fortaleza todos os dias de minha vida.

Em especial, agradeço aos meus avós que apesar da idade e da distância, me apoiaram incondicionalmente, me incentivando a percorrer caminhos obscuros e longos. Sem vocês eu jamais conseguiria me sustentar diante da tamanha saudade.

A todos os meus amigos e amigas, que mesmo distante se fizeram presentes nessa jornada, me dedicando atenção e colaborando, incisivamente, para conclusão do meu trabalho.

A Dra. Bruna Cappareli, professora da Universidade de Bolonha, ao qual dedicou seu tempo me acompanhando e me enchendo de bons exemplos neste mundo intelectual, sempre se mostrando generosa, sendo a minha fonte de inspiração.

Ao meu amigo Ian Pimentel, que me norteou por esses trilhos, me fazendo enxergar além do que eu conseguia para confecção deste trabalho.

A todos os meus familiares pela lealdade absoluta e finalmente a minha grande amiga Renata Colares, que não deixou de estar comigo, mesmo quando morei na Itália, e que não mediu forças para me encher de amor, fé, paciência, companheirismo, mostrando que uma verdadeira amizade se constrói todos os dias.

“Quando o governante é tranquilo e discreto, o povo é leal e honesto.
Quando o governante é perspicaz e rude, o povo é desleal e não confiável.
É sobre a infelicidade que repousa a felicidade; a infelicidade espreita a felicidade.
Quem, no entanto, reconhece que o bem supremo consiste na inexistência de ordens?
A ordem transforma-se em caprichos e o bem converte-se em superstição e os dias de
cegueira do povo duram realmente muito tempo.
Assim também o sábio: serve de modelo sem castrar os outros,
é escrupuloso sem ferir, é natural sem ser arbitrário
e brilha sem ofuscar.”

Provérbio Taoísta de Lao Tzu
(TAO TE KING – Poema LVIII)

RESUMO

O presente estudo tem por escopo analisar as provas ocultas dentro do processo penal, mais especificamente as gravações realizadas por particulares, refletindo sobre sua admissibilidade *versus* inadmissibilidade.

As gravações obtidas por particulares podem revelar-se como provas decisivas dentro do processo criminal, principalmente no tocante a descoberta da verdade real. No entanto, são inúmeros os conflitos que poderão surgir, a partir desse íterim, uma vez que alguns direitos fundamentais, como à palavra, à privacidade, à intimidade podem ser violados.

De um lado encontra-se o art. 199 do Código Penal que incrimina as gravações ilícitas e de outro a ponderação feita pela jurisprudência atual diante do princípio da proporcionalidade, de modo a defender a licitude dessas provas, as admitindo e valorando-as dentro do processo, perante as causas justificantes legalmente previstas.

Tais provas deverão seguir um rito próprio para sua admissão ou inadmissão, e conseqüente valoração, de modo que não sejam todas admitidas, observando-se o devido processo legal e respeitando os direitos fundamentais, de modo que a sociedade tenha os seus direitos resguardados.

Palavras-Chave: Provas ocultas. Gravações por particulares. Direito à palavra. Causas justificantes.

ABSTRACT

This present study aims to analyse hidden evidences in criminal cases, specifically on recording made by authorized personals, reflecting about their acceptability versus, unacceptability.

Recording received from individuals, it might prove to be crucial aspects for criminal case, mainly for discovering the quite real truth. However, it may appear several disputes from this meantime, since some essential rights as speak and privacy could be infringed.

On the one hand, one finds 199 art. from Criminal Code that accuses illicit recording. In addition, the actual judgment in face of principle of proportionality in order to defend this case's legality, admitting it and valuing, before causes legally in proof.

These cases ought to follow an own rite for an admission or inadmissible. Besides, consequently valorization, so that it are not all admitted, observing the judicial process and respecting the fundamentals rights, such as society have their rights reserved.

Key-words: Hidden evidences. Recording made by authorized personal. Right to speak. Documents in proof causes

LISTA DE SIGLA E ABREVIATURAS

BGH – Bundesgerichtshof

BVerfG – Bundesverfassungsgerichts

CC – Código Civil

CPP – Código de Processo Penal

CP – Código Penal

CNPD – Comissão Nacional de Protecção de Dados

CRP – Constituição da República Portuguesa

CF – Constituição Federal

CADH - Convenção Americana de Direitos Humanos

CEDH/LF – Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

MP – Ministério Público

OPC – Órgãos de Polícia Criminal

PIDCP – Pacto Internacional Sobre Direitos Cívicos e Políticos

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

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

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	8
1 – DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO TOCANTE AOS MEIOS DE PROVA EM PROCESSO PENAL	10
1.1 – DO DIREITO À RESERVA DA INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA.....	13
1.2 – O DIREITO FUNDAMENTAL À PALAVRA E A SUA AUTONOMIA.....	25
2 – O CRIME DE GRAVAÇÕES ILÍCITAS E A PROIBIÇÃO DE PROVAS EM PROCESSO PENAL.....	30
2.1 – FINS DO PROCESSO PENAL E A PROIBIÇÃO DE PROVAS	34
2.2 – A GRAVAÇÃO DE VOZ COMO PROVA DOCUMENTAL	38
2.3 – A PROIBIÇÃO DE UTILIZAÇÃO DE GRAVAÇÕES DE VOZ QUANDO OBTIDAS DE FORMA ILÍCITA	39
3 – DA VALORAÇÃO PROCESSUAL DAS GRAVAÇÕES REALIZADAS POR PARTICULARES.....	45
3.1 – AS CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO E A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS.....	53
3.2 – O PRINCÍPIO DA PONDERAÇÃO DOS INTERESSES CONFLITUANTES E A CONSEQUENTE ADMISSÃO DESSE MEIO DE PROVA	63
4 – UM BREVE COMPARATIVO QUANTO AO ORDENAMENTO BRASILEIRO E O POSICIONAMENTO QUANTO ÀS SUAS LEIS E SEGUNDO O ENTENDIMENTO DA JURISPRUDÊNCIA MAJORITÁRIA.....	70
5 - A FLEXIBILIDADE DA JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA.....	85
CONCLUSÃO.....	99
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA	102
LEGISLAÇÃO, JURISPRUDÊNCIA E SÍTIOS DA INTERNET.....	107

INTRODUÇÃO

A tecnologia desenfreada no mundo contemporâneo trouxe, a nova era, avanços e retrocessos a população do século XXI, sendo vista uma tremenda evolução no seio da sociedade, porém não sem repercussões.

Em meio aos progressos tecnológicos, surgiram novos meios de se proteger frente as demandas judiciais. Com o aparecimento de aparelhos eletrônicos de gravação e escutas de conversações de última geração, viu-se com mais facilidade meios de se defender no âmbito jurídico, utilizando-se como provas, dentro do processo penal, as gravações auferidas por particulares.

Em contrapartida, nos depreendemos com a invasão da privacidade, a violação do direito à palavra e também, o desrespeito ao sigilo das comunicações, trazendo ao Estado novas preocupações. A lesão aos direitos fundamentais obrigou o legislador a se preocupar com um ordenamento mais hábil e eficaz, de forma que fora necessário resguardar alguns direitos de maneira mais enfática, tendo em vista as lacunas oriundas da própria Constituição.

Neste sentido, o legislador português, em atenção as mudanças ocasionadas na sociedade, planeou medidas concretas para ver-se assegurados os direitos fundamentais, de modo a não prejudicar o cidadão na sua esfera mais íntima e também, para resguardar o sistema jurídico, de forma a garantir a segurança jurídica.

As gravações realizadas pelos particulares, é um meio de prova comumente utilizado, tendo em vista a busca pela verdade real, tratando-se de um meio, maioria das vezes, abusivo em decorrência da larga escala ao qual agride os direitos e garantias fundamentais, mas que tem o condão de resolver os litígios, que porventura não se mostram fáceis de solucionar.

No entanto, no decorrer do presente trabalho será demonstrado que estes meios de provas poderão ser utilizados excepcionalmente, em situações específicas, uma vez que se mostrará de suma importância para a resolução da lide, frente a descoberta da verdade real.

A priori, analisaremos os direitos fundamentais no tocante aos meios de prova no processo penal, elucidando à reserva da intimidade da vida privada e esmiuçando o direito à palavra e sua autonomia, cabendo verificar até que ponto estes direitos deverão ser assegurados diante destes meios de provas. Pretendemos responder a diversos questionamentos, como por exemplo até que ponto o direito a palavra deverá ser sacrificado ou não, de modo que o indivíduo tenha os seus direitos protegidos.

Em um outro momento verificaremos o crime de gravações ilícitas que se encontra tipificado no art. 199.º do Código Penal, fazendo um breve comparativo com o ordenamento brasileiro que não incrimina estes tipos de provas, fazendo acreditar que as gravações por particulares devem ser admitidas no seio do processo criminal, uma vez que não são consideradas provas ilícitas naquele país.

Uma vez que o ordenamento português repreende este tipo de provas, poderíamos alegar que é vedado toda e qualquer prova obtida de forma ilícita? Se um indivíduo grava no seu aparelho telefônico uma conversa, sem que o receptor tenha ciência, com o conteúdo da prática de um crime, podemos usar este produto como meio de prova? A busca pela verdade real dos fatos tem valor superior perante a ilicitude da obtenção destas provas pelo particular? Diante das consequências que a sociedade pode vir a sofrer, não seria melhor admitir estes meios de prova para resolução dos conflitos de modo a sacrificar os direitos fundamentais?

É com essas e outras indagações que nos debruçaremos no decorrer dessa investigação, ponderando os questionamentos à luz da jurisprudência majoritária atual. É a partir da valoração desses meios de provas por parte dos operadores do direito, que analisaremos criticamente a maneira mais acertada quando da sua utilização, ou não.

Em um capítulo próprio nos deteremos a mensurar a valoração processual das gravações realizadas por particulares, explorando quando das causas de justificação e a possível admissibilidade destas provas, observando-se criticamente quando da aplicação do princípio da ponderação dos interesses em conflito.

Por fim, trataremos em um capítulo específico, da situação no Brasil quando da admissão ou inadmissão dessas provas dentro do seu processo penal, averiguando o entendimento conforme os Tribunais Superiores, se alicerçando em uma metodologia dialética na polêmica para saber se a gravação é ou não legal. E logo em seguida, manifestaremos o entendimento jurisprudencial dos Tribunais Portugueses, de modo a verificar as convergências e divergências de ambos os ordenamentos.

O presente trabalho não tem o condão de apresentar respostas concretas para solução deste problema, mas é no decorrer deste estudo que desenvolveremos uma análise mais crítica quando da admissão ou inadmissão e conseqüente valoração, das gravações realizadas por particulares, para resolução das lides apresentadas, perseguindo o processo penal a, tão almejada, busca pela verdade real.

1 - DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO TOCANTE AOS MEIOS DE PROVA EM PROCESSO PENAL

Em todos os ramos jurídicos vê-se que a interdisciplinaridade com o Direito Constitucional é indispensável para que se encontre a justa solução das coisas. O Direito constitucional é o tronco da ordem jurídica estatal e como tal merece uma perfeita sintonia por parte dos outros ramos que lhe são colocados em confronto, tendo estes total submissão aquele.

Assim não seria diferente com o direito processual penal, por neste se manifestarem, de forma muito evidente e aguda, a consideração ou desconsideração de certos direitos frente aos interesses públicos ou à salvaguarda da legalidade, a relação entre as pessoas em concreto e o peso do aparelho coercivo do Estado, a natureza do regime político e, não raro, as suas vicissitudes.¹

Sendo assim, o processo penal é, de fato, direito constitucional aplicado, cabendo resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana em todo o seu percurso, para que assim adquira-se a segurança jurídica.

O importante não é apenas realçar que as garantias do acusado – que são, repita-se, garantias do processo e da jurisdição – foram alçadas a nível constitucional, pairando sobre a lei ordinária, a qual informam. O importante é ler as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais. É verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição. É vivificar os textos legais à luz da ordem constitucional. É, como já se escreveu, proceder a interpretação da norma em conformidade com a Constituição. E não só em conformidade com sua letra, mas também com seu espírito. Pois a interpretação constitucional é capaz, por si só, de operar mudanças informais na Constituição, possibilitando que, mantida a letra, o espírito da lei fundamental seja acolhido e aplicado de acordo com o momento histórico em que se vive, a cada dia que passa, acentua-se a ligação entre Constituição e Processo, pelo estudo dos institutos processuais, não mais colhido na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é esse o caminho, já ensina Liebman, que transformará o processo, de simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade.²

¹ MIRANDA, Jorge. *Processo penal e direito à palavra*, In *Direito e Justiça*, vol. XI, n. 2, Lisboa: Universidade Católica Editora, p. 45-46, 1997.

² FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 4. ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 16, 2005.

O direito processual penal, de estrutura acusatória, advém de um Estado de Direito Democrático que tem como finalidade precípua a realização da justiça com o estrito respeito pelos direitos fundamentais, na busca pela descoberta da verdade material.

No entanto, o Estado não poderá a todo custo perseguir a verdade material sem observar os limites impostos pelo ordenamento jurídico. Deverá assim, perquirir uma verdade processualmente legitimada e consequentemente válida e não obtida a todo ou a qualquer preço. Uma verdade obtida, em suma, no escrupuloso e integral respeito dos direitos fundamentais dos cidadãos.³

Os direitos fundamentais representam postulados elementares de uma vida digna e livre tanto para a comunidade como para o indivíduo, merecendo proteção por parte do processo penal, principalmente no que tangencia ao âmbito das provas colhidas no processo.

No que se refere ao tema <provas no processo penal> grandes são os embates causados nessa hodierna área, pois que nos últimos anos o progresso tecnológico adquiriu, em alguns domínios, uma velocidade e um dinamismo próprios, desprovidos de critérios morais, conduzidos por um neutralismo, ao qual são estranhas e mesmo desprezíveis quaisquer preocupações éticas, metafísicas, humanísticas.⁴

O Código de Processo Penal Português⁵ trata das provas no seu livro III subdividindo em três títulos, abordando as proibições de provas em seu art. 126.º, tema ao qual nos debruçaremos mais à frente no que tangencia a admissibilidade ou não das gravações por particulares no âmbito do processo penal.

A Constituição da República Portuguesa elevou à categoria dos direitos fundamentais a conciliação das provas com a dignidade da pessoa humana.⁶ E além disso, e de outros princípios aos quais enumera em seu ordenamento, estabelece em seu art. 32.º, as múltiplas garantias de processo criminal, elencando no n.º 8 que são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.⁷

³ GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. *A prova do crime: meios legais para sua obtenção*. Coimbra: Almedina, p. 15, 2009.

⁴ CABRAL, Rita Amaral. *O direito à intimidade da vida privada: breve reflexão acerca do artigo 8º do Código Civil*, In Separata dos estudos em memória do prof. Doutor Paulo Cunha, Lisboa, p. 6, 1988.

⁵ Vide ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4ª ed, Lisboa: Universidade Católica Editora, p. 329 e ss, 2011.

⁶ MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de Direito Processual Penal*. 2ª ed, Coimbra: Almedina, p. 179, 2013.

⁷ LOPES, J. J Almeida. *Constituição da República Portuguesa: 6º revisão anotada com os acórdãos do Tribunal Constitucional*, Lei do Tribunal Constitucional, Coimbra: Almedina, p. 200 e ss, 2005.

Sendo assim, resta inteiramente claro que ambos os ordenamentos precisam estar em perfeita consonância, sempre buscando assegurar os direitos fundamentais, de modo a realizar a justiça e garantir a paz da sociedade, utilizando-se das provas com cautela e admitindo-se em alguns casos uma certa relatividade, tendo em vista ser necessário sacrificar alguns direitos fundamentais em prol de uma justa equação dos problemas.

Desta maneira, podemos observar diante do próprio art. 32.º, n.º 8 da CRP que o ordenamento subdivide essas proibições em absolutas e relativas, assim também não é diferente o art. 126.º do CPP quando da obtenção de provas, o que nos faz perceber que tudo deverá ser analisado mediante cada caso concreto, pois que com base no reconhecimento da eficácia funcional da justiça penal enquanto bem jurídico de dignidade constitucional, têm advogado o sacrifício dos direitos fundamentais, máxime da intimidade privada, em sede de produção e valoração da prova, na luta contra a criminalidade mais grave e em nome da justiça penal, segundo um princípio de ponderação de interesses.⁸

Como se sabe não só o ordenamento jurídico português, mas também o brasileiro e outros ordenamentos, admitem alguns meios de prova, mais especificamente quanto aos meios ocultos de provas (meios enganosos) que é o que nos interessa neste trabalho, através de ordens ou autorizações legais emanadas por certas autoridades prescritas conforme texto legal. São os casos dos agentes provocadores, ‘homens de confiança’, videovigilância, ‘espionagem informática’, ‘buscas *on-line*’, fotografias ou gravações subreptícias, microfones à distância, gravações ambientais, ‘espionagem acústica domiciliária’, etc.⁹

O tema <provas> já é demasiado polémico e no que se refere aos meios ocultos de prova ainda mais, pois aborda as mais variadas situações e conflitua com diversos direitos fundamentais, sendo abominada por alguns doutrinadores¹⁰ e juristas e por vários outros admitidos com certas restrições.

Ocorre que estes meios, já mencionados acima, são regularizados e legalizados pelo Estado devendo este observar as limitações quanto as proibições desses tipos de provas, protegendo-se os direitos fundamentais não apenas para tutelar o direito do seu titular, mas também para resguardar a credibilidade e reputação do Estado de Direito.

⁸ SOUSA, Susana Aires. “*Agent provocateur e meios enganosos de prova*”, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, p. 1212, 2003.

⁹ RODRIGUES, Benjamim Silva. *Da prova penal: bruscamente... A(s) Face(s) Oculta(s) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal*. Tomo II, Editora Rei dos livros, p. 38, 2010.

¹⁰ Neste sentido e contrariamente aos meios ocultos de prova RODRIGUES, Benjamim Silva, p. 41, 2010. “O uso de um método de investigação oculto, mesmo o aparentemente menos ofensivo, provoca um alastramento, multiplicação e ampliação, em várias frentes, dos seus efeitos nocivos, constritores, limitadores e aniquiladores do núcleo essencial dos direitos fundamentais envolvidos.”

Os meios de provas enganosos podem causar um certo desconforto na sociedade, porém é preciso se voltar a realidade pelo qual hoje vivenciamos, já que muitas vezes este é o único meio de prova que temos, seja para inocentar o acusado ou para condená-lo.

No direito processual penal aparece a dicotomia do admissível *vs.* inadmissível, ao passo que no direito penal material aparece aquela outra dicotomia do lícito *vs.* ilícito. E será a partir desta dicotomia que será analisado o tema pelo qual será tratado nesse presente estudo, uma vez que nos conduziremos pelos trilhos das proibições de provas, gravações por particulares, analisando quando deverão ser admitidas ou inadmitidas, mesmo que sejam denominadas como ilícitas.

Para isso é preciso, antes de mais, explicitarmos alguns direitos fundamentais que serão postos em causa nesses tipos de situações, para que possamos seguir com o tema que logo a frente será abordado com mais afinco.

1.1 - DO DIREITO À RESERVA DA INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA

O direito à reserva da intimidade da vida privada está consagrado no art. 26.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa, que reconhece a todos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.¹¹ (Grifo nosso). Este direito, também encontra-se regulamentado em termos internacionais, no art. 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem¹² (DUDH) e no art. 8.º da Convenção Europeia para a protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais¹³ (CEDH/LF) e por fim à nível infra-constitucional está respaldado no art. 80.º do Código Civil (CC) e no Título II, do Capítulo VII do Código Penal (CP) sob intitulação “Dos crimes contra a reserva da vida privada”.

¹¹ LOPES, J. J Almeida. p. 163, 2005.

¹² *Vide* Declaração Universal dos Direitos do Homem In: <<http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-11-20.html>> “Art. 12. Ninguém deverá ser submetido a interferências arbitrárias na sua vida privada, família, domicílio ou correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques todas as pessoas têm o direito à protecção da lei.”

¹³ *Vide* Convenção Europeia para a protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais In: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. “Art. 8. n. 1 Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. n. 2 Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.”

Contudo, é a própria Constituição da República que em seu artigo 18.º, n.º 2 admite a restrição dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, nos casos especificamente previstos naquela Carta. Por conseguinte, o citado artigo 34.º apesar de proibir a interferência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, reserva os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.¹⁴

Como é visto, o âmbito normativo deste direito é bastante amplo, o que delimita demasiadamente as restrições ao qual se pode fazer neste ímpeto, e torna ainda mais complexo definir o que realmente é a reserva da intimidade da vida privada. No entanto, como acima citado, sabemos que o ordenamento admite restrições na esfera desse direito.

Isso tudo não acontece apenas no direito português, mas no ordenamento brasileiro também há margens para determinadas restrições, sendo inclusive, um sistema ao qual admite de forma mais ampla restrições quanto aos direitos fundamentais, com decisões importantes por parte do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. O direito à reserva da intimidade da vida privada está apregoado no art. 5.º, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quando menciona: “são invioláveis à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”¹⁵

Enfim, todos os ordenamentos alienígenas protegem à intimidade da vida privada como direito fundamental, ao menos nos países ocidentais, posto ser um direito intrínseco a personalidade do homem, devendo este princípio ser a regra e não a exceção. E como já foi visto encontra-se consagrado tanto no plano nacional como internacional.

Mas, o que seria a reserva da intimidade da vida privada?

A reserva da intimidade da vida privada, como se sabe, está ligada a vida particular do indivíduo e esta será delineada de acordo com a sua vida no seio social, havendo limites quando se trata de um indivíduo comum ou de uma figura pública. Pois, estes últimos têm a esfera da sua intimidade reduzida uma vez que abdicam desta e voluntariamente se expõem ao público, o que não quer dizer que tenham uma supressão de sua intimidade. Também podemos ressaltar que o princípio em questão será analisado mediante o espaço físico, caso ocorra em local público ou privado.

¹⁴ RIBEIRO, Cristina. Escutas telefônicas: pontos de discussão e perspectiva de reforma. *Revista do Ministério Público*, n. 96, out – dez 2003, p. 67-89.

¹⁵ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF: Senado Federal, 1988. In: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

Sendo assim, constitui este um dos principais, senão o mais importante direito regulado autonomamente pelo Código Civil – há quem diga que, nos nossos dias, sem ele a liberdade individual é destituída de significado.¹⁶

Segundo o professor emérito RAYMOND WACKS, o interesse na proteção do direito a intimidade da vida privada é o de evitar ou de controlar a tomada de conhecimento ou a revelação de informação pessoal, isto é, daqueles factos, comunicações ou opiniões que se relacionam com o indivíduo e que é razoável esperar que ele encare como íntimos ou pelo menos como confidenciais e que por isso queira excluir ou pelo menos restringir a sua circulação.¹⁷

Para TOMMASINI a tutela da *privacy* é caracterizada por uma fundamental contraposição: de um lado, o interesse do indivíduo na sua privacidade, isto é, em subtrair-se à atenção dos outros, em impedir o acesso a si próprio ou em obstar à tomada de conhecimento ou à divulgação de informação pessoal (interesses estes que, resumindo, poderíamos dizer serem os interesses em evitar a intromissão dos outros na esfera privada e em impedir a revelação de informação pertencente a essa esfera); de outro lado fundamentalmente o interesse em conhecer e em divulgar a informação conhecida, além do mais raro interesse em ter acesso ou controlar os movimentos do indivíduo – interesses esses que ganharão maior peso se forem também interesses públicos.¹⁸

Sabemos que este é um conceito amplo em que está separando a esfera social *versus* individual, porém, trata-se de um direito que merece imenso resguardo por parte da lei e dos operadores do direito quando de sua atuação, devendo estes assegurar a proteção da intimidade ameaçada pelos outros.

Como já foi dito, a evolução tecnológica fornece, hoje em dia, meios desmedidos e abundantemente mais eficazes de violação da intimidade da vida privada das pessoas, assim como os minis microfones espões, os meios de dados telemáticos, as gravações ambientais através dos novos aparelhos telefônicos móveis que registram todas as conversações através de aplicativos contidos naqueles aparelhos, sendo estes últimos tema que logo a frente será abordado com maior ênfase, vez tratar do assunto central.

¹⁶ CABRAL, Rita Amaral. *O direito à intimidade da vida privada: breve reflexão acerca do art. 80º do Código Civil*. In Estudos em memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, Lisboa: AAFDL, 1988, p. 14.

¹⁷ WACKS, Raymond. *The proverty of privacy*. Law Quarterly Review 73, 1980, p. 22.

¹⁸ TOMMASSINI, Raffaele. *Osservazioni in tema di diritto alla privacy*, Milano, 1976, p. 245, *apud* PINTO, Paulo Mota. *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LXIX, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 508-509.

Sendo assim, é preciso uma análise minuciosa e uma proteção ampla para que a intimidade da vida privada não venha a ser violada, voltando a atenção para estes meios tecnológicos que tanto podem trazer diversas vantagens ao processo penal, como meios de provas, como também pode vir a ferir demasiadamente a esfera do indivíduo.

A verdade é que especialmente hoje em dia, a ordem jurídica não se pode demitir de proteger a privacidade e de se adaptar às novas ameaças que se perfilam sem se demitir simultaneamente da sua função e sem perder o seu próprio sentido fundamental de ordem de tutela da pessoa.¹⁹

Um outro embate é que a medida que não se pode deixar de assegurar o princípio da reserva da intimidade da vida privada, também não pode o Direito se estagnar no tempo e não evoluir conforme as mudanças e progressos da sociedade, devendo sempre o direito acompanhar as mudanças e tentar um equilíbrio segundo os ditames do ordenamento, pois que os valores se modificam no tempo e no espaço.

Sendo assim, podemos concluir que há vários conteúdos que fazem parte desta ‘vida privada’²⁰, tais como: a sua identidade, isto é, o seu nome e outras marcas ou sinais de identidade, além de dados pessoais como filiação, residência ou número de telefone. O estado de saúde da pessoa faz também parte, sem dúvida, da sua vida privada, bem como a vida conjugal, amorosa e afectiva do indivíduo, isto é, os projectos de casamento e de divórcio, aventuras amorosas, afectos e ódios, etc. A intimidade maternal, que é protegida pelo véu da vida do lar. Poderá pôr-se ainda o problema quanto a outros locais, privados (como um automóvel) ou mesmo públicos (uma cabina telefónica, por exemplo, ou um café). Pensamos que mesmo acontecimentos que se desenrolem nestes últimos lugares poderão fazer parte da vida privada, de acordo com o critério geral acima referido. Além disto, tal como a vida do lar será em geral vida privada e está protegida pela garantia da inviolabilidade do domicílio, também as comunicações por carta e por telecomunicação (v. *gr.* telefónicas),

¹⁹ PINTO, Paulo Mota. *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LXIX, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 508-509.

²⁰ No Parecer da Procuradoria-Geral da República n. 121/80, Pareceres, Lisboa, PGR (1998), VII, p. 76, define que a vida privada “compreende aqueles actos que, não sendo secretos em si mesmos, devem subtrair-se à curiosidade pública por naturais razões de resguardo e melindre, como os sentimentos e afectos familiares, os costumes da vida e as vulgares práticas quotidianas, a vergonha da pobreza e as renúncias que ela impõe e, até, por vezes, o amor da simplicidade, a parecer desconforme com a grandeza dos cargos e a elevação das posições sociais; em suma tudo: sentimentos, acções e abstenções, que podem ser altamente meritórios do ponto de vista da pessoa a que se referem mas que, vistos do exterior, tendem a apoucar a ideia delas faz jus o público em geral.”

estando protegidas por garantias de inviolabilidade, deverão ser tidas como atinentes à vida privada – admitindo-se, porém, também aqui, prova em contrário.²¹

Alguns doutrinadores fazem distinção quanto a esfera da intimidade da vida privada *versus* vida privada²², porém não nos debruçaremos sobre o tema, tratando a intimidade da vida privada no geral como aquela que protege o indivíduo quanto a tudo aquilo o que faz parte de sua esfera particular; mas o que podemos afirmar é que no caso da vida profissional e dos segredos dos negócios, estes duvidosamente seriam considerados íntimos.

Como já dito acima conceituar ‘a reserva da intimidade da vida privada’ não é trabalho fácil, mas certo é que este princípio e, ao mesmo tempo, direito, foi reconhecido por vários países, tendo quase todos tratado, ao menos, de forma similar. Como já explicitado acima foi reconhecido em esfera internacional, tendo sido só em 1948 assegurado a sua proteção pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem aprovada pela XI Conferência Internacional em Bogotá. A partir daí tantos outros ordenamentos a cunho internacional e nacional tomaram a mesma posição, inaugurando uma série de grandes acontecimentos no mundo inteiro.

No Brasil, apesar de as constituições anteriores resguardarem alguns direitos fundamentais, somente a partir da Carta de 1988 passou a existir expressa referência à vida

²¹ PINTO, 1993, p. 527-528.

²² Muitos doutrinadores distinguem o direito ‘vida privada’ e ‘intimidade’, tendo alguns deles declarado tal distinção; vejamos: Para o Dicionário da Real Academia Espanhola, 1939, ele define a intimidade como “parte personalíssima, comumente reservada dos assuntos, desejos ou afeições de um sujeito ou de uma família definindo o íntimo como o “mais interior ou interno”. Já na edição de 1970 a definição é alterada para zona espiritual íntima e reservada de uma pessoa ou de um grupo, especialmente de uma família. ” MÁ, MATONI, *apud* VIEIRA, Sônia Aguiar do Amaral. *Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios de comunicação*. São Paulo: Juarez de Oliveira 2002, p. 18. Sendo certo que estes são expressões que ora proferem conceitos diversos, ora expressam sinônimos. Para o doutrinador brasileiro Cretella e segundo a CF/88, “a noção de intimidade ou vida privada é vinculada à noção relativa e subjetiva de espaço e tempo, o que explica a dificuldade do tema. Novamente aqui o legislador constituinte distinguiu a mesma situação com dois nomes distintos, quando se sabe que ‘intimidade’ do cidadão é sua ‘vida privada’, no recesso do lar. ” JÚNIOR, José Cretella. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. Segundo o vocabulário jurídico de Plácido e Silva “vida privada ou vida particular designa aquela afastada do convívio ou da observação de estranhos. A intimidade deriva do latim *intimus*, indica a qualidade ou o caráter das coisas e dos fatos que se mostram estreitamente ligados, ou das pessoas, que se mostram afetuosamente unidas pela estima. ” DE PLÁCIDO E SILVA, *apud* VIEIRA, 2002, op. cit. p. 25. Já para Celso Ribeiro e Ives Gandra Martins “consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área de manifestação existencial do ser humano. ” BASTOS; MARTINS; *apud* VIEIRA, 2002, op. cit. p. 23. Por fim define Vidal Serrano a intimidade como: “o núcleo mais restrito da vida privada, uma privacidade qualificada, na qual se resguarda a vida individual de intromissões da própria vida privada, reconhecendo-se que não só o poder público ou a sociedade podem interferir na vida individual, mas a própria vida em família, por vezes, pode vir a violar um espaço que o titular deseja manter impenetrável, mesmo aos mais próximos, que compartilha consigo a vida cotidiana. ” SERRANO, Vidal. *A proteção constitucional da informação e o direito a crítica jornalística*. São Paulo: FTD, 1997.

privada e à intimidade. Para o doutrinador brasileiro José Afonso da Silva o direito à vida privada é o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito. Embarca todas as manifestações das esferas íntimas privadas e da personalidade, que o texto constitucional consagrou. A esfera de inviolabilidade, assim, é ampla, abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo.²³

Sendo assim, resta muito claro que este direito remete ao modo de ser e viver, como um direito imanente a cada indivíduo de viver a sua própria vida sem interferências abusivas por parte do Estado e particulares.

A dificuldade que se encontra, principalmente na conceituação por parte dos autores, quanto ao direito da privacidade e intimidade vê-se cada dia mais complexo, posto que os valores existentes na sociedade se modificam no tempo e no espaço, fazendo o conteúdo destes direitos oscilarem na medida em que a sociedade evolui ou mesmo regride.

Nos Estados Unidos é utilizada a nomenclatura, *'right of privacy* ou *right to be let alone*', em França *'droit a la vie privée ou droit a l'intimité*', em Itália há uma distinção entre *'diritto la riservatezza e rispetto della vita privata*²⁴, ainda havendo uma diferenciação quanto a *'segretezza*', em Espanha a expressão dada é *'derecho a la intimidade e derecho a la vida privada*'. E por fim na Alemanha, ao qual muitos ordenamentos o seguem, assim como parte da doutrina brasileira e portuguesa, a teoria das três esferas ao qual tem papel fundamental na construção e delimitação do âmbito da proteção do direito à reserva da intimidade da vida privada, dividindo este direito da personalidade em três esferas: íntima, privada e pública.

E como já referido anteriormente, Portugal o define como direito a proteção da intimidade da vida privada, fazendo uma distinção entre *'vida privada*' e *'intimidade da vida privada*'.

A proteção da reserva sobre a vida privada origina, assim, um núcleo de intimidade, de solidão ou anonimato que desempenha importantes funções, sociais, psicológicas, etc., para a pessoa. O reconhecimento da reserva da vida privada é uma condição de integridade

²³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p. 206.

²⁴ Vide CAPRIOLI, Francesco. *Colloqui riservati e prova penale*. Torino: G. Giappichelli editore, 2000, p. 9-140.

da pessoa e a sua protecção deve ser considerada actualmente como um aspecto da protecção da “dignidade humana²⁵”.²⁶

Sendo assim, é imperioso afirmar que o respeito pela reserva da vida privada quer ver proibidas a revelação, divulgação da informação e a tomada de conhecimento que esteja na esfera de protecção para que tal direito seja resguardado e o indivíduo tenha a sua liberdade respeitada.

Diante de tudo isso, o que podemos comprovar é que o direito à protecção da reserva da intimidade da vida privada está intrinsicamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana²⁷, sendo este o pilar de todos os outros direitos fundamentais. O ser humano inserido no contexto do mundo globalizado, merece cada dia mais o respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, não podendo ter a esfera da sua privacidade violada.

É que a dignidade da natureza de cada homem, enquanto sujeito pensante dotado de liberdade e capaz de responsabilidade, outorga-lhe autonomia não apenas física, mas também moral, particularmente, na condução da sua vida, na auto-atribuição de fins a si mesmo, na eleição, criação e assunção da sua escala de valores, na prática dos seus actos, na reavaliação dos mesmos e na recondução do seu comportamento. Ora, tal autonomia, face à complexidade da vida social, pressupõe nomeadamente que cada homem possua uma esfera privada onde possa recolher-se (*right to be alone*), pensar-se a si mesmo, avaliar a sua conduta, retemperar as suas forças e superar as suas fraquezas, esfera essa que os demais sob pena de ilicitude não devem violar, v. g., intrometendo-se nela e instrumentalizando ou divulgando os elementos que a compõem.²⁸

²⁵ Vide: MIRANDA, Jorge. *A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais*. In Justiça. São Paulo, 67 (201), jan-dez, 2010, p. 359-385.

²⁶ PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. *A protecção da vida privada e a constituição*. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LXXVI, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 164.

²⁷ “A dignidade pessoal postula o valor da pessoa humana e exige o respeito incondicional da sua dignidade. Dignidade da pessoa a considerar em si e por si, que o mesmo é dizer a respeitar para além e independentemente dos contextos integrantes e das situações sociais em que ela concretamente se insira. Assim, se o homem é sempre membro de uma comunidade, de um grupo, de uma classe, o que ele é em dignidade e valor não se reduz a esses modos de existência comunitária ou social. Será por isso inválido, e inadmissível, o sacrifício desse seu valor e dignidade pessoal a benefício simplesmente da comunidade, do grupo, da classe. Por outras palavras, o sujeito portador do valor absoluto não é a comunidade ou a classe, mas o homem pessoal, embora existencial e socialmente em comunidade e na classe. Pelo que o juízo que histórico-socialmente mereça uma determinada comunidade, um certo grupo ou uma certa classe não poderá implicar um juízo idêntico sobre um dos membros considerado pessoalmente – a sua dignidade e responsabilidade pessoais não se confundem com o mérito e o demérito, o papel e a responsabilidade histórico-sociais da comunidade, do grupo ou classe de que se faça parte.” NEVES, António Castanheira. *A revolução e o direito*. Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, 1976, p. 207.

²⁸ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 316-317.

Percebe-se, assim, que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta, por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. Assim, tem-se que os princípios fundamentais carecem de reconhecimento e obediência, para ser possível garantir a dignidade humana.²⁹

Com tudo isto, podemos declarar que os direitos fundamentais, neste caso a proteção da intimidade da vida privada, surgiram para garantir ainda mais os direitos do homem e para assegurar a sua dignidade impondo limites à atuação estatal, de modo que a esfera pública não venha a transgredir o direito pessoal e por outro lado implica que o Estado deverá ter por escopo a proteção, o respeito, a realização e a promoção de uma vida digna para todos, devendo abster-se de intervir na esfera individual que sejam contrárias à dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, é notório que o direito a intimidade é quase sempre apontado como sinônimo do direito à privacidade, assim grande parte da doutrina portuguesa se posiciona e também no Brasil mesmo distinguindo em dois nomes diversos, sabendo-se que a intimidade do indivíduo engloba a sua vida privada no recanto do lar. Com isso, o que podemos depreender é que a tutela constitucional visa proteger por um lado o segredo da vida privada, onde estaria o direito à intimidade, e por outro lado à proteção da liberdade da vida privada que consistiria no próprio direito à vida privada.

A reserva da intimidade da vida privada não encontra amparo apenas em âmbito constitucional, como já fora explicitado acima, mas também encontra respaldo na esfera do direito civil e do direito penal, sendo por este último o nosso maior interesse.

É preciso analisar como o campo do direito penal e do processo penal se relacionam com a reserva da intimidade da vida privada.

Como direito fundamental merece todo o respeito e proteção, pois como visto é um princípio que rege as relações dos indivíduos entre si e com a comunidade, não se podendo violá-lo posto assegurar aos indivíduos a sua liberdade e sua dignidade. Tal postulado tem ampla autonomia no ordenamento nacional e internacional devendo proteger as

²⁹ RAMOS, Cristina de Mello. *O direito fundamental à intimidade e à vida privada*. In Revista de direito da Unigranrio, vol. 1, n. 1, Duque de Caxias – Rio de Janeiro: Revista eletrônica da Universidade do Grande Rio, 2008, p. 2.

manifestações mais importantes da personalidade, daí que surge os inúmeros conflitos quando se coloca em confronto com os princípios e ideologias do processo penal e também, do direito penal substancial.

É a partir deste entrave que muitas controvérsias surgem, pois, mesmo o direito penal e o processo penal assegurando a reserva da intimidade da vida privada, em alguns momentos os princípios colidem e é necessário buscar uma solução justa, de modo que alguns direitos fundamentais precisam ser sacrificados em virtude de outros. E será na medida deste estudo que nos debruçaremos em analisar, se e quando, a proteção da reserva da intimidade privada pode ser sacrificada em virtude de outros direitos fundamentais. Ou se jamais poderá ser sacrificado.

Muitas vezes o direito à reserva da intimidade da vida privada conflitua com o interesse punitivo do Estado e com alguns procedimentos do processo penal, indo sob o encontro até mesmo do direito à vida, a integridade física e a outros bens que são de suma importância.

O processo penal tem por escopo a busca pela verdade material, porém não pode a todo custo sacrificar os direitos fundamentais (leia-se: a reserva da intimidade da vida privada), para, pura, consecução dos seus fins, pois além da função de descobrir a verdade dos fatos, é preciso que ele proteja os direitos fundamentais das pessoas e restabeleça a paz jurídica.

Assim, a máxima proteção dos direitos fundamentais colocaria barreiras intransponíveis à descoberta da verdade e, em consequência, à realização da justiça e a busca da verdade a todo o custo eliminaria os mais elementares direitos, conduzindo a uma mistificação da justiça. Este conflito revela-se, em toda a sua amplitude, de forma exponencial, no domínio dos meios de prova e de obtenção da prova. Com efeito, o interesse punitivo do Estado e a plêiade de métodos, tendentes a determinar a existência de um facto ilícito, a punibilidade do seu autor e a determinação da pena ou medida de segurança aplicáveis, dada a natureza das coisas, podem afrontar, de forma grave e irreversível, os direitos fundamentais inerentes a um ser livre e digno.³⁰

Com isso não queremos, simplesmente, aludir que devemos sacrificar a proteção da reserva da intimidade da vida privada. Não! Sabemos que a privacidade, como acima visto, é um princípio fundamental de demasiado montante e por isso, para que seja sacrificado em

³⁰ CORREIA, João Conde. *Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações?* In: Revista do Ministério Público, Ano 20, n. 79, julho/setembro de 1999, p. 46.

decorrência de outros, é necessário, antes de mais nada, analisar o caso concreto e distinguir o que há de mais sublime em cada situação, de modo que o indivíduo não seja afetado em sua privacidade e assim não veja a sua liberdade tolhida. É preciso, também, analisar a lei e todo o ordenamento, tendo em vista que o próprio regulamento disciplina os casos em que isto poderá acontecer.

Em Portugal a reserva da intimidade da vida privada é tutelada constitucionalmente em seu art. 26.º como já fora mencionado, preceituando o n.º 2 deste artigo que a lei estabelecerá garantias contra a utilização abusiva, ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.³¹

No entanto, é no âmbito da tutela penal que é imperioso consignar, pois o bem jurídico ‘privacidade’ está assegurado no Código Penal onde existe um capítulo próprio intitulado ‘Dos crimes contra a reserva da vida privada’, elencando um rol destes delitos quais sejam: violação de domicílio (art. 190.º), introdução em lugar vedado ao público (art. 191.º), devassa da vida privada (art. 192.º), devassa por meio de informática (art. 193.º), violação de correspondência ou de telecomunicações (art. 194.º), violação de segredo (art. 195.º) e aproveitamento indevido de segredo (art. 196.º).

Com isso nos resta claro o quanto o ordenamento português assegura a reserva da intimidade da vida privada em todas as esferas do seu regulamento, o que difere bastante da maioria dos ordenamentos de outros países³², uma vez que a tutela penal da privacidade/intimidade encontra hoje guarida na generalidade dos ordenamentos jurídicos europeus, se bem que segundo modelos diferenciados, a resultarem em áreas de proteção

³¹ LOPES, J. J. Almeida. 2005, p. 164.

³² Sobre o tratamento da privacidade/intimidade em alguns países, ver: “Algumas codificações (v. g., austríaca e suíça) limitam-se a criminalizar, a par da violação de segredo, a violação dos ‘tabus formais’ (domicílio, telecomunicações, etc), dessa forma assegurando à privacidade/intimidade uma tutela avançada, mas seguramente mais lacunosa e fragmentária (KIENAPFEL, Grundriss I 278 ss.; STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht*, BT, I 292). Também na Alemanha, depois de algumas tentativas nesse sentido, - com destaque para o § 145 do PA – prece ter-se abandonado o propósito de pôr de pé um delito geral de indiscrição (KARGL, ZStW 2005 328). Sem prejuízo, o código penal vigente integra hoje um extenso capítulo (XV) relativo à Violação da área pessoal e de segredo que acaba por assegurar à privacidade/intimidade uma tutela relativamente alargada: já pela via das incriminações atinentes à privacidade em sentido formal (infra §§ 8 ss.), já no contexto de infracções como a violação de segredo, a violação da confidencialidade da palavra (§ 201) ou a violação da área eminentemente pessoal da vida através das fotografias (§201 a). Também existem assimetrias entre as legislações que consagram um delito geral de indiscrição: uns assegurando uma tutela mais alargada, aproximando-se duma cobertura congruente das diferentes formas de atentado; outros admitindo margens mais alargadas de atipicidade e impunidade. É o que ilustra o confronto entre a lei portuguesa e as soluções da lei espanhola (art. 197 do código penal espanhol), que incrimina e pune, a título de intromissão arbitrária, um conjunto mais alargado de agressões do que as previstas nas alíneas a), b) e) do n. 1 do art. 192º da codificação portuguesa (infra §§ 20 ss.). ANDRADE, Manuel da Costa. *Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial*, tomo I (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), 2ª ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 1041-1042.

não inteiramente sobreponíveis. Nem todas as legislações optaram por consagrar um delito geral de indiscrição, homólogo à incriminação da lei portuguesa, tendencialmente apostado numa protecção global e congruente do bem jurídico.³³

No Brasil, por exemplo, não existe qualquer consagração no Código Penal neste sentido, sendo apenas assegurado à título constitucional. O direito à reserva da intimidade da vida privada, neste caso, não é consagrado como um ilícito, tendo apenas uma abordagem genérica no ordenamento, devendo ser respeitado nos mais diversos casos, uma vez que tudo se submete ao que está preceituado na Carta Magna. E como direito fundamental a privacidade deve ser amplamente protegida.

Na Itália há consagração tanto na Carta Constitucional em seu art. 15.º que menciona que *“la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell’ autorità giudiziaria com le garanzie stabilite dalla legge.”*³⁴ Como também há menção no Código Penal em seu artigo 615 bis ao qual alude que *“chiunque, mediante l’ uso di strumenti di ripresa visiva o sonora, si procura indebitamente notizie o immagini attinenti alla vita privata svolgentesi nei luoghi indicati nell’ articolo 614, è punito com la reclusione da sei mesi a quattro anni. Alla stessa pena soggiace, salvo che il fatto costituisca più grave reato, chi rivela o diffonde, mediante qualsiasi mezzo di informazione al pubblico, le notizie o le immagini ottenute nei modi indicati nella prima parte di questo articolo. I delitti da uno a cinque anni se il fatto è commesso da um pubblico ufficiale o da um incaricato di um pubblico servizio, com abuso dei poteri o com violazione dei doveri inerenti alla funzione o servizio, o da chi esercita anche abusivamente la professione di investigatore privato.”*³⁵

No entanto, é diverso o entendimento na Itália, tendo em vista que não se consagra um crime de privacidade específico; não se trata de um ilícito penal como defende o código penal português, sendo sua dimensão menor quanto a este ponto. No entanto, consagra um ilícito visando a habitação, o domicílio³⁶, o lugar da morada. E é neste sentido que se desenvolve o princípio da intimidade da vida privada.

Contudo, podemos afirmar que apesar da imensa protecção que se deve dar aos direitos fundamentais estes não são direitos absolutos, podendo ser legalmente restringidos, nos casos expressamente previstos na Constituição (art. 18.º, n.º 2, 1ª parte). Esta autorização

³³ ANDRADE, 2012, p. 1041.

³⁴ Vide: <https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>

³⁵ Vide: <http://www.brocardi.it/codice-penale/libro-secondo/titolo-xii/capo-iii/sezione-iv/art615bis.html>

³⁶ Vide: <http://www.brocardi.it/codice-penale/libro-secondo/titolo-xii/capo-iii/sezione-iv/art614.html>

expressa legitima a actividade restritiva do legislador ordinário e dá segurança jurídica aos cidadãos, na medida em que apenas nesses casos poderá haver compressão dos direitos fundamentais. E tais restrições em caso algum poderá afectar o conteúdo essencial do direito em causa, isto é a dignidade da pessoa humana, enquanto essência dos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrados.³⁷

Sendo assim, podemos aludir que jamais o indivíduo poderá renunciar em definitivo o direito à intimidade da vida privada, uma vez que esta esfera deve e tem de ser resguardada, posto ter uma total ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana o qual não pode vir a ser violada, contudo a lei regula algumas restrições onde este direito poderá vir a ser reduzido.

O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada deve, portanto, ser harmonizado com outros direitos fundamentais e interesses legítimos, para que como já mencionado acima, se encontre a solução mais justa, de modo que a segurança jurídica esteja a salvo.

Exemplo de realização de interesse legítimo que pode limitar o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada é o da realização da justiça.³⁸ Isto já fora comumente comentado anteriormente e é assunto que a frente será mais bem detalhado, tendo em vista que em muitos casos é preciso valorar os bens jurídicos, para se dirimir naquilo que trará justiça.

Diríamos que, não sendo os bens conflituantes harmonizáveis em concreto sem prejuízo para qualquer dos interesses, terão de ser consideradas todas as circunstâncias do caso, mobilizando-as numa valoração segundo elementos tanto quanto possível objetivos. Estabelecer-se-ão, assim, relações de preferência entre esses bens, e poderá chegar-se, desde logo, à eliminação do conflito através do afastamento de cripto-argumentos, da demonstração de maior frequência, maior intensidade ou prioridade de um dos interesses, ou, ainda, pela avaliação de factores atinentes ao comportamento do agente e do lesado. Se o conflito subsistir, deverá então ser resolvido pela tentativa de optimização dos valores em

³⁷ CORREIA, 1999, p. 59. Ainda sobre as restrições afirma João Conde Correia: “O que o legislador não pode, sob pena de ultrapassar este limite absoluto, é destruir ou restringir gravemente a liberdade física em geral ou a intimidade do cidadão comum. Não pode é subverter ou desfigurar o valor e a garantia constitucionais ínsitas em cada um dos diversos preceitos relativos aos direitos fundamentais. Nalguns casos esses valores ou garantias reflectem de forma tão intensa a dignidade da pessoa humana, que é impensável qualquer restrição. É o que se passa com a vida ou a integridade física. Noutros, porém, normalmente em aspectos particulares da vida, a compressão é possível, embora excepcional e parcial. (CORREIA, 1999, p. 60).

³⁸ MOTA, 1993, p. 566. *Vide* mais em MOTA, 1993, p. 566-567: Podem ocorrer limitações à reserva da privacidade em vários momentos do processo, como: no quadro de testemunhos, peças processuais ou outras diligências de prova, como nos exames a pessoas. “A própria publicidade das sentenças, por outro lado, bem como a possibilidade de obter certidões ou de consultar peças processuais, podem pôr em causa a privacidade.”

causa, o que postulará o recurso ao meio que globalmente menos gravame provoque e poderá mesmo levar à equiparação dos bens em conflito.³⁹

Com a evolução tecnológica percebemos o enorme crescimento da devassa da vida privada. Com o que será tratado adiante, veremos que são muitos os meios de tecnologia que podem ferir a privacidade do indivíduo atingindo até mesmo a sua dignidade, porém analisaremos até que ponto essa privacidade tem e deve ser assegurada em virtude de provas processuais no direito criminal.

1.2 - O DIREITO FUNDAMENTAL À PALAVRA E A SUA AUTONOMIA

O direito à imagem e à palavra, eram antigamente tratados no ordenamento português como bens jurídicos tutelados a partir da proteção da privacidade/intimidade, sendo assim eram punidos pela violação destes últimos e não como um bem jurídico autônomo.

Com o passar dos anos a doutrina portuguesa, muito acertadamente evoluiu neste sentido autonomizando estes dois bens jurídicos, o que só ocorreu definitivamente com o CP de 1982 que, pela primeira vez na história do direito penal pátrio, deu acolhimento positivado a uma incriminação (art. 179.º - gravações e fotografias ilícitas), expressamente votada à tutela destes bens jurídicos.⁴⁰

No entanto, foi com a reforma de 1995 que os crimes de gravações e fotografias ilícitas foram desentranhados do capítulo que tratava da reserva da vida privada, passando a um capítulo próprio, sob denominação ‘Dos crimes contra outros bens jurídicos pessoais’, consagrados no art. 199.º do CP atual.

Na maior parte dos ordenamentos europeus e também no Brasil, mais especificamente, não há uma incriminação dos atentados a estes bens jurídicos como se orienta em Portugal, os revelando como bens autônomos, mas em sua grande prevalência estes são associados a proteção da privacidade/intimidade.

Sendo assim, as condutas só são, em geral, proibidas e punidas se e na medida em que resultam em devassa da área de reserva.⁴¹ O que difere, sobremaneira do tratamento dado pelo ordenamento português, que independente de violar a esfera da privacidade/intimidade pune-se como ilícito penal as gravações ou fotografias ilícitas.

³⁹ MOTA, 1993, p. 497-498.

⁴⁰ ANDRADE, 2012, p. 1186.

⁴¹ ANDRADE, 2012, p. 1187.

Como já referido anteriormente, a Constituição consagra em seu art. 26.º, n.º 1 o direito à palavra como bem jurídico autônomo, e será nesta esfera do direito à palavra que nos proporemos a estudar, deixando de lado o direito à imagem, posto não ser tema de abordagem nesse trabalho.

Além da expressa consagração na Constituição Portuguesa, o direito à palavra também está convalidado no Código Penal em seu art. 199.º “Gravações e fotografias ilícitas”, onde preceitua que:

“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 lícitamente produzidas; é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias. ”

Com isso podemos verificar que a palavra tem uma importância determinante no meio social e, principalmente, no meio da telecomunicação, representando a plena disponibilidade da pessoa humana sobre a palavra falada, como expressão directa da sua personalidade e da sua dignidade.⁴²

A fala é a expressão superior, em termos antropológicos, de uma qualquer relação comunicacional, já que pelo falar se consegue, de maneira comprimida, transmitir, em um espaço de tempo breve, uma quantidade de fluxo informacional, certa e precisa, que outras formas comunicacionais se mostram incapazes de realizar.⁴³

Na maioria dos países, sejam eles ocidentais ou não, não existe uma incriminação⁴⁴ nesse sentido, tampouco uma proteção voltada à palavra, pois sequer é considerado a palavra

⁴² ANDRADE, 2012, p. 1197.

⁴³ COSTA, José Francisco de Faria. *Direito Penal da Comunicação: alguns escritos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 144-145.

⁴⁴ ⁴⁴ A Espanha por exemplo pune em seu art. 197 do seu Código Penal “1. *El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de outro, sins u consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.*” Vide in: <http://www.cepal.org/oig/noticias/paginas/1/46301/2003_ESP_CodPenal-Actualizado2011.pdf>. Em França não é diferente, posto que incriminam a violação destes bens jurídicos quando se configura a violação da privacidade/intimidade. Vide art. 226º do *code pénal* que trata do tema com seção específica sob o título “*De l’atteinte à l’avie privée*” in: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=51A8515443F0C36036E804D4EC03A059.tpdila16v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006165309&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20160504>. Também neste sentido o direito alemão que preceitua no seu § 201 do CP que incrimina a violação da confidencialidade da palavra. ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal – umas perspectiva jurídico-criminal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 128. A incriminação na Alemanha é neste sentido: “a) gravação e utilização de gravações feitas sem consentimento; b) devassa da conversa de outros por recurso a meios (ocultos) de escuta, sem a mediação do gravador; c) divulgação pública ‘no seu teor literal ou no seu conteúdo essencial’ da palavra gravada ou escutada sem consentimento” No direito penal austríaco não é diferente, é previsto e punível em seu § 120 do seu CP incriminando “quem utilizar um gravador

como um bem jurídico, mas como já dito é analisado através da violação da privacidade/intimidade ou dos segredos proferidos nas comunicações, sendo necessário uma salvaguarda da confiança que é depositada naquela comunicação, ou seja, da confiança atribuída através da palavra proferida.

O direito à palavra garante ao indivíduo a autodeterminação no âmbito das telecomunicações, mas especificamente na esfera da comunicação oral, o que assiste a cada um o direito de decidir livremente se e quem pode gravar a sua palavra bem como, e depois de gravada, se e quem pode ouvir a gravação. Representa, portanto, o direito a 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 podendo ser perpetuada para ser posteriormente invocada contra o autor, fora do espaço, tempo, vivência, gesto, ambiente de simbolizações e outros significantes.⁴⁵

Enquanto que no ordenamento português o direito à palavra é amplamente assegurado, já não acontece o mesmo no Brasil, pois como preceitua o art. 5.º da CF/88 ela resguarda à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem, o sigilo das comunicações, porém nada específico no sentido de defender à palavra em si.

Em sentido diverso da maioria dos ordenamentos e em sintonia com o estatuto português está o código penal suíço, pelo qual consagrou em seu regimento atual o direito à palavra no art. 179.º (gravação ilícita de conversas) punindo “quem, como interlocutor e sem consentimento dos demais participantes, registar num gravador uma conversa não destinada ao público”.⁴⁶ Sendo assim, a Suíça, também, autonomiza o direito à palavra como bem jurídico, assegurando a comunicação. STRATENWERTH afirma que o Código Penal Suíço quer com isso prevenir que uma palavra fugaz, proferida numa situação determinada possa ser abusivamente utilizada em desfavor do seu autor, nomeadamente através da reprodução num contexto completamente diferente.⁴⁷

Em virtude das mudanças sociais e no âmbito da comunicação, os legisladores, doutrinadores e operadores do direito em Portugal, perceberam a enorme necessidade e

ou um aparelho de escuta para tomar ele próprio conhecimento ou dar conhecimento a terceiro não legitimado (*Unbefugten*) de uma conversa não pública nem destinada ao seu conhecimento.” Já na Itália não há qualquer menção quanto ao direito à palavra, apenas garantindo o direito à imagem decorrente da violação da privacidade em seu *articolo* 615 bis. In: <<http://www.brocardi.it/codice-penale/libro-secondo/titolo-xii/capoi-iii/sezione-iv/art615bis.html>>

⁴⁵ ANDRADE, 2012, p. 1197.

⁴⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal – uma perspectiva jurídico criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 127.

⁴⁷ STRATENWERTH (G.). *Schweizerisches Strafrecht*. Besonderer Teil I. Straftaten gegen Individualinteressen, Bem, 1993, p. 227, *apud* ANDRADE, 2013, p. 150.

emergência em assegurar o direito à palavra (voz) pelo direito penal contemporâneo de modo que fosse protegido não só a intimidade/privacidade, mas a sua própria autodeterminação no seio social. Com isso, adiante iremos analisar o grande passo que foi dado por este país, tendo em vista que nos tempos atuais, as agressões nessa esfera estão em demasia.

Na nossa sociedade, a técnica tem feito tais progressos que o homem pode correr o perigo de perder a sua autonomia. Torna-se tecnicamente tão fácil fixar e reproduzir a intimidade de outrem que esta prática, se não for posta sob a alçada da lei penal, pode conduzir à destruição do princípio da confiança nas relações sociais, o que seria verdadeiramente o fim de toda a segurança.⁴⁸

A autonomia do direito à palavra e a sua consagração pelo direito penal português foi um passo de grande evolução diante dos tantos meios tecnológicos e ocultos ao qual temos hoje, de modo que através das gravações, seja por telefones, microfones ocultos ou qualquer outro equipamento que possa gravar a voz humana, facilmente se ausculta quaisquer conversas, podendo ser guardada e, também, divulgada, o que feriria o nosso direito de liberdade a comunicação, nos constringendo a um medo sem fim perante nosso colóquio com outros indivíduos.

A inocência da comunicação humana seria gravemente perturbada se tivéssemos de conviver com a consciência de que todas as nossas palavras – por vezes uma expressão não reflectida nem contida, uma tomada de posição puramente incidental no decurso de uma situação especial – nos pudessem ser oponíveis noutra ocasião e noutra contexto, pudessem vir a ser valoradas, com o seu conteúdo, conotação e intensidade, como depoimentos contra nós próprios.⁴⁹

Segundo Canotilho e Vital Moreira o âmbito de protecção da palavra se desdobra em três direitos: (a) direito à voz, como atributo de personalidade, sendo ilícito, sem consentimento da pessoa, registar e divulgar a sua voz (com ressalva, é claro, do lugar que ela foi utilizada); (b) direito às palavras ditas, que pretende garantir a autenticidade e o rigor da reprodução dos termos, expressões, metáforas escritas e ditas por uma pessoa; (c) direito ao auditório, ou seja, a decidir o círculo de pessoas a quem é transmitida a palavra.⁵⁰

A comunicação por palavras operada pela nossa voz assume-se com um papel fundamental no desenvolvimento pessoal e social, pelo qual devem ser resguardadas, tendo

⁴⁸ GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. Código Penal Português: anotado e comentado: legislação complementar, 14ª ed, Coimbra: Almedina, 2001, p. 616.

⁴⁹ ARZT (G.) *Anmerkung*, JZ 1973, p. 505 e ss, *apud* ANDRADE, 2012, p. 1198.

⁵⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada – artigos 1º a 107º, Vol. I, 4ª ed revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 467.

em vista que só serão proferidas a um círculo de pessoas determinadas, ao qual o próprio indivíduo assim o decidirá. Deste modo, haverá as circunstâncias e o contexto de tudo o que fora proferido naquela ocasião, não se admitindo que posteriormente aquilo que foi pronunciado seja utilizado em contextos diversos, posto que, na grande maioria das vezes, as palavras são manipuladas, adulterando a essência do próprio discurso originário.

Percebemos que o uso arbitrário das palavras, através das gravações, poderia, demasiadamente, desvirtuar o contexto de tudo o que foi declarado, o que diminuiria substancialmente a confiança entre as pessoas, podendo até mesmo estagnar a comunicação, uma vez que todos terminariam tolhidos pelo medo de falar.

O direito ao sigilo das telecomunicações⁵¹ também encontra respaldo no ordenamento jurídico português consagrado no art. 34.º, n.º 1 da CRP, onde preceitua que “... o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis.”⁵² Com isso, pode-se notar que a Constituição protege amplamente o seio das telecomunicações, o que consequentemente abrange o direito à palavra, de forma que esta não venha a ser violada no âmbito das telecomunicações ou comunicações propriamente ditas. Além do mais, como já foi exposto, o direito à palavra encontra arrimo constitucionalmente, penalmente e processualmente.

Sendo assim, podemos asseverar que o direito à palavra é um bem jurídico pessoal-individual, inteiramente cometido à disponibilidade do seu portador concreto. Embora de forma reflexa e mediata, a incriminação e punição das gravações arbitrárias presta igualmente homenagem a valores ou interesses de âmbito comunitário.⁵³ Sendo o objeto da acção do crime a palavra falada ou na formulação da lei: ‘palavras proferidas por outra pessoa e não destinadas ao público’.⁵⁴

Com isso a lei restringe o objeto da acção, excluindo deste âmbito as palavras proferidas pelo autor da gravação e também todas as formas de comunicação de que não conste a ‘voz’, assim como gestos, mímicas, escritos, suspiros, choro, gestos labiais, etc.

Lembrando que para se conceber o direito à palavra não é necessário que as palavras faladas façam sentido, sendo protegidas, independentemente do seu conteúdo. A palavra configura na lei penal enquanto bem jurídico autónomo, protegido em si e *per si*. O direito

⁵¹ *Vide*: sobre telecomunicações e afins OUBIÑA, Ana Mercedes da Silva Claro. As telecomunicações, a vida privada e o direito penal. In: *Direito Penal Hoje* (org. Manuel da Costa Andrade e Rita Castanheira Neves), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 9-40. Também um livro muito interessante e importante que versa sobre o tema da comunicação os escritos de Faria Costa: COSTA, 1998.

⁵² LOPES, 2005, p. 274.

⁵³ ANDRADE, 2012, p. 1198.

⁵⁴ ANDRADE, 2012, p. 1203.

à palavra é, antes de mais, o direito à voz - que é um atributo da identidade, e logo, de personalidade - e o direito à palavra dita. Não se protege o conteúdo da palavra, mas sim a forma, e, neste sentido, cada pessoa tem direito à reprodução da voz tal como ela é, à reprodução da palavra com autenticidade (sem manipulação) e à não reprodução da palavra proferida na esfera privada sem consentimento. Compreender a palavra enquanto um direito de personalidade é concebê-la como um bem jurídico que se esgota com a gravação não consentida. Neste sentido, enquanto bem jurídico autónomo, a palavra falada reduz-se a "coisa", sendo que a manipulação da mesma é punível por lei penal.⁵⁵

Para finalizar, podemos, ainda, aludir que para que seja caracterizado o crime de gravações ilícitas duas coisas são necessárias: que as palavras não sejam destinadas ao público⁵⁶ (sejam proferidas na esfera privada) e que o ilícito típico esteja vinculado à utilização do gravador.

2 - O CRIME DE GRAVAÇÕES ILÍCITAS E A PROIBIÇÃO DE PROVAS EM PROCESSO PENAL

O crime de gravações ilícitas como já explicitado acima, encontra previsão no art. 199.º do Código Penal Português, representando um grande avanço por parte dos legisladores deste diploma, vez que esta indiscrição quase não é vista em outros ordenamentos do mundo inteiro.

O código penal se detém a resguardar o bem jurídico pessoal da palavra em si, que como já fora mencionado não é um meio para lesionar a intimidade, mas um bem jurídico autónomo que por si só se vê regulamentado no ordenamento atual.

O bem jurídico-penal identifica-se, por isso, com a “própria palavra falada (...) não interessando o seu conteúdo, se configura ou não um segredo, se exprime uma ideia própria ou um pensamento alheio.”⁵⁷ É esta compreensão do bem jurídico como ‘poder soberano de domínio acústico sobre a própria palavra falada’⁵⁸ que explica que o correspondente ilícito

⁵⁵ AMARAL, Inês. *O direito à palavra. O incomum do comum*, 2001. In: <<http://incomuns.home.sapo.pt/direitoapalavra.htm#top>>

⁵⁶ Vide: ANDRADE, 2012, p. 1206-1207. Para Costa Andrade considera-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. (...) ‘também numa grande reunião se pode falar não-público quando o círculo de participantes está limitado por critérios objetivos (...) desde que a limitação seja determinada por razões que se prendem com a confidencialidade da palavra.’ (SAMSON apud ANDRADE).

⁵⁷ LENCKNER, in: SCHÖNKE/ SCHRÖDER, § 201, Rn. 5 apud ANDRADE, Manuel da Costa. 1996, p. 125.

⁵⁸ SCHMDHÄUSER apud ANDRADE, 1996, p. 126.

típico se consome e se esgota com a simples gravação ou audição da gravação não consentidas.⁵⁹

Sendo assim, pouco importa se as palavras fazem sentido ou não, se são conexas ou configuram segredos, nem tampouco se representam assuntos da mais alta relevância, pois o que se protege é, unicamente, a palavra em si e de per si como já muito fora mencionado.

A palavra falada é protegida independentemente do seu conteúdo. Tanto é proibida a gravação de conversas que versem sobre segredos ou coisas da privacidade/ intimidade, como de conversas sobre negócios ou futilidades. E quer versem sobre coisas lícitas, quer sobre coisas ilícitas, mesmo criminais. No extremo (...) a palavra falada é protegida mesmo que verse sobre coisa nenhuma. É igualmente indiferente o fim que se quer atingir com a gravação: a gravação é típica mesmo que não se pretenda ter acesso ao seu conteúdo, mas apenas utilizá-la em testes de índole acústico-fonética e linguística em ordem, *v. g.*, a identificar a voz de uma pessoa.⁶⁰

A incriminação das gravações ilícitas não visa resguardar a veracidade e autenticidade das palavras proferidas, podendo em alguns casos serem punidas por outros crimes que não este, como por exemplo os crimes contra a honra.

É certo que antigamente existiam dois entendimentos no tocante a delimitação do bem jurídico do crime de gravações ilícitas, uma vez que a doutrina e jurisprudência portuguesa se alicerçava em duas teorias correntes na Alemanha⁶¹. Uma delas pautava-se sob a tutela da confidencialidade da palavra, acautelando a privacidade das palavras proferidas; do outro lado a teoria que tutelaria a palavra em si, não dependendo de intromissão na esfera da privacidade, sendo importante, única e simplesmente, o resguardo da comunicação e da palavra independente do seu conteúdo, sendo esta última a orientação maioritária seguida em Portugal.

Para que configure o crime de gravações ilícitas é necessário que esteja preenchido alguns requisitos, como o elo do ilícito típico à utilização do gravador, sendo crime tanto a gravação arbitrária, como a audição arbitrária. O art. 199.º do CP delimita o crime com os três verbos: gravar, utilizar ou permitir o registro dessas gravações produzidas.

Para caracterizar este crime, é ainda preciso que as palavras sejam proferidas por outra pessoa (um terceiro) e não destinadas ao público, o que reduz o âmbito de proteção do

⁵⁹ ANDRADE, 1996, p. 126.

⁶⁰ ANDRADE, 2012, p. 1204.

⁶¹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de provas em processo penal*. 1ª ed. (reimpressão) Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 244-246.

objeto típico que é a palavra. Sendo assim, a exigência ‘proferidas por outra pessoa’ afasta a relevância típica das palavras proferidas pelo autor da gravação. Tipicidade que se prolonga do lado da utilização arbitrária por terceiros: quem grava as suas próprias palavras não goza a nenhum título, da tutela penal da incriminação.⁶²

Para a doutrina portuguesa considera-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. O mesmo valendo outrossim para as palavras que ‘objectivamente só são acessíveis a tais círculos de pessoas’.⁶³

A gravação feita pelo interlocutor também é fato típico, como menciona o próprio art. 199.º do CP ‘mesmo que lhe sejam dirigidas’. Como acentua MANUEL DA COSTA ANDRADE será típica a conduta do jornalista que, de bloco e caneta na mão, procura colher e registar por escrito a opinião do seu entrevistado. Mas, ao mesmo tempo, vai gravando às ocultas as suas palavras. O facto de o entrevistado falar em ‘*on*’ isto, é, de estar conscientemente a emitir uma opinião que será levada ao conhecimento do público, não coenvolve o consentimento na gravação.⁶⁴

No entanto não será crime quem gravar, utilizar ou permitir que se utilizem as gravações com o consentimento do autor das palavras, pois assim sendo descaracterizaria o que preceitua o art. 199.º do CP, que é claro ao incriminar tais condutas apenas quando o façam sem o consentimento do autor.

E há ainda que aludir quanto a teoria dualista que é hoje adotada pela legislação portuguesa, preceituada na alínea b, do n.º 1 do art. 199.º do CP, onde assenta que é proibida e punida a utilização das gravações sem consentimento mesmo que sejam licitamente produzidas. Sendo esta uma consagração expressa da teoria dualista, o que divergiam os antepassados que se dividiam entre a teoria dualista e a teoria monista⁶⁵. Algo que ainda acontece na Alemanha.

O direito processual penal constitui uma parte do direito penal, de maneira que ambos formam uma unidade, derivada da função específica que a esta extensa região do direito compete: só através do direito processual logra o direito substantivo. Ao aplicar-se aos casos

⁶² ANDRADE, 2012, p. 1203.

⁶³ ANDRADE, 2012, p. 1206. Ver mais: “São, por isso, de considerar não-públicas as palavras proferidas em assembleia reservada, v. g. a membros de um partido político e realizada à porta fechada. Mesmo que presentes, v. g., os jornalistas, estes não poderiam gravar as palavras, mas tao-só regista-las por escrito. (...)”

⁶⁴ ANDRADE, 2012, p. 1207-1208.

⁶⁵ *Vide* ANDRADE, 2013, p. 253.

reais da vida, a realização ou concretização para que originariamente tende.⁶⁶ Será o processo penal o instrumento efetivo a aplicar o direito penal.

Como vimos, o direito penal preceitua o crime de gravações ilícitas, dando proteção ao bem jurídico <palavra>, erigindo o seu valor constitucionalmente estabelecido. O direito penal serve a aludida função de proteger os bens e valores fundamentais da comunidade através da prevenção de lesões que sejam de reocar no futuro (função preventiva) e da punição de lesões que tiveram já lugar (função repressiva).⁶⁷

Contudo o direito penal tem caráter subsidiário, derivando da teoria minimalista, devendo, portanto, ser o último recurso que o Estado deverá se valer para assegurar seus direitos fundamentais, ficando evidente o postulado da intervenção mínima deste direito. Assim sendo, o direito penal deve interferir o mínimo possível na vida em sociedade, devendo ser reivindicado, apenas quando nenhum dos outros ramos forem suficientes para proteger determinado bem jurídico.

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *última ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o direito penal deve ser a *última ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.⁶⁸

Mediante a avançada tecnologia e os inúmeros progressos na área das telecomunicações, o direito penal se apresentou como o meio mais adequado para garantir a proteção da palavra, tendo em vista que este bem jurídico vem sendo, em demasia, violado em decorrência dos facilitadores meios de comunicações colocados no seio da sociedade atual.

⁶⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 23-24.

⁶⁷ DIAS, 2004, p. 26-27.

⁶⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Lições de direito penal – parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 32. No mesmo sentido, *vide*: “A proteção de bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento jurídico. O Direito Penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema – como a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais, etc. Por isso se denomina a pena como a ‘*ultima ratio* da política social’ e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos.” ROXIN, Claus. *Derecho Penal – parte general apud* GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Impetus: Rio de Janeiro, 2011, p. 48.

A explosão do progresso tecnológico no campo do audiovisual, permitindo a captação de imagens e de sons, por um lado, e a sua subsequente transmissão e reprodução, possibilitou que se materializassem e conservassem tais imagens e sons, dotando-os de um estatuto de perenidade: o carácter fugaz e efémero da vida mostra-se hoje susceptível de ser eternizado através das novas tecnologias.⁶⁹

Daí a tamanha importância do direito penal em resguardar o direito à palavra, bem jurídico autónomo que é a razão da norma criminal e que merece um olhar atento sobre sua configuração e delimitação de seu conteúdo, de modo que ocorra a diminuição do atentado as gravações ilícitas ou que sequer ocorram.

Com isto verifica-se que tais gravações podem representar meios valiosos de prova, mas também esculpir como meios devastadores da intimidade e privacidade, além de violar o direito à palavra em si.

De um lado estarão aqueles que defenderão as gravações como meios de provas e de um outro lado aqueles que condenarão estes meios na admissão do processo penal. No entanto, não queremos por meio deste trabalho apresentar a solução para todos esses conflitos, mas delinear os seus contornos de modo que consigamos demonstrar a solução mais justa perante a sociedade e segundo a legislação vigente.

É no âmbito do tema das proibições de provas que nos empenharemos a seguir, dirimindo sobre a conflitualidade da busca pela verdade real e realização da justiça por parte do processo penal frente a salvaguarda dos direitos fundamentais, de modo que analisaremos como se deve proceder, uma vez que se trata de dois importantes cernes do direito.

2.1 - FINS DO PROCESSO PENAL E A PROIBIÇÃO DE PROVAS

O processo penal é direito constitucional aplicado que concretiza o direito penal, servindo não apenas para punir o culpado, mas também absolver o inocente e garantir sua liberdade.

A processualização da justiça penal é corolário lógico do sistema acusatório. O *ne procedat iudex ex officio* sucedeu à velha parêmia do direito gaulês de que “*tout juge est procureur general*”. A justiça penal passou a figurar sob a forma de um trinômio (juiz, autor

⁶⁹ OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2007, p. 640.

e réu), em que o órgão propulsor da atividade persecutória do Estado é aquele que está investido da titularidade da pretensão punitiva, isto é, o Ministério Público.⁷⁰

Entre as principais finalidades do processo penal está a perseguição pela descoberta da verdade real, a realização da justiça, a proteção dos direitos fundamentais e o restabelecimento da paz jurídica, devendo o processo reger-se por um amplo aparato garantista, uma vez que expõe a liberdade do indivíduo.

O processo penal oferece, sem dúvida, uma via de saída para o conflito social gerado pelo crime.⁷¹ E será mediante os vários princípios regulamentados pelo seu ordenamento que este irá cumprir suas finalidades primordiais de forma que a sociedade e a segurança jurídica estejam a salvos, sempre ratificando a dignidade da pessoa humana.

O direito processual penal é, assim, o espelho do estágio da evolução cultural, ético-social e jurídico de uma determinada sociedade ou comunidade, da sua tradição histórica e dos seus mais relevantes valores de civilização e cultura.⁷²

Sendo assim e através dos seus pressupostos o processo penal irá recorrer às provas para que enseje na sua função instrumental que tem como corolário a realização da justiça, a qual pressupõe a descoberta da verdade material, por meios processualmente admissíveis, e o restabelecimento da paz jurídica.⁷³

A prova, assim como define o art. 341.º do Código Civil Português tem por função a demonstração da realidade dos factos.⁷⁴ No entanto, no processo penal a prova entendida como actividade, é também garantia da realização de um processo justo, de eliminação do arbítrio, quer enquanto a demonstração da realidade dos factos não há-de procurar-se a qualquer preço, mas apenas através de meios lícitos, quer enquanto através da obrigatoriedade de fundamentação das decisões de facto permite a sua fiscalização através dos diversos mecanismos de controlo de que dispõe a sociedade.⁷⁵

O sistema processual penal em Portugal tem estrutura acusatória e se pauta pelo princípio da investigação judicial, perseguindo, portanto, os meios necessários à descoberta

⁷⁰ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. vol. I. 2ª ed. São Paulo: Forense, 1965. p. 15.

⁷¹ PALMA, Maria Fernanda. O problema penal do processo penal, in: *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 42.

⁷² GONÇALVES, Fernando. *A prova do crime: meios legais para a sua obtenção*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 31.

⁷³ GONÇALVES, 2009, p. 14.

⁷⁴ Vide <http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal_codigocivil.pdf>.

⁷⁵ MATTA, Paulo Saragoça da. *A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença*. In: *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 225.

da verdade para a consecução dos seus fins. Contudo, não se trata aqui de uma verdade cientificamente comprovada, mas uma real possibilidade ou probabilidade.

A verdade processual não se trata de uma verdade objetiva, afinal é utopia achar que se encontrará a verdade pura dos acontecimentos dos fatos, mas é uma verdade provável, possível, que mediante todas as provas carreadas ao processo se analisará aquilo que mais se aproxima do que realmente aconteceu.

No entanto, é uma verdade que não pode ser obtida a todo e qualquer preço, por isso o processo delimita as suas regras e limites éticos e legais, ao qual deve pautar-se no rigoroso respeito dos direitos fundamentais dos cidadãos, de forma que a verdade processual seja legítima e válida.

A protecção dos direitos fundamentais das pessoas, enquanto fim também do processo penal, tem como um dos corolários a consideração de certos métodos de obtenção de prova como inadmissíveis ou ilegítimos, com a consequente proibição de valoração das provas obtidas mediante, designadamente, tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral das pessoas, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.⁷⁶

Sendo assim, a prova assume-se como garantia da realização da justiça, devendo ser analisadas todas as regras quanto a sua admissão e inadmissão, e posteriormente, sua valoração no processo penal, de forma que não prejudique quaisquer das partes, devendo o Estado assegurar, também, a sociedade o Estado de Direito democrático.

As proibições de provas surgem como um instituto garantidor dos direitos fundamentais e por isso merece uma explanação com atenção sobre o seu entendimento, uma vez que tais proibições, em boa parte do processo será o fundamento maior da realização da justiça.

O art. 32.º, n.º 8 da CRP consagra as proibições de provas dirimindo como nulas todas aquelas que são obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações, assim como o art. 126.º do CPP⁷⁷ que também as reconhecem.

⁷⁶ GONÇALVES, 2009, p. 16.

⁷⁷ Vide: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=199A0126&nid=199&tabela=lei_velhas&pagina=1&ficha=1&nversao=4>. Artigo 126º. 1 – São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas. 2 – São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante: a) perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos; b) perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação; c) utilização da força, fora dos

As gravações podem consistir em um meio de prova de grande relevância e muitas vezes, essenciais, para o deslinde projetado no processo penal, de forma a descobrir a verdade material e concretizar a realização da justiça, resguardando os interesses das partes e também a sociedade. Porém, em contrapartida inicia-se o embate quanto aos problemas da sua obtenção, produção e valoração, uma vez que, na maioria dos casos, atentam contra os direitos tutelados.

A forma como essas provas são obtidas e utilizadas é o que determinará sua admissão ou inadmissão, observando-se sua licitude ou ilicitude, o que demonstra a interligação do direito substantivo com o direito processual.

Será analisado primeiramente no campo do direito material quanto a dicotomia da licitude *vs.* ilicitude, para que posteriormente no direito processual se dimensione a sua admissão *vs.* inadmissão, o que conseqüentemente se decidirá da sua valoração ou não no processo penal.

Contudo, é preciso um olhar atento quando da obtenção destas provas, uma vez que sendo elas recolhidas e utilizadas por autoridades legalmente habilitadas, estarão estes sujeitos a fiscalização do Juiz de Instrução Criminal. O problema manifesta-se quando estas provas são obtidas/utilizadas por particulares, posto que estes não estão investidos em poderes de investigação, não recaindo sobre eles qualquer fiscalização.

No entanto, os particulares têm o direito à prova no processo, propiciando aos órgãos dotados do poder de investigação fundamentos que poderão dar ciência da *notitia criminis* ou quando são vítimas do crime, podendo revelar fatos que apenas eles têm um conhecimento mais apurado dos acontecimentos e mesmo não estando investidos de tal poder, se assumem com excedente relevância para a solução do litígio.

O problema posto em questão é de grande complexidade, uma vez que quando se trata da perseguição criminal realizada pelas autoridades competentes, existem conflitualidades que tão logo poderão ser resolvidas conforme o ordenamento. O mesmo já não acontece com a perseguição criminal realizada por particulares, pois além de não estarem sob o manto de um controle formal, suscita várias contradições, incompatibilidades e descontinuidades no tocante aos vários sistemas: penal, processual e constitucional.

casos e dos limites permitidos pela lei; d) ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; e) promessa de vantagem legalmente inadmissível. 3 – Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular. 4 – Se o uso dos métodos de obtenção de provas previstos neste artigo constituir crime, podem aquelas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes dos mesmos.

Por conseguinte, no decorrer desta dissertação analisaremos como se desdobrará tais questionamentos, de maneira a averiguar quando estas provas realizadas por particulares poderão ser admitidas ou não e se essa atividade deverá ser aceita no seio do processo penal ou completamente afastada.

2.2 - A GRAVAÇÃO DE VOZ COMO PROVA DOCUMENTAL

As gravações não estão enquadradas em uma fonte legal específica no CPP. No entanto, estas se coadunam com o sistema voltado às provas documentais, que estão inseridas no título II (dos meios de provas), capítulo VII (da prova documental) do Livro III deste regramento.

O art. 164.º do CPP⁷⁸ preceitua que é admissível prova por documento, entendendo-se por tal a declaração, sinal ou notação corporizada em escrito ou qualquer outro meio técnico, nos termos da lei penal. Daí, podemos aduzir que as gravações poderão ser admitidas em forma de documento, se depreendendo de uma breve leitura do que prescreve o art. 167.º do respectivo diploma.

Contudo, será necessário que estas gravações passem pelo mesmo crivo que as provas documentais, devendo obedecer a tudo aquilo que está preceituado na lei.

Do n.º 2 do art. 164.º podemos verificar que tais gravações não poderão ser admitidas quando contiverem declarações anónimas, salvo se estas forem objeto ou elemento do crime. Se for apresentada uma gravação contendo declarações anónimas e onde por nenhuma forma se consiga identificar o seu autor, fica precluída a sua utilização como meio de prova.⁷⁹

Outro ponto importante, é quanto a sua autenticidade e credibilidade, posto que com os avanços tecnológicos tanto pode ser facilmente assegurado que tais gravações revelam a realidade dos fatos, como, de modo diverso, podem retratar manipulações por parte do indivíduo que está inserido numa sociedade alargada pelas manobras e distorções ocorridas nestes procedimentos.

⁷⁸

Vide: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=199&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>.

⁷⁹ TONINI, Paolo. *Manuale di Procedura Penale*, 5ª edizione, Milano: Giuffrè Editore, 2003, p. 276 *apud* VALENTE, Vanessa Marina Bagarrão. Da valoração de gravações e fotografias obtidas por particulares no processo penal, in: <https://run.unl.pt/bitstream/10362/15166/1/Valente_2015.pdf>.

Por isso, torna-se indispensável a realização de uma perícia para detectar se a fita gravada foi alvo de manipulação, e em segundo lugar exige-se uma examinação à voz do arguido para fins de peritagem fonético-linguística em ordem a afirmar a necessária correspondência com a constante da gravação.⁸⁰

Sendo assim, havendo fundadas suspeitas de que tais gravações tratam-se de provas falsas estas serão transmitidas para o Ministério Público que abrirá inquérito para investigar e posteriormente, determinar as responsabilidades criminais.

Como estatui o art. 169.º do CPP⁸¹, consideram-se provados os factos materiais constantes de documento autêntico ou autenticado enquanto a autenticidade do documento ou a veracidade do seu conteúdo não forem fundamentamente postas em causa.

Caso fique provado que se trata de prova falsa, estas perdem o seu valor probatório, não podendo ser mais utilizadas dentro do processo.

Por isso, será necessária cautela quando da admissão e valoração deste tipo de prova, uma vez que muitos são os problemas que poderão ser gerados em decorrência desta admissão/valoração vs. inadmissão/não-valoração, sendo imperioso que os operadores do direito estejam voltados a cumprir a eficácia da lei, resguardando a veracidade desses meios de provas, assim como a garantia da proteção jurídica das partes.

Desta maneira deverão as gravações colhidas passarem por alguns crivos de investigação para que sejam admitidas. O que, com isso, nos faz perceber a imensa dimensão que pode ser ‘a admissão das gravações por particulares’ no processo penal, vez que trata-se de uma análise minuciosa, desde a sua obtenção, valoração, e até mesmo das gravações em si quanto a sua confiabilidade e etc.

2.3 - A PROIBIÇÃO DE UTILIZAÇÃO DE GRAVAÇÕES DE VOZ QUANDO OBTIDAS DE FORMA ILÍCITA

⁸⁰ GARRET, Francisco de Almeida. *Inquérito criminal e prova em julgamento: reflexões*. Porto: Fronteira do Caos Editores Lda, 2008, p. 103-104.

⁸¹

Vide:
http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=199&pagina=2&tabela=leis&nverso=&so_miolo=

O art. 167.º, n.º 1 do CPP⁸² preceitua que as reproduções fonográficas ou por meio de processo electrónico e quaisquer reproduções mecânicas, de um modo geral, só valem como prova dos factos ou coisas reproduzidas se não forem ilícitas, nos termos da lei penal.

Com isso, verificamos que o critério empregado para determinar a utilização destes meios de provas é a ilicitude penal. O que demonstra a interligação do direito processual com o direito substancial.

Sendo assim, o efeito primeiro da proibição de prova é a de não poder ser utilizada no processo, não podendo, por isso servir, para fundamentar qualquer decisão.⁸³

No entanto, é nesta celeuma que decorre inúmeras discussões e divergências entre doutrinadores e, até mesmo na jurisprudência, uma vez que há posicionamentos no sentido de se admitir gravações ilícitas e por outro lado os que defendem, acirradamente, sua inadmissibilidade. Isto ocorre mediante leitura da própria lei, que nem sempre se mostra clara. Porém, o ordenamento é claro quando alude que são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei, podendo ser admitidas provas atípicas, desde que não proibidas.

Mas, o CP em seu art. 199.º é inequívoco quando prevê as gravações ilícitas como crime. Desse modo, a lei material tutela o bem jurídico pessoal do direito à palavra, que se desdobra no direito à voz e no direito às concretas palavras proferidas num determinado contexto.⁸⁴ Assim, podemos a princípio aduzir que estas provas não poderão ser admitidas dentro do processo penal, mas já é entendimento maioritário que em algumas situações estas provas poderão ser admitidas e valoradas, caso que veremos mais à frente.

Nestes casos não é tarefa fácil analisar quando estas gravações, levadas a cabo por um particular, serão admitidas ou inadmitidas, valoráveis ou não valoráveis dentro do processo penal. Seria mais fácil delimitar isso no campo de atuação do MP ou dos OPC's, posto existir todo um regulamento dirimindo sobre estas questões, mas diferente destes últimos, os particulares não se encontram sob o controle de uma instância formal e, a partir daí surge diversas problemáticas.

Teriam os particulares o condão de perseguir a verdade material a todo o custo? Estão, os particulares, vinculados as normas processuais penais? Quando as provas forem obtidas de forma ilícita, estarão estas proibidas de qualquer forma? Esses são só alguns dos muitos questionamentos que se fará no decorrer deste trabalho, que não tem o condão de

⁸²Vide:

<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=199&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>.

⁸³ SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*, vol. II, 5ª ed, Lisboa: Editorial Verbo, 2002, p. 178.

⁸⁴ GARRETT, 2008, p. 102.

apresentar soluções concretas, mas apenas verificar os passos dados nestes últimos anos no tocante a esta realidade.

Antes de mais, é preciso reportar-se quanto a divergência presente entre a doutrina no tocante ao regime das nulidades *versus* proibições de provas, decorrentes da consagração do preceituado art. 126.º do CPP, determinando alguns doutrinadores que são institutos autônomos e independentes⁸⁵ e por outro lado os que argumentam tratar-se de institutos autônomos, mas interligados um ao outro, sendo esta última a posição majoritária.⁸⁶ Contudo, há uma terceira corrente, defendida por Maia Gonçalves e Paulo Pinto de Albuquerque, que é tendência na jurisprudência que entende que existe um regime mais exigente para as proibições de prova relacionadas, com tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, e por outro lado, um regime mais brando para aquelas que signifiquem abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações.⁸⁷

Através do art. 126.º do CPP, podemos depreender que os n.º 1 e 2 configuram nulidades absolutas insanáveis e de conhecimento oficioso, métodos absolutamente proibidos de obtenção de prova, enquanto que o n.º 3 representam as nulidades relativas, métodos relativamente proibidos, que dependem de manifesta arguição pelo interessado, para sanar o vício.

No caso do n.º 3, art. 126.º do CPP, a proibição é afastada pelo acordo do titular dos direitos em causa, ou então é removida mediante as ordens ou autorizações emanadas de certas autoridades, nos termos da lei.⁸⁸ No entanto, estas causas de justificação, ordens

⁸⁵ Neste sentido, está “Conde Correia e Sandra Oliveira Silva, entre outros, que defendem uma total e completa independência do regime de invalidades decorrentes de proibições de prova, em relação ao regime geral de invalidade dos actos processuais dos arts. 118º e ss do CPP. Resulta deste entendimento que havendo um vício de produção de recolha de prova, que se traduza em proibição de prova, tal não pode, pura e simplesmente, ser utilizada. ” *Vide* *in*: <http://www.verbojuridico.net/ficheiros/doutrina/ppenal/isabelbranco_gravacoesfotografias.pdf>.

⁸⁶ Neste sentido, “Manuel da Costa Andrade e Paulo de Sousa Mendes, e com expressão claramente majoritária na jurisprudência, preconiza que entre o regime das proibições de prova e o regime das invalidades processuais existe autonomia, mas também existem pontos de contacto e de interpenetração. *Vide*: <http://www.verbojuridico.net/ficheiros/doutrina/ppenal/isabelbranco_gravacoesfotografias.pdf>. Ainda para Manuel da Costa Andrade há uma imbricação íntima entre as proibições de prova e o regime das nulidades. “Por um lado, é no título dedicado às nulidades que o CPP inscreve no preceito segundo o qual as disposições do presente título não prejudicam as normas deste Código relativas a proibições de prova (art. 118º, n. 3). Por outro lado, e frequentemente, a lei processual portuguesa enuncia as proibições de prova cominando precisamente com a sanção da nulidade a violação dos pertinentes imperativos legais. ” *Vide*: ANDRADE, 2013, p. 193-194.

⁸⁷ *Vide* <http://www.verbojuridico.net/ficheiros/doutrina/ppenal/isabelbranco_gravacoesfotografias.pdf>.

⁸⁸ MENDES, 2013, p. 180.

previstas na lei e restrições só ocorrem, na maioria das vezes, mediante permissão das autoridades competentes.

Em se tratando de particulares, é primeiro necessário verificar se as condutas praticadas por estes se encaixam como ilícito penal, voltando-se a atenção para as normas penais, para que seja analisado se há tipicidade pertinente ou não.

Contudo, há certa obscuridade quando da leitura do art. 167.º, n.º 1 do CPP, pois que alguns doutrinadores e operadores do direito não sabem dirimir sobre o alcance da expressão “*nos termos da lei penal*” referente a ilicitude, o que suscita dúvidas se tal expressão refere-se apenas as normas previstas no CP ou a todas as normas penais distribuídas em todo o ordenamento jurídico. Tal questionamento é de veemente importância, posto que a própria Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, em seu art. 6.º⁸⁹ torna admissível gravações por particulares, quando necessário, sacrificando o registro da voz, por qualquer meio, sem consentimento do visado. O que vem a responder à necessidade de relativizar as garantias em nome de uma justiça mais eficaz em certos domínios concretos, tais como o da criminalidade organizada e económico-financeira.⁹⁰

Em contrapartida, e para tornar ainda mais difícil a compreensão da proibição destas gravações, a Lei n.º 67/98⁹¹ (Lei da protecção de dados pessoais) prevê como crime o incumprimento da obrigação de notificação ou de pedido de autorização prévia por parte da CNPD (Comissão Nacional de Protecção de Dados) no tratamento de dados pessoais, especificamente nos casos da videovigilância.

Doravante, podemos considerar que não existe mácula que exclua quaisquer normas que protegem bens jurídicos de sobrelevada magnitude e que não estejam previstas no CP. Sendo assim, apenas uma opinião exposta, no sentido de que a ilicitude penal esteja também impregnada nas normas esparsas por todo o ordenamento.

Ocorre que no n.º 2 do art. 167.º o CPP prevê algumas restrições no sentido de excluir a ilicitude em determinados casos. O artigo mencionado consagra que não se consideram, nomeadamente, ilícitas para os efeitos previstos no número anterior, as reproduções mecânicas que obedecerem ao disposto no Título III deste livro.⁹² Assim sendo, existe no próprio ordenamento as causas de justificação, onde poderemos abrigar casos pelo qual estas

⁸⁹ Vide <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=147&tabela=leis>.

⁹⁰ MONTE, Mário Ferreira. O registo de voz e de imagem no âmbito do combate à criminalidade organizada e económico-financeira: Lei No. 5/2002, de 11 de janeiro. In: *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 83-84.

⁹¹ Vide <https://www.cnpd.pt/bin/legis/nacional/lei_6798.htm>. Ver art. 4, n. 4 e art. 43, n. 1, al. a.

⁹² GARRETT, 2008, p. 87.

gravações, ditas como proibidas, deverão ser analisadas e posteriormente valoradas. A partir desse entendimento surge diversas dúvidas quando do preenchimento de alguns requisitos destas causas de justificação, que mais adiante analisaremos.

Mediante tudo o que acima fora explanado fica a indagação da possibilidade da ponderação dos interesses em jogo. De um lado os valores perseguidos pelo processo penal, como a descoberta da verdade material⁹³, a busca pela justiça e o interesse colectivo de uma perseguição criminal eficaz⁹⁴ e por outro lado os valores perseguidos pelo direito penal material como à protecção aos direitos da personalidade: a intimidade da vida privada e a palavra em si. Será que o direito material se sobrepõe ao direito processual? Ou vice-versa?

Nesse sentido afirma MANUEL DA COSTA ANDRADE que há prevalência expressamente reconhecida ao critério da ilicitude penal substantiva que segundo ele, será inadmissível e proibida a valoração de qualquer registo fonográfico ou fotográfico que, pela sua produção ou utilização, represente um qualquer ilícito penal material.⁹⁵ Segundo este mesmo autor, o direito penal é a *ultima ratio* o que significa que os direitos tutelados materialmente têm uma supremacia e preponderância de princípios sobre os interesses inerentes ao processo penal.

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.⁹⁶

Depreendemos, portanto, que os direitos processuais são subalternizados em relação aos bens jurídicos materialmente assegurados. Assim, não se poderá aduzir os valores processuais para admitir ou valorar uma gravação que é feita por um particular, contra o consentimento do visado.

O mero propósito de juntar, salvaguardar e carrear provas para o processo penal não justifica o sacrifício do direito à palavra. Pela positiva, só como meios necessários e idóneos

⁹³ “Não encontramos motivos para considerar a verdade a que se chega no processo judicial muito diversa da que se estabelece no universo científico: até neste último nem tudo vale para se chegar aos resultados perseguidos(...)” Ver CALHEIROS, Maria Clara. Prova e verdade no processo judicial. Aspectos epistemológicos e metodológicos. In: *Revista do Ministério Público*, Ano 29, Abril-Junho, n. 114. Lisboa: Editorial Minerva, 2008, p. 84.

⁹⁴ CORREIA, João Conde. Questões práticas relativas à utilização de diários íntimos como meio de prova em processo penal. In: *Revista do CEJ: Dossiê temático: ética e função judicial*, 1º semestre de 2007, n. 6, p. 153.

⁹⁵ ANDRADE, 2013, p. 238.

⁹⁶ ANDRADE, 2013, p. 238-239.

à salvaguarda de prevalecentes valores, transcendentos ao processo penal, poderá justificar-se a sua produção ou ulterior valoração processual contra a vontade de quem de direito.⁹⁷

Este é o entendimento de MANUEL DA COSTA ANDRADE, porém não é o entendimento da jurisprudência maioritária que já muito se admite as referidas gravações, inclusive com base em alguns argumentos voltados a proteção referentes aos valores processuais penais. Este será assunto tratado mais adiante.

Sendo assim, o que podemos retirar como conclusão do art. 167.º do CPP é que as gravações ilícitas nunca poderão ser admitidas ou valoradas dentro do processo penal, uma vez que os direitos substanciais estão acima dos direitos processuais. Porém, poderão ser admitidas estas gravações quando estiverem em causa valores que transcendem o processo penal.

Neste sentido, pese embora a busca da verdade material constitua um indiscutível dever ético e jurídico, certo é que tal desiderato não pode lograr alcançar-se por todos os meios.⁹⁸ O direito substancial deverá, portanto, ser sempre respeitado, observando-se os limites justos e os meios legalmente admissíveis para que a dignidade humana esteja preservada.

No entanto, o n.º 2 do art. 167.º do CPP estabelece uma exceção à proibição de valoração da prova, não considerando ilícitas para os efeitos previstos no n.º 1 do mesmo artigo, as reproduções mecânicas que obedecerem ao título III do livro III do CPP, que elucida os meios de obtenção de prova.

Como já vimos anteriormente, leis avulsas também permitem algumas exceções, admitindo as gravações como meios de prova, sendo a lei o único meio concebível para conduzir a estas limitações a admitirem restrições dos direitos referentes à palavra.

Mais à frente veremos que em alguns casos existe uma complexidade em torno da investigação, que é preciso meios reforçados para combater a criminalidade, na medida que para desvendá-los a lei permite meios mais ‘danosos’ sob pena de jamais, ou dificilmente, se conseguir descobrir a verdade dos fatos.

A medida que os avanços tecnológicos evoluíram, assim também torna-se necessário as leis acompanharem estas evoluções, de modo que possa colocar à disposição da comunidade em geral meios aptos a prossecução da justiça, de modo que haja o equilíbrio

⁹⁷ ANDRADE, 2013, p. 239.

⁹⁸ TAVARES, Hugo Alexandre de Matos. 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. In: *Direito Penal Hoje: novos desafios e novas respostas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 218.

harmonizável quanto a defesa da sociedade, a proteção dos direitos do arguido, das vítimas e de terceiros.

Sendo assim, o art. 167.º vem para reforçar o art. 26.º da CRP e 199.º do CP, proibindo as provas ilícitas, nestes casos, porém abrindo caminho para algumas exceções, de maneira que seja garantido o direito à dignidade humana das vítimas e da comunidade em geral assim como a descoberta da verdade pela restrição daqueles direitos.⁹⁹

Todavia, a jurisprudência vem propondo uma construção flexível na valoração deste tipo de prova, admitindo argumentos tipicamente processuais. Casos que serão analisados em capítulo próprio.

3 - DA VALORAÇÃO PROCESSUAL DAS GRAVAÇÕES REALIZADAS POR PARTICULARES

As proibições de prova constituem meios processuais de proteção de direitos fundamentais e, assim sendo, remetem a limitações nas denominadas gravações realizadas por particulares, de modo que estas deverão passar, primordialmente, pelo crivo da obtenção/produção destas provas, para que só posteriormente, se possa adentrar ao mérito da admissão e valoração destas.

Não há dúvidas quanto ao regime de proibição de provas no tocante aos órgãos de perseguição criminal. No entanto, já não ocorre o mesmo com relação aos particulares, o que nos leva a crer, seguir um regime diferenciado, posto as lacunas que a própria lei nos evidencia.

Os particulares não estão diretamente vinculados às normas do processo penal, porém deverão respeitar a disciplina de toda a legislação material que através do regime das proibições de provas comina com a ilicitude material muitas das práticas processualmente sancionadas pelo regime das proibições de prova, sendo imperioso afirmar que há uma estreita ligação e interpenetração das normas substantivas e processuais.

Contudo, podemos aludir que os sujeitos ativos dos métodos proibidos de prova não são apenas os agentes do Estado e os particulares que agem sob a sua orientação, mas, também, quaisquer particulares que violem essas normas.¹⁰⁰

⁹⁹

Vide: <<http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/14575/1/Disserta%C3%A7%C3%A3oVanessaBexiga.pdf>>.

¹⁰⁰ MARTINS, Milene Viegas. *A admissibilidade de valoração de imagens captadas por particulares como prova no processo penal*. AAFDL – Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa: Lisboa, 2014, p. 42.

As proibições de produção de prova para os particulares seguem um comando diferenciado do estatuto dos órgãos criminais, enquanto que o regime das proibições de valoração de prova é unidimensional, isto é, sempre que a produção de prova for atingida pelo atentado contra os direitos fundamentais, concretizados, quer pela lei adjetiva, quer pela lei substantiva, ela não poderá ser valorada, no âmbito do processo penal, quer seja carreada para os autos pelas instâncias formais de controlo, quer seja carreada pelos particulares.¹⁰¹

Esta unidimensionalidade da valoração das provas proibidas está arraigada no Estado de Direito que estabelece limites a prova válida, que se aplicam tanto as instâncias formais de controle como aos particulares.

Sendo assim, partimos da regra ao qual, a princípio, as provas ilícitas obtidas por particulares são inadmissíveis no processo penal, no âmbito valorativo. No entanto, nos próximos tópicos veremos os casos aos quais são admissíveis esses tipos de provas, mesmo estando enraizadas por determinada ilicitude.

O art. 167.º do CPP disciplina os casos em que as reproduções mecânicas podem ser valoradas, impondo aos particulares limites às provas válidas, tendo o CPP aplicabilidade efetiva. Porém, como já mencionado, será preciso aferir no seio da legislação material se o meio de prova obtido pelo particular é ilegal ou não. O que, consequentemente, forçará o aplicador da lei a uma análise minuciosa frente a cada caso concreto.

É certo que o ordenamento jurídico proíbe no art. 32.º, n.º 8 da CRP todas as provas obtidas mediante abusiva intromissão nas telecomunicações e intromissão na vida privada, porém a legislação prevê alguns casos, de métodos ocultos de investigação, como por exemplo as interceptações telefônicas, dando margem a restrições de alguns direitos fundamentais como preceitua o art. 18.º, n.º 2 da CRP.

No entanto, é no art. 189 do CPP que o legislador prevê como lícitas as comunicações entre presentes, *face to face*, dirimindo sobre a possibilidade das escutas ambientais, desde que preenchidos os pressupostos requeridos pela legislação. Nesse caso, poderão os particulares se refutarem desses meios de prova, desde que não afetem direitos fundamentais, materiais, principalmente no tocante a licitude/ilicitude de condutas, seguindo os ditames do ordenamento.

A utilização sem reservas de microfones ocultos, de registos relativos às conversações privadas e que um dos interlocutores ignora, viola a intimidade e colide com

¹⁰¹ MARTINS, 2014, p. 43.

as regras elementares de lealdade em termos tais que as regras éticas, que impõem precisamente a verdade material, não podem deixar de proibir.¹⁰²

BENJAMIM SILVA RODRIGUES é explicitamente contra os meios ocultos de provas, afirmando que nenhum deveria ser valorado como meio apto a custear um julgamento, posto provocar um alastramento, multiplicação e ampliação, dos seus efeitos nocivos, constrictores, limitadores e aniquiladores do núcleo essencial dos direitos fundamentais envolvidos.¹⁰³

Contudo, já nos detemos a essas questões nos capítulos anteriores, o que nos faz crer que age acertadamente o Estado quando evolui e acompanha os direitos sociais e as tecnologias desenvolvidas, uma vez que ao mesmo tempo que se deve proteger os direitos fundamentais, os direitos do arguido, de terceiros, também devem dar ampla proteção a sociedade, para que com isto o Estado de Direito se mostre eficaz, resguardando a segurança jurídica.

No entanto, é necessário cautela e prudência quando da valoração deste meio de prova, sendo imperioso mencionar, que as proibições de valoração não passam de meios processuais para a imposição da proteção do direito material.¹⁰⁴

Apesar do desenvolvimento tecnológico e do crescimento da criminalidade, não se poderá perseguir os crimes a todo custo, utilizando-se sem reservas de meios ocultos, enganosos, como os microfones ocultos ou processos eletrônicos, mecânicos ou técnicos para registrar as conversações privadas, sem um dos interlocutores ter ciência. Estes atos vão de encontro com as normas éticas, violando a lealdade, de forma que a lei não poderá deixar de proibir. O que forçará, apenas, a utilização daquilo que é permitido por lei, inclusive a utilização dos meios previstos no ordenamento.

Assim, como já deixamos acima explanado, as proibições de valoração de prova impõem aos particulares limites à prova válida e há posicionamentos diversos entre a doutrina, quando da sua admissibilidade.

Alguns autores, como SYDOW e SCHMIDT-LEICHNER defendem a tese da inadmissibilidade, generalizada, dos meios de provas obtidos de modo ilícito por particulares, representando as vozes minoritárias. Para SYDOW a recusa das provas ilicitamente obtidas (por particulares) garantirá maior segurança jurídica do que os juízos de

¹⁰² CORREIA, Eduardo. *Les preuves em droit pénal portugais*. RDES, 1967 *apud* ANDRADE, 1987, p. 10.

¹⁰³ RODRIGUES, 2010, p. 41.

¹⁰⁴ HERRMANN, J. Aufgaben und Grenzen der Beweisverwertungsverbote. Rechtsvergleichende Überlegungen zum deutschen und amerikanischen Recht. In: *Fest. Für Jescheck*, Berlin 1985, p. 1293, *apud* ANDRADE, 2013, p. 141.

ponderação segundo o caso concreto, que apelam para a gravidade da suspeita do facto como fundamento da admissibilidade de valoração das provas ilicitamente obtidas ou para a gravidade da agressão, levada a cabo pelo particular, aos direitos do arguido como fundamento da sua não-valoração.

Em sentido contrário, e representando o posicionamento maioritário, estão ROXIN, OTTO e EB. SCHMIDT, que usam dois argumentos, um de ordem formal, advogando que as normas atinentes às proibições de prova têm como destinatários principais as autoridades processuais, e outro de ordem material-teleológica, segundo o qual aquele que cometeu um crime pode ver insurgir, contra si, um meio de prova ilicitamente obtido pela vítima do crime, isto porque no âmbito processual nada o impede, dado que a ideia de direito apenas reclama que se persigam criminalmente todos os agentes.¹⁰⁵

No entanto, pensamos que nenhuma dessas teses estão corretas, uma vez que não se coadunam com a legislação em vigor, admitindo-se a valoração de meios de provas ilícitas por particulares, apenas, de modo excepcional, conforme limites outros que o ordenamento dirime. Na verdade, os autores defendem de modo consensual, que sempre que a obtenção do meio de prova esteja manchada pelo atentado contra os direitos humanos, do arguido, essa prova não poderá ser valorada pelos órgãos de aplicação da lei penal.¹⁰⁶

Caso fossem admitidas e valoradas, todas as provas, obtidas ilicitamente por particulares, estaria se concretizando o contraditório do que vem explanado na legislação, de modo que faria do Estado um órgão enfraquecedor dos direitos fundamentais, não se assegurando qualquer justiça.

Desse modo, apenas uma justificação específica e alheia ao empenho na perseguição criminal poderá permitir a valoração desses meios de prova. Sendo assente na doutrina e jurisprudência maioritária, que as provas ilícitas por particulares, podem sim, ser admitidas, desde que em casos específicos e que o justifiquem perante os direitos fundamentais.

Cumpra-se mencionar, que mesmo as provas obtidas de forma lícitas, não serão, necessariamente, valoradas, pois as proibições de valoração têm aplicabilidade efetiva quanto aos particulares, podendo vir a cominar com alguma ilicitude quando da sua utilização, sendo, apenas, admitidas, existindo uma causa de justificação.

¹⁰⁵ ANDRADE, 2013, p. 44-46.

¹⁰⁶ MARTINS, 2014, p. 48. Neste sentido MANUEL DA COSTA ANDRADE “Por respeito aos ditames constitucionais terão de se considerar proibidas todas as provas cuja produção ou valoração só seja possível à custa do sacrifício dos bens jurídicos correspondentes àqueles direitos fundamentais.” ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre a valoração, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas por particulares*. In: Estudos em Homenagem ao prof. Doutor Eduardo Correia, vol. I, Boletim da FDUC, Coimbra, 1987, p. 20.

São os próprios preceitos do ordenamento, em seus arts. 167.º do CPP e art. 199.º do CP, que dão conta da natureza dualista das proibições deste crime, denotando-as em proibições de valoração dependente de uma proibição de produção quando a obtenção da prova for ilícita ou, ao invés, pode traduzir uma proibição de valoração independente, ou seja, quando, a prova, não obstante tenha sido obtida de modo lícito, a sua utilização redundar num ato ilícito.¹⁰⁷

O importante, será analisar o crime de gravações ilícitas e as suas especificidades, identificando o bem jurídico protegido, sua área de tutela típica e o campo de licitude/ilicitude, para que através daí possa verificar se surgem causas justificativas que fundamentem o crime.

Sabemos que serão inúmeras as teorias e discussões, não só entre doutrinadores, mas também entre os operadores do direito como um todo e em sede jurisprudencial, ocorrendo divergências nesses três setores. Porém, podemos afirmar que não há entre nenhum destes, tese absoluta, no sentido de defender a inadmissibilidade destes tipos de prova, posto que estaria o direito estagnado no tempo e no espaço, o que impossibilitaria, a concretização da efetiva justiça.

Não há dúvidas de que os direitos humanos e fundamentais, deverão ser resguardados e amparados pelo ordenamento e aplicador da lei. No entanto, algumas situações necessitarão de uma análise minuciosa sobre a ordem dos fatos, de modo que haverá uma ponderação dos direitos em conflitos, para que se obtenha a solução mais positiva, de maneira a assegurar a todos o melhor direito.

Nem só a descoberta da verdade, preordenada à realização da justiça pela via da perseguição, identificação e punição dos agentes do crime, poderá reclamar a utilização de provas de algum modo atinentes à área problemática das proibições de prova. Pois, como já mencionado acima, haverá as mais diversas situações onde a valoração destas provas constituirão meio idôneo e necessário à promoção de autónomos e relevantes valores ou interesses transprocessual-penais.¹⁰⁸

Nos dizeres de MANUEL DA COSTA ANDRADE, a vida oferece, uma fenomenologia de casos concretos em que a realização da prova em processo penal pode relevar ao mesmo tempo como instância de prevenção de perigos.¹⁰⁹ Nesses casos, tais

¹⁰⁷ MARTINS, 2014, p. 50.

¹⁰⁸ ANDRADE, 2013, p. 81.

¹⁰⁹ ANDRADE, 2013, p. 82.

provas serão valoradas como meio idôneo e eficaz à proteção de outros valores ou interesses proeminentes por ordem de um proveito individual ou coletivo.

Sendo assim, e seguindo o entendimento de MANUEL DA COSTA ANDRADE, as gravações ilícitas, poderão, sim, ser valoradas, de forma excepcional, desde que analisadas caso a caso, constituindo causas de justificação que pondere todos os interesses postos em conflito.

Lembrando que o art. 126.º do CPP, elenca no seu n.º 1 a inadmissibilidade absoluta, destes meios de prova, sem comportar exceção, pois obtidas sob ‘tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa’ e no n.º 2 os casos de inadmissibilidade relativa, onde só serão inadmissíveis quando do confronto com os direitos fundamentais resultar da abusiva ‘intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.’

Todavia, admitimos, a título excecional e no âmbito dos direitos fundamentais tutelados na 2ª parte, do n.º 8, do artigo 32.º, da CRP, atendendo aos interesses em conflito, no caso concreto, de acordo com o princípio da proporcionalidade, que possa existir uma razão atendível que justifique a restrição do direito fundamental vulnerado que permita, consequentemente, a valoração processual da prova em questão.¹¹⁰

Será, portanto, através do princípio da proporcionalidade que se levará em conta a valoração das gravações, primordialmente ilícitas, desde que a restrição dos direitos fundamentais vulnerados sejam justificados. Afinal, sabemos que as normas constitucionais não têm caráter absoluto, devendo por isso ser interpretadas com base no princípio da proporcionalidade, respeitando a dignidade da pessoa humana e analisando-se o caso concreto.

Na Alemanha e nos EUA, também é discutido e assegurado os direitos fundamentais mediante as proibições dos meios de prova. Porém, suas teorias divergem, tendo o direito português se orientado pelas *Beweisverbote* alemãs, no essencial quanto ao regime jurídico das provas obtidas por particulares.

As *exclusionary rules* americanas se assentam numa estrutura marcadamente processual, onde em geral os direitos fundamentais surgem como garantias contra as intervenções abusivas das instâncias de perseguição criminal¹¹¹, pelo o que cabe reprimir é a atuação das instancias formais de controlo, máxime da polícia, contrária às normas processuais, ou seja, tudo consiste em aferir se a polícia violou, ou não, os dispositivos legais

¹¹⁰ MARTINS, 2014, p. 54.

¹¹¹ ANDRADE, 2013, p. 136.

e formais que definem e condicionam o exercício da sua atividade. Preconizando-se, deste modo, a tutela material como uma mera consequência das proibições de valoração.¹¹² Sendo assim, no direito americano, as proibições de provas terão como destinatários únicos as autoridades competentes e os particulares que atuarem sob suas ordens.

Já as *Beweisverbote* germânicas, estão em sentido inverso, pois priorizam a vertente material dos direitos fundamentais e de modo complementar a tutela processual, sendo os destinatários das proibições de prova tanto as instâncias formais de controlo como os particulares.¹¹³

No âmbito do direito americano, admite-se a valoração processual das provas obtidas por particulares, desde que não estejam sob o comando das instâncias formais de controle, de forma irrestrita, sejam elas obtidas de forma ilícita ou lícita, o que já não acontece com o direito germânico, posto ser defendido pela doutrina e jurisprudência a correlação dos particulares ao regime geral das proibições de prova.

Desta feita, no direito germânico, em sede de valoração o decisivo deverá ser, por isso e sobretudo, saber se a valoração pode ou não aprofundar ou renovar o atentado ao bem jurídico, quer a prova tenha sido carregada por um órgão público ou por um particular.¹¹⁴

O respeito pela dignidade humana persiste invariavelmente como substrato da ideia de direito cuja lesão está em causa. Por conseguinte, não podem as instâncias formais de controlo produzir prova contrária a este ideal, nem tampouco, aproveitar os atentados à dignidade humana levados a cabo por particulares.¹¹⁵

No direito germânico, o entendimento quanto aos meios de prova que contendem com a reserva da vida privada e do segredo é matéria pacífica e tutelada no próprio ordenamento, sendo inadmissíveis as gravações ilícitas que agridam estes direitos, levando consequentemente a proibição de valoração desses crimes produzidos por particulares.

Contudo, a verdade é que o direito português, apesar de se orientar pelo direito germânico, é muito mais inovador e ultrapassa as discussões, presentes na dogmática alemã no que tangencia as proibições de prova, demonstrando uma maior estabilidade, até mesmo perante os preceitos do seu ordenamento.

O direito português erige à categoria de direitos fundamentais autônomos o direito à palavra e o direito à imagem, através do art. 26.º da CRP, concretizando através do art. 167.º

¹¹² MARTINS, 2014, p. 55-56.

¹¹³ ANDRADE, 2013, p. 133-146.

¹¹⁴ ANDRADE, 2013, p. 154-157.

¹¹⁵ ANDRADE, 2013, p. 154-157.

do CPP que dirime sobre a valoração destes meios de provas, submetendo-as ao direito substantivo nos termos do art. 199.º do CP. Sendo assim, cumpre mencionar, que apesar do direito germânico influenciar o direito português é este último que tem ao seu alcance uma maior estabilização quanto as soluções aos atentados destes direitos, principalmente no que diz respeito ao direito à palavra, sendo este protegido como direito autônomo, direito da personalidade, o qual o ordenamento assegura plenamente.

Diferentemente é o caso do direito germânico, onde doutrina e jurisprudência adscrevem à respectiva violação um significado jurídico diferenciado em função da sua relevância na direção (do sacrifício) da privacidade ou intimidade. Em vez de os valorar e como tais os levar ao círculo hermenêutico, a teoria dos três graus só faz relevar os atentados à palavra falada se e na medida em que mediatizem o sacrifício da intimidade, outro e distinto bem jurídico. Uma compreensão das coisas dificilmente compatível com o renovado direito português que se propõe expressamente prevenir a danosidade social das afrontas ao direito à palavra enquanto tal.¹¹⁶

Em França, Alemanha, Holanda, Itália e Espanha é inadmissível a utilização de provas obtidas por particulares em violação das normas de proibições de prova que garantam direitos fundamentais. Contudo, a proibição de valoração da prova, assim obtida, não é absoluta, dado que os países em questão apontam para a necessidade de se ponderar os circunstancialismos próprios de cada caso concreto. Deste modo, admite-se, designadamente, a prova ilícita *pro reo* ou de acordo com uma ponderação teleológica de sentido vitimodogmático.¹¹⁷

Sendo assim, será necessário aferir a validade da prova, recordando que o crime de gravações ilícitas só se configurará quando produzida sem consentimento, sendo esta uma das condicionantes para que, posteriormente, ocorra a valoração ou não destas provas.

Com isso, denota que a validade da prova dependerá da verificação de uma conduta típica, ilícita e culposa, analisando-se, posteriormente, se existirá causas de justificação que fundamentem o uso destas gravações, vindo estas a ser valoradas no âmbito processual.

Contudo, não é tão simples como se mostra. A princípio, defendemos, igualmente a doutrina maioritária, onde esses meios de provas são inadmissíveis no processo penal. No entanto é preciso verificar, no caso concreto, se existe justificação suficiente para que se permita a valoração dessas gravações captadas pelos particulares, desde que os argumentos

¹¹⁶ ANDRADE, 2013, p. 190.

¹¹⁷ MARTINS, 2014, p. 60.

extrapolem o direito processual. Existindo, portanto, casos excepcionais de valoração dessas gravações. Tema que abaixo será tratado.

3.1 - AS CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO E A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS

Da interpretação que se faz do art. 167.º do CPP denotamos que a validade das provas produzidas por reproduções mecânicas, neste caso as gravações, só são valoráveis quando não estão eivadas pela ilicitude material.

Serão as causas de justificação que irão fundamentar estes casos, provando-se que a ilicitude não mais existe, o que consequentemente faz-se aceitar estas provas dentro do processo penal.

No entanto, é ainda ponto de divergência entre alguns doutrinadores, posto que uns privilegiam o efeito a tipicidade¹¹⁸, em nome da redução teleológica da área de tutela da norma incriminatória, enquanto outros consideram que só a doutrina da ilicitude e das causas de justificação detém as virtualidades para um ajustado enquadramento dos problemas.¹¹⁹

A jurisprudência maioritária, já é de pleno acordo quando da justificação destas provas, admitindo-as e valorando-as dentro do processo penal, desde que fundamentadas em algumas das causas de exclusão da ilicitude das gravações, afastando as causas que justifiquem a denegação de um tipo incriminador, sendo casos que podem afetar, até mesmo, o Estado de Direito. Portanto, serão através das excludentes de ilicitude que nos ateremos neste subtópico.

Antes de adentrar ao tema, vale ressaltar que alguns doutrinadores fazem menção a outras causas de justificação, assim como a *situação-de-quase-legítima-defesa* e ‘as exigências da justiça ou de polícia’ como preceitua o art. 79.º, n.º 2 do CC, sendo este último retratado apenas no tocante ao direito à imagem¹²⁰. Sendo assim, não nos deteremos nessa alçada, uma vez que tratamos apenas das gravações ilícitas.

¹¹⁸ Neste sentido defende BAUMANN, ao qual considera o efeito relativo a exclusão da tipicidade a melhor solução e fundamentação. BAUMANN, *Strafrecht. A. T.*, p. 313, *apud* ANDRADE, 2013, p. 257. Em sentido inverso, defende HAUG e MANUEL DA COSTA ANDRADE “Poderia corresponder a tolerar, se não mesmo a estimular, a formação de subterrâneos ou santuários da imoralidade e da ilegalidade. Em que apenas ficaria aberto o caminho da auto-tutela ou daquela «luta no escuro»”. ANDRADE, 2013, p. 257, *apud* HAUG, MDR, 1964, p. 548. ” “Para além de pôr abertamente em crise o dogma da continuidade do direito, e mesmo do Estado, esta doutrina não se compaginaria com princípios basilares do Estado de Direito como o da separação de poderes ou da legalidade. Ela poria nas mãos do intérprete e aplicador do direito a possibilidade de frustrar o programa político-criminal inscrito na lei penal, sobrepondo-lhe um programa apócrifo de tutela polarizado em torno de incontrolláveis juízos de dignidade penal e de carência de tutela penal. ” ANDRADE, 2013 p. 257.

¹¹⁹ ANDRADE, 2013, p. 255.

¹²⁰ *Vide* sobre MARTINS, 2014, p. 66-73.

Já quanto a *situação-de-quase-legítima-defesa*, esta veio à tona através de LARENZ em 1957, ao qual introduziu este instituto, no direito germânico, com uma trajetória doutrinal e jurisprudencial intimamente ligada à problemática das gravações não consentidas, vindo a ser consagrado jurisprudencialmente numa decisão do BGH em matéria civil, mas versando igualmente sobre aquela problemática.¹²¹

Contudo, os doutrinadores defendem, preferencialmente, as causas de justificação, no que respeita a ilicitude, para fundamentar a não punibilidade das gravações em referência.¹²²

Antes de mais, há que se mencionar sobre o pensamento vitimodogmático, que também, é vista por alguns como causa de justificação, fundamentando a redução teleológica do tipo. Trata-se fundamentalmente de operar uma redução teleológica do tipo em nome do princípio de subsidiariedade ou de *ultima ratio* do direito penal tendo em conta, nomeadamente, as possibilidades de autotutela que estão ao alcance da vítima e cuja actualização lhe é exigível.¹²³

Nesses casos, teriam as vítimas ao seu alcance a exclusão da expressão típica, justificando os seus comportamentos, para que vejam resguardados os seus direitos fundamentais.

COSTA ANDRADE divide em dois grupos de casos de exclusão da relevância típica ditada pelo comportamento da vítima. De um lado, trata-se fundamentalmente de embasar a exclusão da responsabilidade penal – uma solução prático-jurídica, de resto consensual – das gravações feitas sem consentimento: pelas vítimas de crimes de extorsão, injúrias, ameaças, coacção; por aqueles que recebem propostas de corrupção e, em geral, incitamentos à prática de comportamentos ilícitos ou eticamente censuráveis; por quem pretenda reunir provas para obviar a comportamentos processualmente ilegítimas ou de má fé, etc.¹²⁴

Sendo assim, o comportamento censurável da vítima, mesmo sendo ilícito, estaria respaldado, em virtude do mau comportamento ao qual o autor se subjugava.

Essa tese, teve acolhimento na jurisprudência alemã no início dos anos 60, século XX, desenvolvendo-se no âmbito do direito à palavra, que preconizava que o que se tutela com os direitos fundamentais é a expressão positiva dos mesmos e não a sua degradação em atos ilícitos o que, destarte, levaria à renúncia (pelo autor de atos ilícitos) do seu domínio

¹²¹ ANDRADE, 1987, p. 69.

¹²² ANDRADE, 1987, p. 69.

¹²³ ANDRADE, 2012, p. 1218.

¹²⁴ ANDRADE, 2012, p. 1218-1219.

exclusivo sobre a palavra.¹²⁵ E nestes casos, o que ocorreria é que os autores destas gravações não deveriam ser criminalmente sancionados.

Contudo, as divergências ganham enfoque perante a doutrina e jurisprudência, se difundindo em opiniões diversas quanto a positividade ou negatividade destes casos.

Há quem defenda, de forma positiva, como BRUNS que aqueles que se colocam do lado inverso do ser social, se decidem contra a ordem jurídica, não devendo, por isso, contar com a sua solidariedade.¹²⁶ Por outras palavras, neste mesmo sentido, refere HILLENKAMP que quem se solidariza com o lado errado, dá sinais de degradação da sua personalidade, se movimenta fora da ordem jurídica e utiliza os seus bens jurídicos ou os compromete em fins proibidos, faz caducar a tutela jurídica, torna-se indigno dela.¹²⁷ De acordo com SCHMITT, quem abusivamente se serve da linguagem para realizar uma conduta típica e ilícita faz caducar a tutela da sua personalidade em termos tais que já não pode ser defendido contra a gravação secreta daquelas mesmas declarações.¹²⁸

A própria jurisprudência alemã é neste sentido, fundamentando na decisão sobre o caso do gravador¹²⁹ e depois de assinalados os limites imanentes e constitucionais ao exercício dos direitos fundamentais, sustenta-se que «também o direito à palavra falada vale apenas naqueles limites. Quem os ultrapassa ilicitamente renuncia ao domínio exclusivo sobre a sua palavra».¹³⁰

Não há dúvidas que aquele que comete um ato ilícito abdica a parcelas dos seus direitos fundamentais, sendo possível a captação e posterior utilização da palavra falada pelas vítimas, desde que analisado os requisitos essenciais que caracterizem situações como estas.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE defende, através do preceituado art. 167.º do CPP, que não constitui meio de prova proibido aquele que corresponde ao único meio prático e eficaz de garantir ao ofendido o seu direito de proteção contra a vitimização, defendendo ainda que neste sentido poderão ser valoradas como provas as gravações feitas às ocultas, desde que seja resguardado o núcleo do direito constitucional à privacidade.¹³¹

¹²⁵ ANDRADE, 2013, p. 255-257.

¹²⁶ ANDRADE, 2013, p. 255.

¹²⁷ ANDRADE, 2013, p. 255.

¹²⁸ ANDRADE, 2012, p. 1219.

¹²⁹ *Vide*: ANDRADE, 2013, p. 19-318.

¹³⁰ ANDRADE, 2013, p. 256.

¹³¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4ª ed, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 463.

Contudo, a posição da doutrina majoritária é que se deve recorrer às clássicas causas de justificação do fato ilícito, assim como a legítima defesa e o estado de necessidade, analisando-se à luz do princípio da ponderação de interesses.¹³²

Neste sentido está MARCOS EDUARDO RAUBER que dirime que a teoria da inadmissibilidade processual das provas ilícitas deverá ceder quando a prova ilícita é carregada para o processo pela vítima do crime que atuou em legítima defesa ou estado de necessidade e, portanto, ao abrigo de uma causa de exclusão da ilicitude, na medida em que visou afastar a invasão operada pelo agente criminoso na sua esfera de liberdade.¹³³

Dessa forma, analisaremos em seguida os institutos da legítima defesa e do estado de necessidade, sendo estes os mais aplicados quando a vítima de um crime se utiliza dos meios de prova ilícitos, demonstrando no âmbito da jurisprudência a sua preferência em se apoiarem nestes institutos para fundamentação da não punibilidade das gravações por particulares.

As causas de justificação, apesar de serem aceitas na jurisprudência, ainda causam divergências doutrinárias, revelando sua complexa compreensão e insegurança no seio jurídico. No entanto, assim como a maioria dos doutrinadores e da jurisprudência majoritária são a legítima defesa e o estado de necessidade que irão defender a valoração destas gravações, feitas por particulares, desde que preenchidos os requisitos mínimos.

A legítima defesa cobre as constelações típicas em que a gravação ou utilização não consentidas configuram meios necessários e idóneos a afastar uma agressão actual e ilícita.¹³⁴ Tem a legítima defesa a natureza de uma permissão jurídica, sendo qualificada no art. 32.º do CP como uma das causas de exclusão da ilicitude, sendo este instituto o meio para se valorar tais provas, a princípio, ilícitas.

Contudo, é no alcance dos pressupostos das causas de justificação que se apresentam as maiores divergências sobre o tema, posto que boa parte dos doutrinadores se desencontram quando das suas explicações e fundamentações.

A maioria da doutrina é assente quando afirma que no caso de extorsão, a legítima defesa cobre estas situações, excluindo a ilicitude das gravações por particulares feitas sem

¹³² Neste sentido ANDRADE, 2012, 1219. “Apesar de tudo, é de acompanhar a doutrina majoritária, que contesta a construção e aponta a ilicitude/justificação como a instância indicada para enquadrar dogmaticamente as soluções de não punibilidade dos agentes destas gravações e fotografias.”

¹³³ RAUBER, Marcos Eduardo. A admissibilidade processual da prova ilícita *pro societate* com base na aplicação do princípio da proporcionalidade. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 50 –Abril/Junho 2003, p. 181-201.

¹³⁴ ANDRADE, 2012, p. 1223.

o consentimento do agente. Já é um caso paradigmático, não havendo razões para não se aceitar tais provas dirimentes destas circunstâncias.

A vítima de um crime de extorsão socorre-se da gravação oculta e não consentida das comunicações com o agressor como meio de defesa, ou seja, de descoberta e identificação, bem como perseguição criminal do agente. MANUEL DA COSTA ANDRADE dirime neste sentido, advogando que esta é uma solução que se nos afigura bem fundada e contra a qual não cremos que possa invocar-se a falta de pressupostos como a atualidade da agressão ou a idoneidade e necessidade do meio.¹³⁵

Porém, será necessária uma análise criteriosa dos respectivos pressupostos, como a verificação de uma agressão atual e ilícita que reclame uma defesa com o *animus deffendendi*, de interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiros.¹³⁶

Sendo assim, é preciso que a agressão seja atual, devendo a legítima defesa ocorrer no momento em que deverá ser afastada a ofensa que transcorre na iminência da agressão ou no começo da execução e antes do seu término. Ainda assim, a agressão deverá ser ilícita, explicitando uma conduta contrária aos ditames preceituados no ordenamento jurídico. Nesse sentido ocorre uma mutação da normal disposição dos agentes na interação social.

Com a gravação, por exemplo, visa-se, nuns casos, identificar o autor desconhecido de uma tentativa de extorsão feita, v. g., através do telefone. Noutros casos, trata-se de recolher provas contra um agressor conhecido. Nuns e noutros casos trata-se sempre de pôr termo a uma compressão ilícita da liberdade, que se prolonga até ao momento da efectiva disposição patrimonial. O enquadramento no regime da legítima defesa corresponde a um entendimento hoje consensual.¹³⁷

A maior divergência entre os doutrinadores é, exatamente, quanto a tais pressupostos que nem sempre se mostram claros a depender do caso concreto. Alguns autores não vêm preenchidos o requisito da atualidade ou até mesmo da ilicitude, declarando não proporcional a intervenção na esfera jurídica do agressor, e conseqüentemente, não se aceitando a justificativa por parte da vítima ou de terceiro que defende tal agressão.

FIGUEIREDO DIAS defende que para caracterizar a legítima defesa é necessário que estejam preenchidos todos os elementos subjetivos, do contrário não se pode defender o valor da ação.¹³⁸

¹³⁵ MARTINS, 2014, p. 80, *apud* ANDRADE, 2012, p. 1223-1225.

¹³⁶ MARTINS, 2014, p. 81.

¹³⁷ ANDRADE, 2012, p. 1224.

¹³⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, 2ª ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 390-415.

Para HENRIQUES e MANUEL SIMAS SANTOS a defesa deverá consistir em um meio necessário frente a intensidade da agressão do bem jurídico, de modo que represente o meio menos gravoso para repelir a agressão, observando-se segundo o padrão do homem médio se aquela situação não era evitável.¹³⁹ A legítima defesa só deverá ser afastada quando a conduta do agressor não respeitar os limites reconhecidos na lei, não devendo, portanto, a agressão ir além do ‘normal’¹⁴⁰ ou mesmo para prevenir perigos futuros e menos, ainda, será aceitável, se as gravações forem obtidas com o mero intuito, de constituir prova no processo penal.

Por regra, se deverá recorrer às autoridades públicas, conforme os ditames do art. 21.º, n.º 1 da CRP, só não sendo possível é que todos terão o direito de resistir a ofensa compelida, podendo vir a defender os seus direitos, liberdades e garantias.

A legítima defesa é uma das causas de justificação que representam demasiada importância quando das gravações não consentidas, efetuadas por particulares, sendo bastante útil nestes casos, podendo afirmar-se como meios necessários para repelir uma agressão atual e ilícita de um interesse juridicamente protegido. E como já dito acima, basta, apenas que os requisitos estejam presentes em cada caso concreto, para que se admita tais meios de prova dentro do processo penal.

As gravações sem consentimento podem ocorrer em vários casos típicos: extorsão, coação, corrupção, fraude processual, injúria, ameaça de bomba, etc., sendo mais corriqueiro nos casos de extorsão, onde a vítima procede à gravação do agente para defender-se da ameaça, seja com o intuito de identificá-lo ou mesmo para recolher a prova, desde que demonstre-se legal.

Sendo assim, é pacífico o entendimento da admissibilidade desses meios de prova quando averiguados os pressupostos da legítima defesa, cabendo ao operador do direito a sua verificação e posterior aceitação. Não sendo o caso da verificação destes requisitos, pode-se admitir tais gravações através do direito de necessidade.

O direito de necessidade é outra causa de justificação que, também, é aceite entre doutrina e jurisprudência dominante, sendo, em princípio, reservadas aos particulares para proteção dos seus interesses privados.

¹³⁹ LEAL – HENRIQUES, Manuel; SANTOS, Manuel Simas. *Código Penal Anotado*, Vol. I, Parte Geral, Artigos 1º a 130º, 3ª ed, Lisboa: Rei dos Livros, 2002, p. 502-503.

¹⁴⁰ Vide DIAS, 2007, p. 427-430. “Cremos, em termos consonantes, que não se poderá descurar que a agressão independentemente dos bens que afeta é ilícita, não sendo, portanto, aceitável que alguém que veja os seus bens jurídicos patrimoniais afetados não possa reagir defendendo-se, mediante a lesão de bens pessoais do agressor, como se de bens jurídicos de primeira e de segunda se estivesse a falar. Todavia, não se admitirá, certamente a legítima defesa em situações de desproporcionalidade excessiva entre a defesa e agressão.”

Para que esteja configurado o estado de necessidade e seja aceite as gravações, será, apenas, observado se os requisitos legais estão inseridos no caso a elucidar, sendo aceites as gravações como meio de prova apto a utilizar no processo penal, desde que preenchidos os requisitos cumulativos do art. 34.º do CP, ou seja, a situação de perigo atual não pode ter sido voluntariamente criada pelo agente, salvo tratando-se de proteger o interesse de terceiro, haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado e, por último, ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado.¹⁴¹

Sendo assim, será preciso verificar se o meio é o adequado para assegurar o bem em perigo, divergindo da legítima defesa que repele a agressão atual.

O perigo, pode resultar de uma ação humana, animal, ou até mesmo, resultante, da força da natureza, o que não ocorre com a legítima defesa. Dessa forma, pode suceder que caso não se verifiquem todos os requisitos da legítima defesa, mas estejam preenchidos os requisitos do estado de necessidade defensivo, será essa a causa de justificação que poderá ser invocada quando da utilização destes meios de prova no processo criminal.

Merece uma especial atenção ao requisito da alínea b) do art. 34.º do CP, pois que se exige que exista uma sensível superioridade do interesse a salvaguardar diante do interesse sacrificado, sendo indispensável uma ponderação de interesses conflitantes para que se equacione a solução mais justa diante de cada caso concreto.

Sendo assim, o direito de necessidade assenta no princípio do interesse preponderante (a “cláusula da ponderação”, a *Abwägungsklausel*, prevista no artigo 34.º, al. b). O confronto entre os interesses jurídicos deve decidir-se de acordo com um conjunto de critérios que incluem, além da moldura penal, a intensidade da lesão do bem jurídico, o grau de perigo e a autonomia pessoal do sacrificado (nas palavras de EDUARDO CORREIA, “É desde logo evidente que se não pode tratar de critérios puramente económicos, mas jurídicos: como tal eles devem retirar-se, antes de tudo, da lei e da força com que esta protege os diversos bens, conexas todavia os critérios estritamente legais com outros de natureza ético-social, a que não se pode renunciar”, in ACTAS CP / EDUARDO CORREIA, 1965 a: 234). Não basta uma preponderância qualquer, só é preponderante o interesse jurídico quando essa superioridade for sensível, ou seja, inequívoca. (TAIPA DE CARVALHO, 1995: 287, e 2004: 236, e FIGUEIREDO DIAS, 2007: 456).¹⁴²

¹⁴¹ Vide: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis

¹⁴² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 2ª ed, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, p. 184-185.

Na verdade, a necessidade de ponderação dos interesses em conflito, em cada caso concreto, será um dos pressupostos mais evidentes nos casos de se admitir as gravações não consentidas no estado de necessidade, uma vez que não há uma forma unitária para a resolução destes casos, porquanto terá que se socorrer à harmonização das perspectivas dos sujeitos perante a ordem jurídica vigente.

Se atentar-se a soma de fatores que ocorrerão no decorrer de cada situação de conflito de bens e interesses, preconizando, sempre, em minimizar o sacrifício daquele que se apresentará como lesado, recorrendo aos valores de normal sensibilidade cultural e social.

Contudo, é imperioso denotar que as causas de exclusão da ilicitude são um dos pontos sensíveis deste trabalho, uma vez que os autores abordam de forma diversa as concepções e construções dogmáticas, divergindo em suntuosos pontos que nem sempre se dirimem no sentido correto ou mais eficaz para resolução do litígio, o que nos faz perceber, diante de tudo o que fora exposto, que é entendimento maioritário na jurisprudência quando da admissão das gravações por particulares quando presentes tais causas justificativas, independente do entendimento de cada autor, verificando-se, apenas, a concretização dos pressupostos em cada caso. Lembrando, ainda, que quando existir falhas no tocante a legítima defesa, se poderá recorrer a aplicação do direito de necessidade, que como se viu, é mais amplo, possuindo inegáveis virtualidades com uma maior capacidade para solucionar a causa.

Nestes casos, ocorre a salvaguarda da admissão da valoração das gravações não consentidas e feitas por particulares nos casos de legítima defesa e direito de necessidade, desde que preenchidos os requisitos legais.

Uma outra causa de justificação que pode ser, ainda, invocada são as autorizações legais que estão prescritas no ordenamento jurídico e como tal asseguram em determinados casos a possibilidade de atentados a bens jurídicos pertinentes. Um caso típico são os retratados na lei de videovigilância e que assumem grande relevo perante nosso estudo, posto

Vide ainda: “A moldura penal é o primeiro critério (quantitativo) para proceder à ponderação dos bens penais em confronto, mas ele é apenas indicativo. A intensidade da lesão do bem jurídico é o critério qualitativo complementar. Em regra, é certo que os bens jurídicos pessoais prevalecem sobre os bens patrimoniais, mas é admissível uma pequena lesão de um bem pessoal para afastar uma grave lesão de um bem patrimonial (TAIPA DE CARVALHO, 2004: 237, FIGUEIREDO DIAS, 2007: 447, e PAULA RIBEIRO DE FARIA, anotação 25^a ao artigo 143^o, in CCCP, 1999, mas diferentemente, CAVALEIRO DE FERREIRA, 1992: 222 a 224, completando o critério quantitativo com um critério qualitativo extraído do artigo 35^o, n. 1, e, conseqüentemente, rejeitando em qualquer circunstância o sacrifício dos direitos incluídos no artigo 35^o, n. 1, diante de quaisquer outros direitos, por exemplo, direitos patrimoniais, mas reconhecendo que não há um critério de hierarquização entre os diferentes direitos pessoais entre os diferentes direitos patrimoniais, razão pela qual o critério qualitativo só toma forma diante das concretas circunstâncias do caso concreto.)” ALBUQUERQUE, 2010, p. 185.

que a lei estabelece em alguns casos a obrigatoriedade da utilização destes equipamentos para utilização por entidades privadas, como por exemplo, bancos, escolas, etc.¹⁴³, valorando tais meios de provas.

A finalidade preponderante com base na utilização destes sistemas é a proteção de pessoas e bens, bem como a prevenção da prática de crimes.¹⁴⁴ Ora, essas finalidades não se identificam necessariamente com a possibilidade de aproveitamento das gravações assim obtidas, precisamente porque a finalidade da instalação dos sistemas de videovigilância não está fundada na perseguição criminal do visado nem na sua posterior utilização como prova – até porque visando a proteção de pessoas e bens e a prevenção da prática de crimes, os sistemas de videovigilância legalmente autorizados não tem por destinatários quaisquer pessoas concretas, mas antes toda e qualquer pessoa cuja imagem possa ser captada dentro do seu âmbito de incidência espacial.¹⁴⁵

Além da lei n.º 34/2013, já mencionamos anteriormente a lei n.º 5/2002 que visa o combate à criminalidade organizada e económico-financeira, ambas regulamentadas e com respaldo próprio no que concerne a valoração destes meios de provas no processo penal. Obviamente, que antes de tudo, é necessário que estejam preenchidos os requisitos legais para que sejam aceites pela justiça, assegurando o direito das partes.

É admissível a junção aos autos e a sua posterior valoração das provas obtidas (imagem e/ou som), de acordo com os respectivos regimes legais que autorizam a recolha das mesmas, desde que ordenada tal junção pela autoridade judiciária responsável pela fase processual em causa e sujeita a um juízo de ponderação de interesses em concreto (controlo judicial *ex post*).¹⁴⁶

Nos casos em que a videovigilância encontra-se sob o respaldo da lei, dificilmente se negará a admissão e valoração deste meio de prova dentro do processo penal, desde que

¹⁴³ Neste sentido elenca PENA, Sérgio. Os produtos da videovigilância como meio de prova em processo penal. In *Revista do CEJ*, Lisboa: CEJ, 2º semestre de 2013, n. 2, p. 94-96, a previsão de recurso a sistemas de videovigilância no ordenamento jurídico português, além do regime geral da videovigilância previsto na LPDP, assim como: B) Os regimes de utilização da videovigilância pelas forças e serviços de segurança (públicos), pela Estrada de Portugal, EPE e respetivas concessionárias, e pelos serviços prisionais; C) O regime de utilização da videovigilância pelos serviços de segurança privada e de auto-proteção e os regimes especiais de utilização considerando os riscos (de segurança) acrescidos de determinadas atividades; e D) Os regimes da utilização da videovigilância no local de trabalho e em táxis.

¹⁴⁴ Vide Lei n. 34/2013 in <http://www.psp.pt/SP_Legislacao/Lei%20n.%C2%BA%2034-2013,%20de%2016%20de%20Maio.pdf>.

¹⁴⁵ VALENTE, Vanessa Marina Bagarrão. *Da valoração de gravações e fotografias obtidas por particulares no processo penal*. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, 2015, p. 69. In: <https://run.unl.pt/bitstream/10362/15166/1/Valente_2015.pdf>.

¹⁴⁶ CAIRES, João Gouveia de. O registo de som e imagem e as escutas ambientais. In *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 287.

estejam configuradas todas as formalidades para proceder a tais registros, além de obedecer aos princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade.¹⁴⁷

Há uma série de condicionalismos para admitir-se estes meios de prova, como a autorização por meio da CNPD¹⁴⁸ para instalações de tais sistemas, a obrigatoriedade da informação¹⁴⁹ sobre a existência destes ao público, além de tantos outros regramentos previstos nas mais diversas legislações, sendo o ponto de partida para averiguação de todos esses fatores e em caso positivo o indício legitimador para a alegação do acordo presumido para exclusão da ilicitude do fato.

Nesses casos não haverá muitos questionamentos a se fazer, já que a própria lei está a admitir as gravações de voz ou imagem, por meio da videovigilância, se revelando como provas processuais eficazes e legítimas.

No entanto, é visto atualmente que os particulares não obedecem aos requisitos que estas leis dirimem, o que deveria resvalar em um problema jurídico ou a mera não aceitação destes meios de provas como fundamentação da exclusão da ilicitude. Porém, não é o que acontece em meio a jurisprudência atual¹⁵⁰, uma vez que os juristas têm adotado uma posição mais flexível e admitido as gravações como provas mesmo diante do incumprimento de alguns requisitos, justificando a licitude do particular por intermédio de outros dispositivos.

Concluindo, constatamos que a jurisprudência majoritária foca a análise do aproveitamento dos produtos de videovigilância realizada por particulares na sua (i)licitude penal por referência aos crimes previstos no Código Penal e, em particular, considerando que as captações analisadas não revelavam uma intromissão na intimidade, aos crimes previstos no art. 199.º, n.º 2. Parte da jurisprudência destaca, contudo, o incumprimento das normas dos diplomas habilitantes quando a conduta for dolosa (intencional) e, por isso, integradora do crime previsto no art. 43.º, n.º 1, alínea a), da Lei da Proteção de Dados Pessoais.¹⁵¹

¹⁴⁷ Ver sobre: “Naturalmente que, tratando-se de um meio oculto é excepcional e por isso não é o meio normal de investigação. Convoca particulares exigências de proporcionalidade, adequação, necessidade e subsidiariedade/ *ultima ratio*. ” CAIRES, 2014, p. 282. “A autorização de utilização de câmaras de videovigilância deve reger-se pelos princípios da proporcionalidade, da adequação e da necessidade. ” PENA, 2013, p. 99.

¹⁴⁸ Vide: Lei 34/2013 – A Deliberação n. 61/2004 de 19 de abril.

¹⁴⁹ Vide: art. 31, n. 5 da Lei 34/2013 e Lei 67/98. “Nos locais objeto de vigilância com recurso a câmaras fixas é obrigatória a afixação, em local bem visível, de informação sobre a existência e localização das câmaras, sobre a finalidade de captação das imagens e sons recolhidos e acerca da identificação do responsável pelo tratamento dos dados. ” PENA, 2013, p. 100.

¹⁵⁰ Neste sentido: Assim: Ac. STJ de 28.09.2011, Ac. TRC de 26.01.2011, Ac. TRC 1.11.2011, Ac. TRC de 10.11.2012, Ac. TRL de 28.05.2009, Ac. TRL 28/05/2011, Ac. TRE de 24.04.2012 ou Ac. TRE de 28.06.2011 e Ac. TRP 23.11.2011.

¹⁵¹ PENA, 2013, p. 108.

Ocorre, que a nosso ver não anda bem a jurisprudência¹⁵² quando atende apenas aos ilícitos previstos no CP, excluindo do âmbito de aplicação do art. 167.º, n.º 1 do CPP, as normas penais espalhadas pelo ordenamento jurídico, assim como a Lei n.º 67/98. Esta restrição, no que concerne as reproduções mecânicas, resulta num demasiado prejuízo para o arguido que vê-se desprotegido em sua defesa, em razão da diminuição do número de crimes que poderiam obstar a admissibilidade da prova, aumentando a extensão de desamparo aos seus direitos.

Finalmente porque a incriminação constante da Lei n.º 67/98, apesar de à partida não parecer, protege um bem jurídico igualmente fundamental – a autodeterminação informacional do art. 35.º da CRP – e que a nosso ver possui a mesma dignidade de bens jurídicos como à imagem, à palavra ou à privacidade.¹⁵³

Na verdade, o que se denota é que a jurisprudência tem apelado a diferentes elucidações para ver-se afastada a ilicitude ou até mesmo a tipicidade, da captação/gravação e posterior utilização das provas obtidas no processo penal.

3.2 - O PRINCÍPIO DA PONDERAÇÃO DOS INTERESSES CONFLITUANTES E A CONSEQUENTE ADMISSÃO DESSE MEIO DE PROVA

Por fim, podemos mencionar o princípio da ponderação dos interesses em conflito, ou até mesmo o princípio da proporcionalidade como uma solução para, uma possível, admissão desse meio de prova dentro do processo penal. No entanto, é imperioso aludir sobre os seus dilemas, requisitos e adversidades no seio jurídico, como se verá a seguir.

Como já referido em capítulos anteriores o direito à palavra, assim como o direito à imagem e os direitos à privacidade gozam do regime de proteção do art. 18.º da CRP, possuindo força jurídica sob todo o ordenamento em vigor, prevendo no n.º 2 deste mesmo artigo que a restrição dos direitos, liberdades e garantias só poderão ocorrer quando expressamente previstos na Constituição, limitando-se tais restrições ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Com isso, verificamos que os direitos fundamentais não são absolutos, sendo entendimento pacífico no seio da jurisprudência que esta norma não proíbe de forma cabal

¹⁵² Ac. TRL de 28/05/2009 Refere “que a verificação da existência, ou não, de licença concedida pela CNPD para a colocação da(s) câmara(s) de videovigilância no prédio do assistente (...) poderá, eventualmente, integrar o desrespeito pela legislação de proteção de dados (...). Mas não define a licitude ou ilicitude penal da recolha ou utilização das imagens. É o art. 199º do CP que tipifica o crime de gravações ou fotografias ilícitas.”

¹⁵³ VALENTE, 2015, p. 62.

a viabilidade de outros direitos que não se encontram previstos na CRP, porém que estão interligados a outros direitos ou interesses que provêm desse mesmo regramento e que se afirmam como primordiais para a consecução do Estado de Direito, uma vez que os direitos não existem de forma apartada, mas sim em estado de coesão.

Segundo FIGUEIREDO DIAS há nesta matéria um princípio, a que não se pode negar valor compreensivo e heurístico relevantíssimo: o da ponderação dos valores conflitantes na situação concreta. O juízo da ilicitude é, com efeito, uma decisão lançada sempre no âmbito dos valores conflitantes em cada situação (...). Só pois o princípio da ponderação – que acaba afinal por decorrer do princípio do respeito pela autonomia e pela consciência ética de todas as pessoas (ou do ser-com-outros) – pode fornecer um critério material valioso para as tarefas de interpretação e integração dos tipos justificantes.¹⁵⁴

Nesta senda, percebe-se que a justificação implica sempre em um juízo de valor, de pesos e contrapesos dos direitos em conflito, para no caso concreto se dirimir a solução mais adequada e justa, diante das consequências prático-normativas.

*Corresponde al juez, como garante de los derechos fundamentales y de las garantías públicas, decidir en cada caso si, atendiendo a los legítimos intereses de la investigación y de la persecución del hecho delictivo, resulta justificable sacrificar en un caso determinados intereses jurídicos tan relevantes como la intimidad o la libertad individual. Pero no hay reglas absolutas o ecuaciones matemáticas para realizar la valoración de la necesidad y proporcionalidad de una medida restrictiva de un derecho fundamental.*¹⁵⁵

Como consequência e diante da necessidade de compatibilizar os interesses no que tangencia as provas no processo penal, boa parte da jurisprudência tem recorrido a possibilidade da restrição elencada no art. 18.º, n.º 2 da CRP, analisando o conflito de interesses e elucidando sobre quem deverá prevalecer: o direito à segurança ou os interesses à exigência coletiva de uma justiça eficaz.¹⁵⁶

Segundo o entendimento de FIGUEIREDO DIAS o interesse comunitário na prevenção e repressão da criminalidade tem de pôr limites – inultrapassáveis quando aquele interesse ponha em jogo a *dignitas* humana que pertence mesmo ao mais brutal delinquente; ultrapassáveis, mas só depois de cuidadosa ponderação da situação, quando conflitue com o

¹⁵⁴ Cf. citado por LEAL-HENRIQUES, Manuel; SANTOS, Manuel Simas. 2002, p. 495.

¹⁵⁵ WINTER, Lorena Bachmaier. *Investigación criminal y protección de la privacidad em la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. In: 2º Congresso de Investigação Criminal. Lisboa: Almedina, 2010, p. 171.

¹⁵⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Para uma reforma global do processo penal português*, in: Para uma Nova Justiça Penal (AA.VV), Coimbra: Almedina, 1983, p. 206.

legítimo interesse das pessoas em não serem afectadas na esfera das suas liberdades pessoais para além do que seja absolutamente indispensável à consecução do interesse comunitário. É através desta ponderação e da justa decisão do conflito que se exclui a possibilidade de abuso do poder – da parte do próprio Estado ou dos órgãos a ele subordinados – e se põe a força da sociedade ao serviço e sob o controlo do Direito; o que traduz só, afinal, aquela limitação do poder do Estado pela possibilidade de livre realização da personalidade ética do homem que constitui o mais autêntico critério de um verdadeiro Estado-de-direito.¹⁵⁷

A doutrina alemã e os Tribunais Superiores já têm entendimento praticamente pacífico à luz do princípio da ponderação de interesses, imanente a toda a problemática das proibições de prova, há de identificar-se uma área mais ou menos extensa em que os direitos individuais poderão ser sacrificados em sede de produção e valoração da prova, em nome da prevenção e repressão das manifestações mais drásticas e intoleráveis da criminalidade. O BGH reconheceu em decisão de 21/02/1964 o caso inaugural se mostrando fiel neste sentido, que seria o primeiro caso do diário (*Tagebuchfall*, 1964) uma das primeiras e mais consistentes formulações.¹⁵⁸ Este caso retratou à admissibilidade de um diário apreendido por um particular como meio de prova.

As decisões sobre o caso do diário levaram o Tribunal Federal a gerir o processo sob o manto do princípio da ponderação, identificando uma série de conflitos entre os princípios constitucionais erigindo a realização efectiva da justiça penal em transcendente interesse do Estado de Direito cuja promoção ou salvaguarda pode sobrepor-se aos direitos fundamentais e legitimar o seu sacrifício.¹⁵⁹

Outro histórico de suma importância no direito alemão foi o caso das decisões do *BverG* de 31/01/1973 ao qual retratava a análise da admissibilidade de uma gravação feita por um particular, da qual o seu conteúdo versava sobre um crime de fraude fiscal que poderia ser provado através daquela gravação.

Sendo assim, nota-se que o direito alemão já desde tempos anteriores se firmava neste sentido: o de admitir tais gravações realizadas por particulares, mediante o princípio da ponderação de interesses, reconhecendo a desconsideração de alguns direitos fundamentais

¹⁵⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Clássicos jurídicos – Direito processual penal*, Vol. I, 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora. 2004, p. 59.

¹⁵⁸ ANDRADE, 2013, p. 28.

¹⁵⁹ ANDRADE, 2013, p. 29.

afetados quando confrontados com as necessidades inerentes ao combate à criminalidade mais grave.¹⁶⁰

Com isto nos resta claro que no direito alemão as provas angariadas pelos particulares não se encontram proibidas, como no direito português, desde que estas passem pelo crivo do princípio constitucional da ponderação dos interesses ou da proporcionalidade e não interfiram no núcleo duro da vida privada, sendo estes últimos casos exemplos de proibições completa.

Segundo a opinião de ROGALL, WOLTER, SCHÄFER, em geral, não subsistem obstáculos jurídico-constitucionais a que, nos casos de criminalidade grave – contra a integridade física e a vida, contra os fundamentos existenciais de uma ordenação comunitária livre e democrática ou contra outros bens jurídicos de idêntica dignidade – as autoridades processuais recorram, para identificar os verdadeiros criminosos e inocentar as pessoas infundadamente acusadas, a gravações feitas às ocultas.¹⁶¹

No entanto, na legislação portuguesa não é desta forma que se procede, tendo em vista que os aplicadores do direito dão demasiada atenção a todos os requisitos existentes na lei nua e crua, apenas fazendo o juízo de valoração diante de cada caso concreto e se tornando flexível em alguns casos onde preexistia uma orientação adequada para isto e quanto a criminalidade grave existem as próprias leis que já foram anteriormente mencionadas (Lei n.º 5/2002, Lei n.º 67/98, entre outras) ao qual o legislador construiu um catálogo de crimes mais graves que, farão jus a um olhar diferenciado conforme pensa a ordem alemã.

Nestes casos, as provas efetuadas por particulares (as gravações sem consentimento), serão amplamente verificadas e postas em evidência para que sejam ou não admitidas dentro do processo criminal.

De acordo com SCHÄFER o primado da esfera íntima, face às necessidades da justiça penal na procura da verdade, recua quando, à luz do princípio da proporcionalidade, a ponderação com o significado do direito fundamental de respeito pela dignidade humana e o livre desenvolvimento da personalidade faz emergir prevaletentes necessidades da justiça criminal, que exigem a admissibilidade de produção e valoração do meio de prova. Quando por exemplo, a valoração de gravações ou de dados constantes de um diário

¹⁶⁰ VALENTE, 2015, p. 47. *Vide*: “É precisamente na base desta compreensão do princípio da ponderação que o BGH vem sustentando, em matéria de proibições de prova, um regime diferenciado para a criminalidade mais grave.” ANDRADE, 2013, p. 30.

¹⁶¹ ROGALL (K.), *Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von strafprozessualen Beweisverbote*, ZStW 1979, p. 1 e ss.; SCHÄFER (K.), *Einige Bemerkungen zu dem Satz nemo tenetur se ipsum accusare*, Fest. Dünnebier, p. 11 e ss. e WOLTER (J), *Anmerkung*, NStZ, 1984, p. 276 e ss., *apud* ANDRADE, 2013, p. 31.

constituem o único meio processual de libertar outra pessoa de uma acusação particularmente séria ou sobre o arguido impende a suspeita fundada de um atentado grave a ordenação jurídica.¹⁶²

Do nosso ponto de vista é neste sentido que devem seguir a maioria dos ordenamentos do mundo todo. Certamente, abrir as portas para se aceitar todas as provas, nestes casos as gravações efetuadas por particulares sem consentimento do outro, não é a maneira correta de se auferir uma justiça criminal eficaz, mas analisar diante de cada caso concreto e com base numa legislação que se pautar pelo princípio da ponderação dos interesses em conflitos, encontrando-se um denominador comum que faça jus a comunidade e também as partes no processo.

Todas as partes merecem ampla segurança jurídica, não devendo viver na linha da insegurança de uma lei onde tudo se aceita, sem respeitar os limites que a própria Constituição prescreveu, mas é preciso acompanhar as mudanças culturais e sociais do mundo moderno, ao ponto que a impunidade não se sobreleve a outros direitos que se dizem de maior importância.

Não afirmamos que as gravações por particulares devam ser admissíveis sempre, mas de forma excepcional há os casos em que o olhar sob o litígio deverá ser mais acurado, para que não agrida, até mesmo a sociedade.

As proibições de valoração emergem e relevam assim do conflito entre os interesses individuais e o interesse da perseguição penal. Só pode afirmar-se a sua existência quando a consideração da concreta situação de conflito faz aparecer a prevalência do interesse individual, porque o princípio do Estado de Direito reclama a garantia e efectivação do bem jurídico individual face à actividade de perseguição do Estado. A ponderação, precisa ROGALL, terá de orientar-se expressamente para as singularidades da situação, fazendo nomeadamente relevar o significado do interesse punitivo, a gravidade da violação legal, a dignidade de tutela e a carência de tutela do interesse lesado.¹⁶³

Não obstante, a teoria do juízo da ponderação dos interesses em conflito à luz do princípio da proporcionalidade provoca muitos dissensos entre doutrinadores,

¹⁶² SHÄFER *apud* ANDRADE, 2013, p. 32.

¹⁶³ ROGALL, 1979, p. 31, *apud* ANDRADE, 2013, p. 33. Em sentido contrário, contestando esta teoria estão GRÜNWARD, HASSEMER, WOLTER e AMELUNG, que “põe em evidência o princípio da ponderação com o alcance que dão autores como ROGALL, afirmando que além de colidir com princípios basilares da organização e funcionamento do Estado de direito, só seria possível em nome duma compreensão do direito extremamente orientado para as consequências e, por isso, indiferente à legitimação material e à margem de todo o lastro ético-axiológico.” ANDRADE, 2013, p. 34-40.

argumentando-se ser uma manobra subjetiva que daria margem ao arbítrio do juiz e consequentemente o levaria ao erro.

Porém, não podemos vislumbrar deste entendimento, posto que estaríamos a estagnar a ordem jurídica, não alcançando a realidade social, uma vez que a lei foi feita para que os julgadores legitimados efetuassem as adequadas valorações e adequações segundo o equilíbrio da normatividade frente aos avanços da atual conjectura social.

Se assim não fosse, conforme preceitua JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, seríamos forçados a substituir por computadores os magistrados de carne e osso, pois a subjetividade do juiz atua constante e inevitavelmente no modo de dirigir o processo e de decidir. Além do mais, segundo o autor não se deve perder de vista quão frequentes são as situações em que a lei confia na valoração (inclusive ética) do juiz para possibilitar a aplicação de normas regidas com emprego de conceitos jurídicos indeterminados, como o de ‘bons costumes’, o de ‘mulher honesta’ ou o de ‘interesse público’.¹⁶⁴

Nestes casos, deverá ser buscado o equilíbrio justo diante dos conflitos postos em causa para que se conquiste a otimização em toda a sua dimensão.

Diante disto, o juiz irá ponderar à luz do caso concreto qual o interesse preponderante entre o direito à palavra do ofendido e a importância da prova frente à gravidade do crime, para que assim conclua sobre a sua admissibilidade ou não. Lembrando, que outros interesses deverão ser observados, assim como o direito à privacidade, tendo em vista que este encontra-se preceituado no art. 192.º do CP.

No direito Alemão, ambas as decisões acima referidas foram no sentido de inadmitir tais meios de provas, mas não pelo fator da ilicitude e sim pela pouca gravidade da incriminação. A verdade é que a afirmação do interesse punitivo do Estado, da própria eficácia da justiça e da necessidade de reação contra a criminalidade grave passaram a ser configurados como valores protegidos e cuja ponderação se tornou essencial para decidir sobre a admissibilidade da prova, mesmo que esta tenha tido por base a violação de uma norma penal ou de um direito fundamental constitucionalmente consagrado.¹⁶⁵

¹⁶⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*. Revista Forense. Rio de Janeiro: Editora Forense, n. 205, jul-set 1996, p. 13.

¹⁶⁵ VALENTE, 2015, p. 48. *Vide* sobre: “A primeira decisão de 1973, o caso do gravador, o TC identificou a existência de um conflito entre dois princípios constitucionais: por um lado, uma justiça eficaz (*einer wirksamen Rechtspflege*), que se afirma nos imperativos da aplicação eficaz da lei, na luta contra o crime, no interesse público da máxima determinação possível da verdade e na exigência da manutenção de uma justiça que funcione; por outro o direito à palavra do visado. No caso, atendendo à pouca gravidade da incriminação, o TC acabou por não admitir a gravação. Note-se que a sua inadmissibilidade não ficou a dever-se à sua ilicitude face à lei penal, mas antes à valoração insuficiente do interesse na investigação do crime. E o critério utilizado para aferir dessa valoração seria o da gravidade do delito em causa. MUÑOZ CONDE. *Prueba prohibida y*

Na justiça americana, onde dirime as *exclusionary rules*, a jurisprudência é no sentido da inadmissão das provas obtidas com violação aos preceitos constitucionais, porém dirigem-se, apenas, a obtenção destas provas por parte dos órgãos policiais, não ocorrendo o mesmo quando tratam-se dos particulares, uma vez que para estes últimos não há qualquer limitação a obtenção destes meios de provas.

São admissíveis os meios de provas obtidos por particulares¹⁶⁶ e conseqüentemente valoradas no seio do processo criminal, mesmo que alguns direitos fundamentais venham a ser transgredidos, o que diverge completamente do direito germânico ao qual se utiliza, na maioria das vezes, da ponderação dos interesses, tendo como regra a proibição destes meios de prova quando interfere no núcleo duro da vida privada.

Já no direito português, como já mencionado, a regra é a exclusão total destes meios de provas, uma vez que pode haver a interferência na privacidade, mas agredir, ainda mais, o direito à palavra que já vem resguardado na própria legislação.

De fato, o princípio da ponderação dos interesses para fundamentar e admitir estes meios de prova é uma solução plausível e já bem vista pelos magistrados, mas deverá ser analisada quanto ao direito que deverá prevalecer: o direito individual *versus* a realização da justiça.

Segundo ROGALL, o princípio da ponderação terá de orientar-se expressamente para as singularidades da situação, fazendo nomeadamente relevar o significado do interesse punitivo, a gravidade da violação legal, a dignidade de tutela e a carência de tutela do interesse lesado.¹⁶⁷

A partir deste entendimento de ROGALL, poderíamos levantar diversos apontamentos que suscitariam inúmeras dúvidas como dirime VANESSA VALENTE¹⁶⁸. Em primeiro lugar no que se refere a gravidade do delito, como se definiria os crimes de grande gravidade ou de pouca gravidade? Quais seriam os limites impostos? Seriam as penas

valoración de las grabaciones audiovisuales em el proceso penal. In: Revista Penal, n. 14, 2004, p. 110, apud VALENTE, 2015, p. 47-48. Na segunda decisão (1964) o BGH identificou, ao lado da privacidade do visado, o interesse do Estado na perseguição criminal (das Interesse des Staates na der Strafverfolgung), considerando que o propósito de investigar e punir infrações tem uma grande importância. No entanto, também neste caso apesar dessa afirmação, o BGH não aceitou o diário como meio de prova porque a gravidade da intromissão na esfera privada suplantava a menor gravidade do crime em causa.” VALENTE, 2015, p. 48.

¹⁶⁶ Ver ANDRADE, 2013, p. 153 e ss., “Provas como fotografias, gravações, videogramas, diários, ilicitamente obtidas por particulares são, de resto, particularmente saudadas pelo seu qualificado valor probatório. Como reportando-se concretamente às gravações de vídeo, pode ler-se na decisão do caso recente *United State v. Jannotte* (1982), elas são bem vindas como *some as the most valuable tools possible*.”

¹⁶⁷ ROGALL, *Hypothetische Ermittlungsverläufe im Strafprozess. Ein Beitrag zur Lehre der Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote*. NStZ, 1988, p.385 e ss., *apud* ANDRADE, 2013, p. 33.

¹⁶⁸ *Vide* VALENTE, 2015, p. 50 e ss.

aplicáveis que definiriam a gravidade do delito? Ou seriam as agravantes e atenuantes a definir esta questão?

Um outro fator que poderíamos pôr em causa seria quanto a realização da justiça. Até que ponto seria admissível valorar as gravações sem consentimento para realização da justiça? Qual o ponto crucial deste feito? O indivíduo que houvesse sua palavra agredida não estaria descoberto da segurança jurídica? Não teria este direito à ampla segurança tal qual aquele que gravou tal incriminação?

Um outro questionamento que poderia ser colocado em pauta seria o de saber se esta aplicação do princípio da ponderação não deveria ter sido feita pelo legislador. No entanto, até certo ponto sabemos que sim, que tal procedência deve derivar daquele que deu origem a letra da lei, mas sabemos, também, que a maioria dessas leis foram feitas em tempo remotos e que precisam de um enquadramento diante da progressão da evolução do seio social, de modo que só o aplicador da lei poderá solucionar algumas questões segundo uma análise crítica e mais acurada da norma. De modo, que venha a acompanhar a evolução do direito nos tempos modernos.

Contudo, depreendemos diante de todo este contexto, que são inúmeras as soluções apontadas, porém nem todas devem ser acatadas de imediato, uma vez que é necessário que a lei apresente segurança jurídica para as partes e também, para a sociedade, de modo que estejam resguardados os direitos, liberdades e garantias fundamentais, assim como a impunidade não venha a fazer prevalência no sistema penal. Além do mais, é de suma importância a aplicação da lei por parte dos operadores do direito, devendo estes seguir a normatização acompanhada pelo bom senso das dirimentes dos tempos atuais.

Acompanhamos a jurisprudência majoritária, no sentido de solucionar o problema quanto as proibições destes meios de prova com base nas causas justificativas, lembrando que, também deverão se atentar ao princípio da ponderação dos interesses em conflito em último caso e quando já não houver outra solução a apontar.

4 - UM BREVE COMPARATIVO QUANTO AO ORDENAMENTO BRASILEIRO E O POSICIONAMENTO QUANTO ÀS SUAS LEIS E SEGUNDO O ENTENDIMENTO DA JURISPRUDÊNCIA MAJORITÁRIA

No Brasil o entendimento sobre o tema é diverso, porém, há suas similitudes e divergências.

O art. 5.º, inciso LVI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estabelece que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.¹⁶⁹

No entanto, assim como no direito português, os direitos fundamentais, como regra, não têm caráter absoluto, podendo vir a sofrer limitações.

Na própria carta magna o legislador constituinte já consagrou a necessária demarcação, impondo limites aos direitos fundamentais assim como preceitua o art. 5.º, inciso XII da CF, que dispõe sobre o sigilo das comunicações telefônicas, elucidando as hipóteses em que poderá existir a quebra do sigilo destas comunicações, desde que definido por lei.

Ocorre que algumas vezes a CF não trata de maneira explícita, quando da limitação dos direitos fundamentais, sendo certo afirmar que tais restrições poderão verificar-se, pois como regra geral, os direitos fundamentais são relativos. Como preleciona ZÉLIO ROCHA, afirmar o absolutismo dos direitos fundamentais como regra geral é promover uma negação geral dos próprios direitos fundamentais na medida em que o exercício absoluto de um direito fundamental conduziria à completa anulação dos direitos fundamentais de terceiros.¹⁷⁰

O problema surge quando as limitações aos direitos fundamentais não vêm expressamente previsto na Constituição gerando dificuldade para o intérprete da lei, cabendo, portanto, a este último a tarefa de buscar a elucidação à luz da hermenêutica constitucional, o que nem sempre se mostra fácil, tendo em vista as divergências que poderão existir dentro do próprio ordenamento geral.

Como dirime ZÉLIO ROCHA, a ausência de previsão constitucional expressa não pode ser interpretada como impossibilidade de limitação. A limitação pode ocorrer nesses casos, desde que pautada em balizas seguras que darão ao intérprete constitucional elementos delimitadores para justificar a limitação de um direito fundamental.¹⁷¹

É nesse momento que analisaremos essa baliza através do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, buscando o intérprete a medida certa da limitação do direito fundamental com vista à preservação de outro direito fundamental ou de um interesse coletivo que se sobreleve àquele.

¹⁶⁹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF: Senado Federal, 1988. In: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

¹⁷⁰ ROCHA, Zélio Maia da. Das provas ilícitas e o Supremo Tribunal Federal. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 58, out 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5222>. Acesso em set 2016.

¹⁷¹ ROCHA, 2008.

Tais restrições ocorrerão de modo que seja preservado o núcleo central daquele direito, de forma que a segurança jurídica esteja a salvo e se imponha de maneira eficaz e hábil perante as partes no processo.

Sendo assim, o direito a prova não tem caráter absoluto e pode vir a sofrer limitações, porque coexiste com outros direitos igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico.

Como já dito em capítulos anteriores, e não diferente do que preceitua o direito português, a descoberta da verdade real não pode ser feita a qualquer custo e muitas vezes sacrificará a apuração da verdade, em prol de um processo justo e equânime consentâneo com a obediência aos direitos e garantias fundamentais.

A princípio, o direito brasileiro afasta a utilização de provas obtidas por meios ilícitos dentro do processo, resguardando a eficiência processual, compreendida como a funcionalidade dos mecanismos processuais tendentes a alcançar a finalidade do processo, que é a apuração dos fatos e das responsabilidades, não podendo prescindir do respeito aos direitos e garantias fundamentais, sob pena de deslegitimação do sistema punitivo.¹⁷²

Segundo ANTÔNIO GOMES FILHO, seria de todo contraditório que, em um processo criminal, destinado à apuração da prática de um ilícito penal, o próprio Estado se valesse de métodos violadores de direitos, comprometendo a legitimidade de todo o sistema punitivo, pois ele mesmo estaria se utilizando do ilícito penal.¹⁷³

A vedação das provas ilícitas além de proteger os direitos e garantias fundamentais, também funciona como uma forma de controle da regularidade da persecução penal, atuando como fator de inibição e dissuasão à adoção de práticas probatórias ilegais. Cumpre, assim, eminente função pedagógica, ao mesmo tempo em que tutela direitos e garantias assegurados pela ordem jurídica.¹⁷⁴

No entanto, o ordenamento brasileiro é taxativo ao afirmar em sua constituição a vedação das provas obtidas por meios ilícitos, não devendo se falar em mitigação ou abrandamento, mas é necessário uma análise crítica, de modo a se apurar que o que pode ser mitigado são os direitos fundamentais, desde que estejam assegurados os direitos das partes, e caso outro, será quando tais provas forem utilizadas para defesa própria, o que se verá adiante que a ilicitude estar-se excluída, tratando-se de provas lícitas.

¹⁷² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Vol. Único. 4ª ed. Salvador; Ed. JusPodivm, 2016, p. 608.

¹⁷³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *O direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 99.

¹⁷⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 11ª ed, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 303.

Nesse sentido, relata o Min. Celso de Mello que a ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "*due process of law*", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5.º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1.º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "*male captum, bene retentum*".¹⁷⁵

Para ADA PELLEGRINI GRINOVER nos casos da obtenção de provas ilícitas que derivem da violação à cláusulas de ordem constitucional não se revelará aceitável, para efeito de sua admissibilidade, a invocação do critério de razoabilidade do direito norte-americano, que corresponde ao princípio da proporcionalidade do direito germânico, mostrando-se indiferente a indagação sobre quem praticou o ato ilícito de que se originou o dado probatório questionado: A inadmissibilidade processual da prova ilícita torna-se absoluta, sempre que a ilicitude consista na violação de uma norma constitucional, em prejuízo das partes ou de terceiros. Nesses casos, é irrelevante indagar se o ilícito foi cometido por agente público ou por particulares, porque, em ambos os casos, a prova terá sido obtida com infringência aos princípios constitucionais que garantem os direitos da personalidade.¹⁷⁶

Sendo assim, é possível vê-se que o direito brasileiro, no tocante as provas, também é demasiado exigente, contudo, não tanto quanto o direito português, que além de vedar as provas ilícitas, ainda culminou em incriminar as gravações e fotografias ilícitas, existindo o aparato por parte da Constituição Portuguesa em resguardar o direito à palavra e à imagem como direitos fundamentais. Isso já não acontece por parte do direito brasileiro, no tocante ao direito à palavra, tema este que tratamos nesse trabalho.

É imperioso, neste momento, dirimir que esse rigorismo da lei brasileira é no tocante a interceptação telefônica que nada tem a ver com as gravações clandestinas. Ocorre que

¹⁷⁵ STF, 2ª Turma, RHC 90.376/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Dje-018 17/05/2007.

¹⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal*, 2ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 151, itens ns. 7 e 8, 1982.

essa vedação taxativa das provas ilícitas, é principalmente, no tocante aquele instituto, uma vez que o ordenamento constitucional é incisivo nesse quesito. Já existindo posicionamento diverso e que levou a repercussão geral por parte do Supremo Tribunal Federal no que tangencia as gravações clandestinas ou ambientais.

O que muitos não compreendem é que quando este tipo de prova é utilizada em defesa própria, sequer, são vistas como provas ilícitas, uma vez que a prova produzida em legítima defesa, não tem o cunho de serem admitidas de forma excepcional, mas está a se admitir uma prova que fora produzida de maneira lícita e, portanto, poderão ser utilizadas, sem o condão da ilicitude.

É a partir deste momento que podemos adentrar ao tema ora exposto: as gravações clandestinas ou ambientais, que é o mesmo que as gravações por particulares, já comentado acima com base na legislação portuguesa.

Ocorre que, o ordenamento brasileiro tem um posicionamento mais brando nesse quesito e admite tais gravações realizadas por particulares com menos exigência que o ordenamento português. Porém, não é de todo diferente, uma vez que ambos admitem tais meios de provas, desde que justificado por excludentes de ilicitude.

O art. 157.º do CPP brasileiro, dispõe que são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.¹⁷⁷ Para muitos doutrinadores o silêncio da lei quanto a natureza legal destas, se material ou processual, corroborou para dúvidas e controvérsias, ocorrendo divergências de posicionamentos doutrinários.

Há uma corrente doutrinária que defende que, diante do silêncio da lei, será considerada ilícita tanto a prova que ofenda a norma material quanto a processual. Ou seja, qualquer violação ao devido processo legal, portanto, acarretará o reconhecimento da ilicitude da prova.¹⁷⁸

Por sua vez, para outros doutrinadores, quando o art. 157.º, caput, do CPP, faz menção a normas legais, deve-se interpretar o dispositivo de maneira restritiva, referindo-se única e exclusivamente às normas de direito material, mantendo-se, quanto às provas ilegítimas, o regime jurídico da teoria das nulidades.¹⁷⁹

¹⁷⁷ ANGHER, Anne Joyce. *Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel*. 22ª ed, São Paulo: Rideel, 2016, p. 417.

¹⁷⁸ LIMA, 2016, p. 610-611.

¹⁷⁹ *Idem*. p. 611.

Sendo assim, não há como se admitir provas que violem as garantias constitucionais, e este entendimento ganha respaldo perante as variadas decisões do STF e do Superior Tribunal de Justiça.

Contudo, no tocante as gravações realizadas por particulares o entendimento do STF¹⁸⁰ e, também, do STJ¹⁸¹ é no sentido de que é lícita a prova realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro e diferente do direito português, como já dito, não há qualquer incriminação destes atos.

As gravações clandestinas abrangem tanto as gravações telefônicas (quando se grava uma comunicação telefônica própria) quanto a ambiental que se dá em uma conversa entre presentes, de forma dissimulada, isto é, sem o conhecimento do outro.

¹⁸⁰ STF, Plenário, RE 583.937-QO-RG, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe de 18/12/2009. “Ação penal. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro.”

¹⁸¹STJ - HC: 94945 SP 2007/0274547-0, Rel. Min. LAURITA VAZ, Julgamento: 03/08/2010, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/08/2010 HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO DELITO DE COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO, PREVISTO NO ART. 344 DO CÓDIGO PENAL. ALEGAÇÃO DE QUE TESTEMUNHA TERIA SIDO AMEAÇADA APÓS SEU DEPOIMENTO EM JUÍZO. ATIPICIDADE DA CONDUTA: TESE CONTRÁRIA À ANÁLISE DE FATOS E PROVAS REALIZADAS PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. ESTREITEZA DO WRIT. GRAVAÇÃO TELEFÔNICA REALIZADA PELO INTERLOCUTOR VITIMIZADO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: INSTITUTO QUE NÃO SE CONFUNDE COM A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, ESTE SIM SUJEITO À RESERVA DE JURISDIÇÃO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE ACAREAÇÃO DE TESTEMUNHA: TESE NÃO SUSTENTADA NAS ALEGAÇÕES FINAIS, OU NAS RAZÕES DA APELAÇÃO. PRECLUSÃO. NULIDADE RELATIVA. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. CONCEITOS DISTINTOS. SUPOSTA OFENSA AO PRINCÍPIO DO NON BIS IN IDEM. NÃO-OCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE MAIS DE UMA CONDENAÇÃO DEFINITIVA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. PRECEDENTES DESTA CORTE. ORDEM DENEGADA. 1. Em processo penal, as instâncias ordinárias são soberanas na análise do conjunto fático-probatório. Não se presta o writ, ante sua estreiteza, a apreciar a alegação do Impetrante/Paciente de que sua conduta teria ocorrido após a audiência, o que ensejaria a atipicidade. Prevalece o que decidido pelo Tribunal a quo e pelo Juízo sentenciante, que condenaram o Paciente porque este teria ameaçado matar o filho da vítima caso ratificasse em juízo o testemunho prestado anteriormente à autoridade policial. 2. A gravação não se confunde com a interceptação telefônica, esta sim sujeita à reserva de jurisdição. A gravação telefônica feita por um dos interlocutores, o vitimizado, sem autorização judicial, nada tem de ilícita, e pode ser validamente utilizada como elemento processual. Precedentes. 3. Se o indeferimento de pedido de acareação de testemunhas não é impugnado na primeira oportunidade após o ato supostamente nulo no caso, as alegações finais, eventual nulidade, que seria relativa, resta convalidada pelo instituto da preclusão. Acrescente-se que nas razões recursais a matéria também sequer foi ventilada. 4. Não há nulidade processual sem demonstração da ocorrência de efetivo prejuízo para o réu, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal. Trata-se do princípio de *pás de nullité sans grief*. Se os demais elementos de provas são suficientes para a condenação do acusado, não se pode invalidar o processo em razão de material probatório alegadamente nulo. 5. Nada impede que, singularmente apreciadas, levem-se em conta duas ou mais condenações transitadas em julgado; umas, como maus antecedentes, com influência na fixação da pena-base; e outras, distintas daquelas, como reincidência, com acréscimo na segunda fase do cálculo penal. O que não se admite, sob pena de bis in idem, é a valoração de um mesmo fato, em momentos diversos da fixação da pena. 6. É legal a fixação da pena-base acima do mínimo legal, se aplicada de forma proporcional e suficientemente justificada na sentença penal condenatória, em razão do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, como condenações transitadas em julgado há mais de cinco (5) anos. 7. Ordem denegada.

As gravações clandestinas, seja ela telefônica ou ambiental, não possuem qualquer regramento no ordenamento jurídico brasileiro, o que, ao nosso ver, rende inúmeros problemas, uma vez que terminam por ser institutos utilizados de maneira desapropriada.

Como já dito, a palavra não é um bem personalíssimo, no Brasil, e por isso não vê-se qualquer violação quando da utilização dessas gravações, afinal as gravações clandestinas são, tanto para doutrina como para jurisprudência, lícitas.

O ato de gravar uma comunicação telefônica própria, não configura nenhum ilícito penal, portanto não é crime. No entanto, não nos resta dúvidas de que tal ato já caracteriza uma afronta a privacidade ou a intimidade alheia, assim como viola o próprio sigilo da comunicação.

Para o direito penal brasileiro, o que configura um ilícito penal é a divulgação indevida destas gravações pelo que dispõe o art. 153.º do CP, desde que tal divulgação seja feita sem justa causa, caso contrário não restará configurado o crime.¹⁸²

Ocorre que é demasiado claro que o ato de gravar uma comunicação, seja telefônica, seja ambiental, de forma sub-reptícia, por si só viola direitos fundamentais ao ponto de ir contra tudo o que a própria Carta Magna discorre.

Como já mencionado, o Brasil não trata o direito à palavra como um bem jurídico, mas acreditamos que a palavra em si, nesses atos, é iminentemente violada, agredindo o sigilo da comunicação e principalmente a privacidade e intimidade alheia que vê-se tolhida.

Para alguns doutrinadores e até mesmo para jurisprudência não há ilicitude, assim como segue o entendimento do Ministro Carlos Velloso em 1993, quando acolheu material probatório que concretizava gravação clandestina:

‘A alegação no sentido de que a prova é ilícita não tem procedência, dado que não ocorreu, no caso, violação do sigilo das comunicações – C.F., art. 5.º, XII – nem seria possível a afirmativa de que fora ela obtida por meios ilícitos (C.F., art. 5.º, LVI). Não há, ao que penso, ilicitude em alguém gravar uma conversa que mantém com outrem, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa. A alegação talvez pudesse encontrar ressonância no campo ético, não no âmbito do direito’.¹⁸³

¹⁸² Sobre isso descorre Luiz Flávio Gomes que dirime que se existir justa causa (divulgação para salvaguardar um direito fundamental relevante, como a vida, a integridade física etc. do interlocutor ou de terceira pessoa, como, por exemplo, na hipótese de uma exigência econômica ilícita caracterizadora de uma extorsão), não há crime. GOMES, Luiz Flávio. CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 106.

¹⁸³ Supremo Tribunal Federal. Pleno. Inquérito nº 657-DF. Relator: Ministro Carlos Velloso. 30 set. 1993, unânime. *Diário da Justiça*: 19 nov. 1993, p.192.

Diante deste entendimento, percebe-se que para alguns operadores do direito este ato só seria errôneo sob o ponto de vista ético, repercutindo como um ato imoral, mas não como um ato ilícito, ilegal ou ilegítimo.

O STF reduziu, desde então, o raio de amplitude do art. 5.º, inciso XII, fazendo-nos entender que a principal função deste preceito é restringir atuações opressivas por parte das autoridades competentes, principalmente por parte dos policiais, considerando a comunicação entre particulares um meio probatório lícito.

Ainda na jurisprudência brasileira encontra-se julgado admitindo a gravação clandestina como prova, sob o argumento de que a Constituição veda a interferência de terceiro na comunicação. Mas a conversa regular entre duas pessoas que se aceitam como comunicador e receptor, em livre expressão de pensamento, admite a gravação por uma das partes e o interlocutor poderá gravá-la, utilizá-la para prova em processo, uma vez que houve expressa vontade de manifestar o pensamento àquele.¹⁸⁴

Nesses casos, segundo alguns doutrinadores não configuraria a ilicitude, posto tratar-se de uma comunicação livre, onde houvera expressa manifestação de pensamento. Porém, não vemos este argumento a justificar tal entendimento, uma vez que o fato de ser livre para manifestar o pensamento, não faz com que toda e qualquer comunicação possa ser gravada, seja por quem for, de maneira a não merecer proteção perante o ordenamento. Pelo contrário, não só a interceptação telefônica, mas também as gravações por particulares deveriam estar sob o manto de uma legislação em vigor, uma vez que inúmeros direitos fundamentais podem ser afetados, podendo surgir um caos no seio das comunicações, despertando a sabedoria de alguns e o medo de outros.

Diante de tudo o que fora exposto, podemos depreender que o maior problema no tocante a este tema é a tamanha lacuna que existe no ordenamento brasileiro, uma vez que só a interceptação telefônica encontra-se regulamentada. (Lei n.º 9.296/96). Não ocorrendo o mesmo com as gravações clandestinas ou ambientais.

Não seria correto a produção e conseqüente utilização deste tipo de gravação, sob o argumento de ausência de lei regulamentadora, pois além de não obedecer ao princípio da legalidade, com raízes em uma base justa, estaria a afrontar o princípio do devido processo legal.

¹⁸⁴ GOMES, 1997, p. 107. No mesmo sentido ainda: MS 7.010, STJ, Rel. Min. José Dantas; JTJ, Lex, v.180, p. 278/279, Rel. Des. Denser de Sá; HC 4.654-RS, STJ, Quinta Turma, Rel. Min. José Dantas, DJU de 16.12.96, p.50.891; HC 73513-4, STF, Rel. Min. Moreira Alves, v. DJU de 04.10.96, p. 37.101.

Sendo assim, as gravações por particulares não deveriam valer como provas, posto que seria necessário, primeiramente, que houvesse regulamentação própria que delimitasse o proceder dessas gravações, assim como os crimes e pressupostos cabíveis, de modo que não violasse a esfera íntima ou privada do indivíduo afrontado.

Seria a partir de uma lei específica que existiria a possibilidade de restringir os direitos fundamentais, conforme o preceituado na legislação, afinal nenhum direito pode ser restringido sem que exista lei que assim o determine. Como preleciona MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, por se tratar de princípio básico de um Estado de Direito, o princípio da legalidade condiciona a uma forma – a forma da lei – o estabelecimento de restrições aos direitos fundamentais.¹⁸⁵

Fato é que de alguma forma essas gravações estariam a afrontar os direitos fundamentais, seja o sigilo das comunicações telefônicas, seja a garantia do respeito a intimidade e privacidade ou até mesmo o devido processo legal, por falta de lei regulamentadora.

Para LUIZ FLÁVIO GOMES a regra, consoante nosso ordenamento constitucional, é o sigilo, é a inviolabilidade da intimidade ou das comunicações. Mas cabe considerar que não existem direitos (ou garantias) absolutos. Logo, não há dúvida de que pode haver lei restritiva sobre a matéria. Mesmo porque, se de um lado está em jogo a liberdade, o sigilo e a intimidade, de outro, não se pode ignorar a imperiosidade da prevenção e repressão ao delito, que também é um valor protegido constitucionalmente. Nesse caso a lei daria os parâmetros da admissibilidade da gravação, assim como os requisitos da sua obtenção. A prova seria lícita e poderia ser utilizada no processo. Mas tudo isso é *de lege ferenda*.¹⁸⁶

O art. 5.º, inciso XII, da CF, dispõe sobre a inviolabilidade do sigilo das comunicações, fazendo a ressalva de que poderá ocorrer restrição desde que por ordem judicial e na forma que a lei estabelecer.

Com isso, nos resta claro que toda e qualquer restrição a direito fundamental somente pode ser realizada mediante lei expressa e inequívoca. A razão central da impreteribilidade de diploma legal que cuide das restrições dos direitos fundamentais outra não é senão a de assegurar ao cidadão a previsibilidade das consequências derivadas da sua conduta. Toda intervenção na liberdade tem de ser razoavelmente previsível, além de clara e precisa.¹⁸⁷

¹⁸⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 103.

¹⁸⁶ GOMES, 1997, p. 108.

¹⁸⁷ FILLIPI, Leonardo. *L'intercettazione di comunicazioni*. Milano:Giuffrè, 1997, p. 44.

Ao nosso ver, não anda bem doutrinadores e jurisprudência, ao enxergar as gravações feitas por particulares de forma lícita, uma vez que estas afrontam em demasia direitos personalíssimos, enfraquecendo a segurança dos indivíduos e também o ordenamento jurídico.

As provas ilícitas não se revestem de qualquer idoneidade jurídica e por isso devem ser afastadas do processo penal, ainda que em prejuízo da verdade real, uma vez que os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana se sobrelevam, em muito, diante do interesse que tem a sociedade na represália aos crimes.

A jurisprudência, quando da entrada em vigor da CF, era mais garantista, tendo ao longo dos tempos relativizado o princípio da vedação das provas ilícitas, o que de certo modo foi um avanço e de outro retrocesso. Neste caso por exemplo vemos como um retrocesso completo, uma vez que qualquer cidadão pode adentrar na vida do outro, violando os seus direitos mais íntimos.

Ao admitir as gravações entre particulares como prova lícita, o ordenamento brasileiro destoa das decisões das Cortes Estrangeiras, indo no sentido contrário do que é preceituado por aqueles ordenamentos, como por exemplo a DUDH em seu artigo 12.º, Pacto Internacional Sobre Direitos Cíveis e Políticos (PIDCP) em seu art. 17.º, Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (CADH) em seu art. 11.º, sendo estes pactos internacionais, todos, recepcionados pelo Brasil. O que destoa imensamente, já que não cumpre e não compatibiliza suas leis com aqueles documentos.

Sabemos bem que a Constituição é o pilar de todo o ordenamento, estando no ponto alto da hierarquia das leis e por assim dizer todo o ordenamento jurídico está atrelado às disposições constitucionais. Portanto, ao nosso ver, quando o art. 5.º, inciso LIV, preceitua que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, ele afirma implicitamente que as gravações feitas por particulares violam a liberdade dos indivíduos, tratando, inevitavelmente, de provas ilícitas.

O sistema jurídico processual encontra-se tolhido de certa forma ao princípio da vedação das provas ilícitas e por isso não existiria possibilidade de validar o acervo probatório por meio das gravações clandestinas, sem antes regulamentá-lo.

A admissão deste tipo de prova dentro do processo penal, não só agride o devido processo legal como já mencionado, mas afeta principalmente o direito de privacidade, que nestes casos, não vê-se qualquer forma legal de reduzir o alcance da lei, uma vez que, sequer, existe regulamento que verse sobre as gravações telefônicas ou ambientais.

Contudo, não podemos descartar aquelas possibilidades ao qual veríamos justificativas de se aceitar tais provas, desde que diante de causas de exclusão da ilicitude, o que seria correto admiti-las, se para resguardar bem jurídico de maior monta.

Alguns julgados admitem tais meios de provas, se fundamentando pelo princípio da proporcionalidade,¹⁸⁸ admitindo que em algumas situações é necessário tolerar-se essas gravações em detrimento de alguns direitos, como por exemplo o direito à intimidade. Para LUIZ FLÁVIO GOMES o argumento é perfeito para o legislador, que se deve guiar efetivamente pelo princípio da proporcionalidade para restringir direitos fundamentais, inclusive o da intimidade, jamais para o magistrado, visto que o princípio da proporcionalidade, desde sua construção inicial pelo Tribunal Constitucional alemão, ao se instrumentar mediante a realização do contrapeso dos interesses em conflito em casos concretos, não se revela apto para um contrapeso "supralegal", desligado das garantias estabelecidas na lei, que levaria à possibilidade de um juiz, já com base no princípio e mesmo sem lei, em casos excepcionais e quando concorrem importantes interesses do Estado, adotar medidas não contempladas com clareza no ordenamento jurídico.¹⁸⁹

A esse respeito, ressalta GONZALES SERRANO que se abre uma brecha no princípio da legalidade e se assinala ao princípio da proporcionalidade uma função pervertida que, longe de favorecer os direitos fundamentais do cidadão, retira do princípio sua finalidade de limite das restrições, permitindo-se, com isso, ao Estado, encobrir com argumentos pseudojurídicos atuações arbitrárias.¹⁹⁰

O nosso pensamento é no sentido de que, pode-se admitir gravações clandestinas, porém de modo excepcional nos casos de excludentes da ilicitude, onde vê-se todos os requisitos, devidamente preenchidos, caso contrário continua a ser prova ilícita, devendo ser afastado do processo penal. Esse entendimento, também, é o mesmo comungado pelo ordenamento português.

¹⁸⁸ PENAL. PROCESSUAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA POR UM DOS INTERLOCUTORES. PROVA LÍCITA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. "HABEAS CORPUS". RECURSO. 1. A gravação de conversa por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal. 2. Pelo Princípio da Proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cujo harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito à intimidade. 3. Precedentes do STF. 4. Recurso conhecido, mas não provido. (STJ - RHC: 7216 SP 1998/0004035-8, Relator: Ministro EDSON VIDIGAL, Data de Julgamento: 28/04/1998, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 25.05.1998 p. 125</br> JBC vol. 47 p. 83</br> RDR vol. 13 p. 384</br> RJDTACSP vol. 39 p. 550</br> RMP vol. 9 p. 465</br> RSTJ vol. 109 p. 268</br> RT V 00755 p. 580</br> RT vol. 755 p. 580).

¹⁸⁹ GOMES, Luiz Flávio. 1997, p. 109.

¹⁹⁰ GONZALES CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madri: Colex, 1990. p. 77.

Contudo, ao nosso ver, a maior problemática é no tocante a ausência de regulamentação¹⁹¹ para este tipo de gravação, posto que a razão central da impreteribilidade de diploma legal que cuide das restrições dos direitos fundamentais outra não é senão a de assegurar ao cidadão a previsibilidade das consequências derivadas da sua conduta. Toda intervenção na liberdade tem de ser razoavelmente previsível, além de clara e precisa.¹⁹²

No entanto, não podemos admitir que qualquer indivíduo possa adentrar na esfera da liberdade, individualidade, privacidade e intimidade do outro, sem que exista uma lei prevendo tal conduta, tão logo estaríamos a criar um caos dentro da sociedade que se diz democrática.

Que os direitos fundamentais são relativos não se questiona. Que o legislador pode limitar o direito à intimidade é algo indiscutível. Pretender, no entanto, diante de sua injustificada omissão, supri-la pela via da "utilização do sistema judicial", em detrimento do "sistema legal", é pura e simplesmente decretar o fim do Estado de Direito, substituindo-o pelo "ativismo judicial". No dia em que o "critério prudente do juiz", com exclusividade, puder servir de base a uma "visão ampliada de admissão de provas", assentada na ordem objetiva de valores, como meio de resguardar interesses maiores, em detrimento dos direitos individuais, porque a busca da verdade material é o fim ideal a ser realizado pelo Estado-juiz, por meio da prestação jurisdicional, acaba-se o Estado de Direito e sepultam oito séculos de evolução civilizada do princípio do *due process of law*.¹⁹³

É interessante perceber, diante dos julgados do STF¹⁹⁴ e STJ, a respeito das gravações clandestinas que os Tribunais é no escopo de reconhecer este tipo de prova, admitindo-as no

¹⁹¹ Com a ausência de regulamentação própria sobre este tipo de prova, fica perceptível que a Constituição que deixou o tema, portanto, a mercê de complementação jurisprudencial.

¹⁹² FILIPPI, Leonardo. *L'intercettazione di comunicazioni*. Milano:Giuffrè, 1997, p. 44.

¹⁹³ GOMES, 1997, p. 108.

¹⁹⁴ Habeas corpus. Trancamento de ação penal. investigação criminal realizada pelo Ministério Público. Excepcionalidade do caso. Possibilidade. gravação clandestina (gravação de conversa telefônica por um interlocutor sem o conhecimento do outro). Licitude da prova. Precedentes. ordem denegada. 1. Possibilidade de investigação do Ministério Público. Excepcionalidade do caso. O poder de investigar do Ministério Público não pode ser exercido de forma ampla e irrestrita, sem qualquer controle, sob pena de agredir, inevitavelmente, direitos fundamentais. A atividade de investigação, seja ela exercida pela Polícia ou pelo Ministério Público, merece, por sua própria natureza, vigilância e controle. O tema comporta e reclama disciplina legal, para que a ação do Estado não resulte prejudicada e não prejudique a defesa dos direitos fundamentais. A atuação deve ser subsidiária e em hipóteses específicas. No caso concreto, restou configurada situação excepcional a justificar a atuação do MP: crime de tráfico de influência praticado por vereador. 2. Gravação clandestina (Gravação de conversa telefônica por um interlocutor sem o conhecimento do outro). Licitude da prova. Por mais relevantes e graves que sejam os fatos apurados, provas obtidas sem a observância das garantias previstas na ordem constitucional ou em contrariedade ao disposto em normas de procedimento não podem ser admitidas no processo; uma vez juntadas, devem ser excluídas. O presente caso versa sobre a gravação de conversa telefônica por um interlocutor sem o conhecimento do outro, isto é, a denominada gravação telefônica ou gravação clandestina. Entendimento do STF no sentido da licitude da prova, desde que não haja causa legal específica de sigilo nem reserva de conversação. Repercussão geral da matéria (RE 583.397/RJ). 3. Ordem

processo e excluindo sua ilicitude. No entanto, é possível perceber que boa parte dos julgados é nas situações de causas justificantes e quando não há reservas de sigilo profissional. O que em parte, comunga desta ideia o ordenamento português.

O que muitos doutrinadores entendem é que o art. 5.º, inciso LVI da CF, se remete as autoridades públicas e não aos particulares, possibilitando por parte destes últimos a obtenção e utilização destes meios de provas. Por isso, o STF reduz o alcance daquela lei, intuindo a ideia de que a principal função é coibir atuações arbitrárias por parte das autoridades, restando a compreensão de que serão lícitas as provas colacionadas pelo particular, conforme o entendimento que originou a *exclusionary rule* norte-americana.

Uma outra concepção da doutrina brasileira é que o aproveitamento das provas ilícitas estaria muito mais a beneficiar a sociedade, do que a degradá-la, analisando este meio de prova diante do conflito com o princípio da verdade real. Sendo assim, para muitos seria através da busca da verdade real que se conseguiria efetivar aquilo que o ordenamento jurídico propõe executar. Isso porque, sob a ótica de muitos, ao inadmitir uma prova obtida de modo ilícito, estaria o julgador negando o fato concreto, aplicando um direito ‘enganoso’, ou não real, que não condiz com a realidade dos fatos, agindo de modo como se aquele material probatório não existisse. Estaria, no entanto, para muitos, driblando a verdade real em detrimento de uma lei restrita.

É por esta razão que outros ordenamentos jurídicos aplicam com cautela ou sequer adotam o princípio da vedação das provas ilícitas. No sistema inglês, por exemplo, a utilização das provas ilícitas é a regra, pois, na Inglaterra, se concluiu ser mais inseguro para a administração da Justiça o não aproveitamento dessas provas. Para eles, sem prejuízo da eventual punição que couber aos responsáveis pela ilicitude, deve o Processo Criminal averiguar como os fatos ocorreram e não como as provas foram obtidas.¹⁹⁵

Muitos acreditam que a inadmissão destes meios de provas geram obstáculos à concretização da justiça, afetando demasiadamente a sociedade de modo a aumentar a impunidade dos criminosos, que se veem assegurados pela legislação, que demonstra-se restrita.

Em consonância com este entendimento, considera MENDONÇA LIMA que o juiz não pode abstrair-se de conhecer o fato e julgar conforme possa influir, isoladamente ou no

denegada. (STF - HC: 91613 MG, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 15/05/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-182 DIVULG 14-09-2012 PUBLIC 17-09-2012).

¹⁹⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 101.

conjunto de provas, porque sua obtenção foi considerada imoral, por transgredir certos postulados ou certas normas que amparam indivíduos e, portanto, somente por isso deixa de ser eficaz para ser o litígio solvido. Se a parte dispuser apenas daquela prova, sem possibilidade de outra, sobre fato que, pela natureza, não enseja, normalmente, outro meio (v.g., corrupção, adultério, chantagem, sempre realizados com recato e sigilo, com a preocupação de ocultar o mais possível), a repulsa pelo juiz poderá determinar uma sentença injusta e imoral, negando razão ao que usou de meio de prova obtido imoralmente e dando razão ao que praticou ato imoral e ilegal, mas cuja prova foi considerada ineficaz por ter sido conseguida fora da moral... É a negação do ideal de justiça.¹⁹⁶

Ao nosso ver, da mesma maneira que a inadmissão destes meios de provas podem causar prejuízos para a sociedade, também o mesmo poderá ocorrer do contrário, afetando o direito do cidadão que vê-se preso a um ordenamento que não se declara tão seguro, já que não cumpre com o pactuado.

Um outro argumento que se utilizam para argumentarem a aceitação destes meios de provas é o de que a vedação das provas ilícitas serve como salvaguarda para a prática de delitos, principalmente por parte das grandes organizações criminosas, que adotam meios capciosos para atrapalhar as investigações das autoridades competentes. Por isso, muitos argumentam que a vedação serve mais a manutenção da impunidade do que o resguardo das liberdades individuais.

Por isso, há quem defenda que a proibição da prova ilícita causa mais prejuízos do que sua admissão no processo penal, admitindo-se a violação da intimidade para comprovar determinados crimes, visto ser o único meio através do qual seja possível provar o delito e identificar os agentes envolvidos.

No entanto, muitos dos julgamentos é no sentido de admitir estes meios de prova em decorrência de legítima defesa¹⁹⁷, diminuindo o alcance do art. 5.º, inc. LVI, como no caso de maus tratos a idosos e vulneráveis no geral. O que ao nosso ver, anda bem a

¹⁹⁶ LIMA, Alcides de Mendonça *apud* RABONEZE, Ricardo. *Provas Obtidas por Meios Ilícitos*. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2002. P. 45-46.

¹⁹⁷[...] a gravação ambiental encartada aos autos, por envolver interesses e direitos das pessoas que providenciaram a gravação dos sons e imagens, os quais agiram em legítima defesa da vida, integridade física e saúde do pai delas, uma pessoa idosa, com 92 (noventa e dois) anos de idade e acometida da doença de Alzheimer, deve ser admitida como prova lícita, não podendo ser oposta, nesse caso, a inviolabilidade da intimidade das acusadas. (Tribunal de Justiça de São Paulo. 12ª Câmara de Direito Criminal. Apelação nº 0000612-26.2008.8.26.0076, comarca de Bilac. Relator: Desembargador Breno Guimarães. 05 out. 2011, unânime. *Diário da Justiça*: 12 out. 2011.)

jurisprudência, sendo preciso, apenas, utilizar-se bem do princípio da proporcionalidade, atribuindo a cada caso concreto a decisão justa.

Em resumo, podemos alegar que apesar do ordenamento brasileiro ser claro quanto a inadmissão das provas ilícitas, a jurisprudência é unívoca no sentido de reduzir o alcance da lei, dirimindo alguns casos ao qual não se vê qualquer ilicitude nestes tipos de provas. Além das excludentes de ilicitude, admite-se, também, esse tipo de provas quando forem utilizadas em prol do acusado¹⁹⁸, podendo-se verificar a contradição diante de todo o entendimento pregado.

O Supremo reduziu a abrangência do art. 5.º, LVI da CF, adotando a teoria da proporcionalidade, admitindo como provas lícitas as gravações telefônicas entre a vítima do crime e os criminosos, posto este, muitas vezes, ser o único meio de prova consistente. Para o Ministro Nelson Jobim, é lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa. Segundo seu entendimento, é inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando interlocutor grava diálogo com sequestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista.¹⁹⁹

Assim, observa-se a tamanha proximidade do preceituado no ordenamento brasileiro com a teoria norte-americana da *exclusionary rule*, que visa coibir a arbitrariedade das autoridades públicas, mas não dos particulares.

Por fim, compreendendo o entendimento no Brasil, admite-se as provas ilícitas, desde que não afete o direito à reserva, no caso o sigilo da comunicação. Ainda que haja ilicitude, esta pode ceder em face de outro interesse jurídico proporcionalmente mais relevante que a intimidade, como, por exemplo, à vida ou à saúde, ou o direito à ampla defesa.²⁰⁰

Em decorrência do que depreende-se do ordenamento jurídico brasileiro verificamos que em certa medida age corretamente a jurisprudência quando da admissão das provas ilícitas no seio do processo penal nos casos das justificantes da ilicitude, porém admite em

¹⁹⁸ O STF e o STJ são unânimes neste entendimento, portanto, quando for para beneficiar o réu as provas, mesmo que ilícitas serão admitidas. De acordo com Walter Nunes, os incisos LV e LVI do art. 5º da CF leva à conclusão de que tais direitos constituem limitações ao poder do estado, de forma que a sua aplicação se dará na atuação processual do Ministério Público. Assim, seria vedada a utilização de provas ilícitas para a condenação do réu, mas nunca quando estas estiverem a seu favor. Deparando-se com situação na qual uma prova ilícita atesta a inocência do réu, o juiz deverá, então, absolver com base em insuficiência de provas (art. 386, VII, do CPP). JÚNIOR, Walter Nunes Silva. *Curso de Direito Processual Penal: Teoria (Constitucional) do Processo Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 514-515.

¹⁹⁹ Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Habeas corpus* nº 75.338-8-RJ. Relator: Ministro Nelson Jobim. 11 mar. 1998, unânime. *Diário da Justiça*: 25 set. 1998, p. 69.

²⁰⁰AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 216.

grande demasia as gravações clandestinas, afrontando o princípio da inviolabilidade do sigilo da comunicação, cerceando a defesa e inibindo o contraditório, em ofensa ao princípio do devido processo legal.

Além do mais, sabemos que a liberdade é um dos direitos mais importantes a ser preservado juridicamente, à exceção apenas do direito à vida. Por isso, vemos a grave ofensa a liberdade do indivíduo, confrontando à intimidade e o princípio da reserva legal, o que faz enfraquecer o próprio Estado Democrático de Direito e ainda mais a segurança jurídica.

Como já dito, é necessário relativizar alguns direitos, afinal nem mesmo os direitos fundamentais são absolutos, porém, através do princípio da proporcionalidade, é imperioso que se faça uma ponderação concreta de forma que a sociedade e o cidadão em si, não se vejam prejudicados diante do que a lei preconizou.

Sendo assim e considerando que no Brasil não existe lei específica disciplinando a gravação clandestina, seja telefônica ou ambiental, a conclusão inevitável é a de que o princípio da vedação das provas ilícitas se mantém, e este tipo de prova é considerado inadmissível.

5 - A FLEXIBILIDADE DA JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA

A jurisprudência portuguesa tem admitido alguns meios de prova proibidos no seio das últimas decisões, assim como as gravações ilícitas feitas por particulares. No entanto, esta flexibilidade requer uma análise minuciosa e se detém, principalmente, quando do aparecimento de causas justificativas de exclusão da ilicitude.

Na verdade, a jurisprudência maioritária tenta encontrar soluções que sejam compatíveis com o direito vigente, que assegurem os direitos fundamentais, buscando através de um juízo de proporcionalidade resolver os conflitos impulsionados para uma relativa valoração destes meios de provas.

As últimas decisões dos Tribunais, tem sido no sentido de encontrar a solução nas causas de justificação, assim como está de acordo COSTA ANDRADE, alegando que tanto doutrina como jurisprudência maioritária sustentam uma solução mais matizada, admitindo-se a valoração – nessa medida se excluindo a pertinente ilicitude penal – em hipóteses excepcionais de interesse punitivo particularmente qualificado, nomeadamente quando se trata de dar resposta às manifestações mais extremadas da criminalidade grave.²⁰¹

²⁰¹ ANDRADE, 1987, p. 75.

Denota-se com isso que a admissão e consequente valoração destas provas, se dão quando da presença de alguma causa justificativa e quando tratam-se de crimes de maior gravidade.

Dúvidas só poderão suscitar-se nas hipóteses em que, posto entre parênteses o interesse punitivo do Estado – a valoração da gravação penalmente ilícita é necessária à salvaguarda de bens jurídicos pessoais como a vida, a integridade física ou a liberdade. Pense-se no caso em que só a utilização da gravação no processo poderá impedir a condenação de um inocente ou pôr termo à prisão de uma pessoa injustamente condenada.²⁰²

Assim como em Portugal, também é matéria convergente no Brasil quando da exceção das provas ilícitas *pro reo*²⁰³, podendo o direito à intimidade e, também o direito à palavra ser limitados, em virtude de um sacrifício maior.

Nesses casos, a gravação ilícita é passível de ser utilizada no processo penal, tanto para absolver um inocente, funcionando como prova ilícita *pro reo*, o que também significa que não pode simultaneamente contribuir para a condenação de outrem, como pode ser utilizada nos casos em que, após uma ponderação de interesses entre o interesse público do *ius puniendi* no caso concreto (que pode e deve obrigatoriamente ultrapassar o mero interesse da perseguição penal) e os direitos relativamente disponíveis em jogo se apurou que estes últimos deveriam ser sacrificados em nome daquele outro interesse público.²⁰⁴

Com base em um estudo da jurisprudência maioritária, vê-se que a grande maioria das decisões dos tribunais superiores são no tocante a temática da videovigilância. Sendo assim, é pacífico o entendimento de que a licitude da videovigilância só se afere pela sua conformidade ao fim que a autorizou.²⁰⁵

A lei da videovigilância representa um marco importante na história do direito português, sendo considerado uma espécie de guardião dos direitos dos cidadãos, estando presente em todos os lugares, trazendo uma certa proteção e segurança maior aos indivíduos

²⁰² ANDRADE, 1987, p. 76-77. Vide: “sempre que se trata de impedir atentados gravosos ao desenvolvimento da personalidade, a ideia de direito não sofre afronta se o Estado, que não dispõe de outro meio para atingir aquele fim, recorre a um meio de prova obtido à custa da lesão da dignidade humana.” H. OTTO. *Die strafprozessuale Verwertbarkeit von Beweismitteln, die durch Eingriff in Rechte anderer von Privaten erlangt wurden*, In: *Festschrift für Th. Kleinknecht*, München, 1985, p. 331, apud ANDRADE, 1987, p. 77.

²⁰³ Vide: “Dá-se a primeira exceção, como vimos, nos casos de prova ilícita *pro reo*, podendo o próprio direito de defesa limitar o direito à intimidade, e a segunda nos casos de prova ilícita destinada a punir crimes de tal gravidade que imponham o sacrifício de uma proibição de prova que não contenda com direitos absolutamente indisponíveis (v.g. *privacy* de terceiros). GARRET, 2008, p. 98.

²⁰⁴ GARRET, 2008, p. 102-103.

²⁰⁵ VELOSO, Margarida. Videovigilância, informação e utilização de imagens como meio de prova: Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 30/10/2008, processo n. 8324/2008-9, in *Justiça e Sociedade* / coordenadores Rui Rangel e José Eduardo Sapateiro, AJPC, Coimbra: Almedina, 2009, p. 411.

de boa índole, uma vez que vivemos em uma sociedade de risco cada vez mais voltada a criminalidade violenta, assim como o terrorismo, mostrando-se imperioso que o Estado busque implementações que deem solução a todo o caos ao qual se vive.

A actual sociedade enfrenta uma criminalidade cada vez mais organizada e complexa, criminalidade esta que tenta aproveitar em seu favor as fragilidades que as sociedades democráticas, plurais e hipercomplexas apresentam. Ou seja: o mundo criminal tenta desfrutar da protecção da privacidade para conseguir ou prosseguir os seus intentos ilícitos.²⁰⁶

Apesar de a maioria das decisões serem favoráveis nos casos de videovigilância isso não nos impede de ver que a jurisprudência se declina, também, em tantos outros casos em que as provas são obtidas por particulares e isso se depreende dos acórdãos que a seguir nos deteremos.

Há vários acórdãos que demonstram a flexibilidade da jurisprudência quando da admissão destes meios de provas no processo penal, podendo-se mencionar o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 30/09/2002²⁰⁷ o qual tem a ideia de que a repressão de crimes graves e a identificação dos seus agentes, cada vez mais bem apetrechados de meios técnicos sofisticados, deve permitir que na investigação criminal as autoridades possam utilizar gravações ou filmagens ocultas, mesmo as efetuadas por particulares, sob pena de um excesso de garantismo penal e processual comprometer seriamente a defesa dos valores fundamentais da comunidade.²⁰⁸

O processo penal tem aceite com maior frequência estes meios de prova, ponderando a sua pertinência segundo o princípio da proporcionalidade, de modo a garantir a segurança jurídica e equilibrando os direitos fundamentais.

O acórdão do STJ de 28/09/2011²⁰⁹ explicita com majestade a tendência em se admitir estes meios de prova e logo de início faz uma explanação sobre a questão da segurança, retratando que este é um elemento essencial da vida dos cidadãos, consubstanciando-se num direito à existência de um clima de paz e confiança mútua.

²⁰⁶ OUBIÑA, Ana Mercedes da Silva Claro. As telecomunicações, a vida privada e o direito penal. *In: Direito Penal Hoje* (org. Manuel da Costa Andrade e Rita Castanheira Neves), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 35, *apud* COSTA, José Francisco de Faria, 1998, p. 173.

²⁰⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 30/09/2002, disponível e consultado em Coletânea de Jurisprudência, Ano XXVII, tomo IV, p. 285.

²⁰⁸ *Idem*.

²⁰⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28/09/2011, Processo n. °22/09.6YGLSB.S2, Relator: Santos Cabral, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/25cd7aa80cc3adb0802579260032dd4a?OpenDocument>

O STJ relembra que o direito à segurança não é um direito absoluto, devendo por isto ser equiparado a outros direitos fundamentais que passarão pelo crivo da ponderação de valores.

Um dos pilares fundamentais do Estado de Direito é a relação equilibrada construída entre segurança e democracia ou entre segurança e direitos fundamentais. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tentou, em diversas decisões, responder a esta questão fundamental, reconhecendo que, numa sociedade democrática, os interesses da segurança nacional prevalecem sobre os interesses individuais, mas tornando, também, claro os limites que não podem ser ultrapassados em nome da segurança, nomeadamente em termos de inserção naquelas bases de dados. Assim, o poder de vigiar em segredo os cidadãos só pode ser tolerado na medida estritamente necessária à salvaguarda das instituições democráticas. É o grau mínimo de protecção requerido pela prevalência do direito numa sociedade democrática.²¹⁰ Com isso, percebe-se que existem limites que não podem transcender em nome do direito à segurança.

Não compactuamos com esta ideia firmada no entendimento do STJ, de que os interesses da segurança nacional se sobrepõem aos interesses individuais, posto que vivemos em uma sociedade que preza pela democracia, fundada na dignidade da pessoa humana individual e concreta e não na absolutização do valor da segurança.²¹¹ Afirmar que os interesses nacionais se sobrepõem aos interesses individuais, seria ferir com o direito dos cidadãos, devendo-se sempre perseguir a ponderação dos interesses, de modo que ninguém seja afetado no seu direito mais sublime.

O STJ afirma a atipicidade criminal quando, mesmo sem consentimento, exista justa causa no procedimento, dando enfoque ao espaço em que tal ocorrerá. Neste sentido, o STJ enquadra que quando tais acontecimentos venham a ocorrer publicamente o único óbice a tal desiderato é a inadmissibilidade de atentados intoleráveis à liberdade, dignidade e integridade moral do visado.

Vários acórdãos seguem neste sentido, ao admitir as gravações feitas por particulares, utilizando-se do critério do lugar público para auferir que não há qualquer violação ao núcleo duro da vida privada.

²¹⁰ *Idem.*

²¹¹ VALENTE, 2015, p. 18.

O acórdão do STJ de 20/06/2001²¹², no tocante as gravações captadas pelo sistema da videovigilância, retrata o fato de tais gravações terem sido recolhidas em local público, o que segundo a jurisprudência está acobertada por sua admissão uma vez que não fere a privacidade do visado, aludindo que quem se utiliza de meios ilícitos, fora da ordem jurídica, faz caducar o seu direito ao Estado de Direito, tornando-se indigno deste. No mesmo sentido seguem os acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 14/10/2009²¹³ ao qual admite as gravações de videovigilância recolhidas num posto de combustível, como meio de prova contra os assaltantes e de 23/10/2013²¹⁴ que considera válidas as captações de imagens feitas por um particular em virtude dos sucessivos estragos que estavam sendo feitos ao seu automóvel, câmeras aos quais foram instaladas em via pública, tendo como finalidade a identificação do autor do crime de dano; o TRP considerou que não constitui nenhuma violação do ‘núcleo duro da vida privada’, nem do direito à imagem do visionado, não sendo necessário o seu consentimento para essa gravação e não considerou a conduta do particular como prática do crime elencado no art. 199.º do CP.

Ainda no mesmo sentido os acórdãos do TRG de 29/03/2004²¹⁵, que refere-se a um outro caso de captação de imagens de um assalto a um posto de combustível e TRG de 19/05/2003²¹⁶, também uma captação de imagens num caixa multibanco, onde o Tribunal concluiu que o arguido não foi filmado no contexto da sua esfera privada.

Sendo assim, é perceptível que o critério do local onde ocorre a conduta é muito utilizado para se verificar se houve agressão a privacidade do indivíduo, de modo a admitir ou não determinados meios de prova.

²¹² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20/06/2001, disponível e consultado em Coletânea de Jurisprudência: Acórdãos do STJ, Ano IX, tomo 2, p. 221.

²¹³ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 14/10/2009, Processo n.º 103/05.5GCETR.C1.P1, Relator: Ângelo Morais, disponível e consultado em <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/1871bed4522f35f580257655004973ed?OpenDocument>>.

²¹⁴ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23/10/2013, Processo n.º 585/11.6TABGC.P1, Relatora: Maria do Carmo Silva Dias, disponível e consultado em <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/301ec6a6cdd8ceab80257c1a005a61e4?OpenDocument>>.

²¹⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 29/03/2004, disponível e consultado em Coletânea de Jurisprudência, Ano XXIX, tomo II, p. 291.

²¹⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 19/05/2003, disponível e consultado em Coletânea de Jurisprudência, Ano XXVIII, tomo III, p. 299.

No entanto, este critério também não nos parece o mais adequado, tendo em vista a dificuldade de se conceituar ‘a vida privada’, privacidade’, vida íntima, vida pública, vida privada, uma vez que nem sempre o espaço físico determinará o direito à privacidade do indivíduo. Muitas vezes ocorrerá agressão à privacidade mesmo nos espaços públicos.

Além do mais, não podemos seguir uma teoria nua e crua como o princípio das três esferas pautado pelo direito alemão e nem mesmo por qualquer outra teoria, de forma a nos guiar unicamente por tal caminho, uma vez que cada sociedade dita os seus valores conforme o tempo ao qual vive e isso difere de lugar para lugar. Com isso, pensamos andar mal aqueles que seguem um critério determinante para discernir os fatos que impendem sobre à vida pública *versus* vida privada, embora seja este um fator de suma importância que, deve sim, ser levado em consideração, mas com base nos valores impregnados em tal sociedade mediante o caso concreto, nunca devendo ser critério decisivo.

Relativizar determinados conceitos é um erro comumente utilizado no seio das decisões jurídicas de muitas nações, no entanto, é preciso prudência ao julgar casos em que se inferem por tais conceitos, que muito o são vagos e imprecisos, para que não se cometa erros grossos.

O art. 192.º do CP nos dá a orientação do que seja privacidade, juntamente ao art. 26.º, n.º 1 da CRP, orientando-se alguns doutrinadores pela teoria das três esferas, mas não a jurisprudência maioritária, tendo em vista que esta não faz distinção de esferas no que tangencia a privacidade. Com isso, a jurisprudência segue no sentido de não incriminar as gravações, mesmo sem o consentimento do visado, desde que exista justa causa e que tal procedimento não diga respeito ao núcleo duro da vida privada daquele.

A maioria dos doutrinadores portugueses defendem que não existe distinção entre esfera íntima e esfera privada²¹⁷, tratando-se de uma relativização que pode levar a instabilidade e insegurança, sendo esta definição prudente quando feita com base no caso concreto, uma vez que o conceito de privacidade oscila quanto ao seu conteúdo e circunstâncias. Para eles a teoria das três esferas não é suficiente para argumentar a admissão destes meios proibidos de prova.

²¹⁷ Nesse sentido, CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 181-182. CRORIE, Benedita Mac. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e a vídeo-vigilância. *IN: Cadernos de Direito Privado*, n. 11, julho-setembro, 2005, pp. 47-62. PINTO, Paulo Mota. A proteção da vida privada e a Constituição. *In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXVI, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 161-171.

O próprio STJ alude que não se deve distinguir entre "intimidade" e "vida privada" simples, com apelo a denominada “teoria das esferas” porquanto é difícil determinar o que é que deve ser incluído em cada uma das classificações, sendo sempre uma opção em alguma medida, arbitrária. Aliás, não se vislumbra uma área que mereça uma protecção tão intensa que se sobreponha a todos os restantes valores da ordem jurídico constitucional e cuja protecção seja absoluta e, por outro lado é impossível configurar cada uma das esferas como compartimentos estanques sem inter-relação.²¹⁸

Por isso, apesar de ser um dos critérios que deverá ser analisado quando da admissão destes meios de provas, a privacidade deverá ser um fator observado minuciosamente, tendo os Tribunais da Relação²¹⁹ englobado dentro do núcleo da área de privacidade: à intimidade, à sexualidade, à saúde, a vida particular e familiar mais restrita ao qual está fora do alcance do conhecimento de terceiros.

Sendo assim, e não estando configurado o crime de privacidade ou qualquer intervenção na vida privada do indivíduo, poderíamos de imediato admitir as gravações de voz como meio de prova?

A resposta seria não, posto que é preciso analisar outros critérios e direitos fundamentais que, também, não podem ser igualmente afetados, assim como o direito à palavra.

A violação da privacidade encontra-se ligado as violações ao direito à palavra e o direito à imagem do afetado, podendo ser visto numa simples leitura dos art. 192.º, art. 199.º do CP atrelados ao art. 167.º do CPP. Contudo, apesar de serem direitos interligados, tratam-se de direitos autónomos e independentes, como já visto em capítulos anteriores, os quais deverão ser observados um a um, para uma posterior admissão de meio de prova proibido.

É necessário que nenhum destes direitos fundamentais venham a ser violados²²⁰, para que, posteriormente, possa-se analisar criteriosamente se tais gravações realizadas por particulares poderão ou não ser admitidas dentro do processo criminal. Como visto, é

²¹⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28/09/2011, Processo n.º 22/09.6YGLSB.S2, Relator: Santos Cabral, Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/25cd7aa80cc3adb0802579260032dd4a?OpenDocument>>.

²¹⁹ Ac. TRP de 14/10/2009, Ac. TRP de 11/07/2012, Ac. TRL de 04/03/2010, Ac. TRE 28/06/2011 e Ac. TRE 24/04/2012.

²²⁰ Vide Acórdão do Tribunal Constitucional n. 263/97, processo n. 179/95, 1ª secção, Relator: Tavares da Costa. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19970263.html>>. “Obtidas determinadas provas com violação de direitos fundamentais, designadamente através de abusiva intromissão na vida privada das pessoas, é intolerável a sua admissibilidade e valoração em juízo, como decorre da aplicação analógica à situação da regra do art. 32º/6 da C.R.P(...)”

imprescindível que a esfera da privacidade não seja transgredida, assim como, também, o direito à palavra seja resguardado, se posicionando a jurisprudência quando do aparecimento de causas justificativas que estejam preenchidas por todos os seus requisitos legais. A partir desse momento, tais gravações poderão ser aceites. E tem sido este o entendimento da jurisprudência maioritária.

Um outro argumento que o STJ elucida em seu Ac. de 28/09/2011, é no tocante ao particular ter o direito de proteger com maior segurança o seu espaço, através de medidas e ações comportamentais adequadas. Dessa forma, para o Supremo os cidadãos devem ter um papel dinâmico e activo que é fundamental na prossecução de espaços físicos e cognitivos de segurança, assim como lhes compete promover o desenvolvimento harmonioso do Estado que se quer de Direito e Democrático, não obstante recair, em primeira linha, sobre o Estado o dever fundamental de garantir a segurança de todos os cidadãos por meio de forças colectivas organizadas dotadas de jus imperii.²²¹

Em certo ponto, concordamos que o cidadão tem o papel de proteger o seu espaço, no entanto, é preciso cautela quanto a isso, uma vez que o particular não pode tomar o lugar das autoridades competentes e recorrer, a quaisquer, meios de efetivar tal protecção. Assim sendo, discordamos em certo ponto do entendimento preceituado pelo STJ, posto que a justificativa de que o interesse na perseguição penal é argumento suficiente para admissão de meios de prova proibidos, não é de todo correto, tampouco adequado, uma vez que é preciso o resguardo aos direitos fundamentais e outros direitos essenciais dentro do processo penal.

Diante de tudo o que fora exposto, ainda vemos um outro problema calcado na esfera judiciária, qual seja: uma omissão por parte da jurisprudência quando da análise da (i)licitude da conduta ao plano da utilização das gravações. Conforme preceitua o n 1, alínea b, do art. 199.º do CP é crime a obtenção das gravações e também, a utilização destas, quando feitas sem o consentimento do visado, devendo ser verificado quando da recolha destas provas e também, da sua utilização, posto que poderá ser lícita quando da sua obtenção, porém ilícita quando da sua utilização dentro do processo.

Sendo assim, a utilização das gravações ou fotografias sem o consentimento do visado pode caracterizar-se como um novo ilícito, na medida em que através da audição ou visualização daquelas, os bens jurídicos penalmente tutelados podem voltar a ser violados. Como explicita SÉRGIO PENA, a questão nevrálgica nesta sede é a de ponderar se, mesmo

²²¹ Ac. STJ 28/09/2011.

que se considere que a captação é lícita, por via da verificação de uma causa de exclusão da ilicitude nos termos analisados, a sua utilização estará vedada por consubstanciar a prática do crime constante na alínea b), do artigo 199.º, n.º 2 do CP, para cuja integração típica independe a licitude da captação.²²²

A jurisprudência se mostra omissa nesse quesito, posto termos encontrado apenas dois acórdãos que retratam sobre essa dualidade da incriminação. E ao qual SÉRGIO PENA faz alusão, quais são: Ac. do TRE de 24/04/2012 e Ac. do TRL de 28/05/2009.²²³

Com isso, podemos verificar que mediante esta dualidade de incriminação, há regimes diferentes ao qual merecem ponderações em separado. Segundo MILENE MARTINS, ainda que uma prova tenha sido obtida, por um particular, de modo lícito isso não significa, por si, que a prova pode ser valorada processualmente porque, tal como defendemos inicialmente, as proibições de valoração tem aplicabilidade efetiva quanto aos particulares pelo que, mesmo que a prova tenha sido obtida de modo lícito, caso a utilização dessa prova comine na ilicitude penal, a mesma, não poderá ser valorada no processo penal, a não ser que exista uma justificação específica.²²⁴

Desta maneira, é preciso que haja um rigor maior quando da análise destas provas, por parte da jurisprudência, para que possa proceder-se a duas etapas consecutivas e obrigatórias. Primeiro, quando da recolha destas provas (gravações) e posteriormente uma nova apreciação quando da sua utilização dentro do processo.

Quando da averiguação da ilicitude frente as justas causas, é preciso uma atenção, ainda maior, neste segundo momento (o da utilização destes meios de prova dentro do processo), para que possa ser analisado se estas justas causas podem ser aplicadas e se manifestam ao momento da utilização destas.

²²² PENA, 2013, p. 115.

²²³ Estes acórdãos fazem uma expressa reflexão sobre a distinção da dualidade desta incriminação, quando da recolha ou utilização destes meios de prova e a possibilidade de valoração dentro do processo penal.

“Esta é também uma decorrência necessária do respeito pela teoria dualista sufragada pelo legislador na tipificação do crime de fotografias ilícitas que impõe a autonomização da captação das imagens da sua futura utilização e que não deixa de encontrar algum reflexo na decisão recorrida. Tal como exemplificado por Costa Andrade (*Comentário ... cit.*), em anotação ao crime de gravações ilícitas, mas logo especificando que as mesmas considerações se aplicam ao crime de fotografias ilícitas, impõe-se excluir da tipicidade «os possíveis atentados à palavra que não suponham a mediação do gravador. Não pode ser punido pelo crime de gravações ilícitas o jornalista que, sem consentimento, reproduz oralmente (na rádio ou televisão) ou por escrito, no todo ou em parte, o teor de uma gravação (...). A responsabilidade criminal do jornalista está afastada desde logo a nível da tipicidade. Já seria diferente se o jornalista fizesse ouvir a gravação “passando-a” aos microfones da rádio ou da televisão». O mesmo vale para o depoimento em julgamento. Desde que não se recorresse à visualização das imagens captadas, nada invalidaria o testemunho produzido com base numa anterior visualização das mesmas.” Ac. TRL de 28/05/2009.

²²⁴ MARTINS, 2014, p. 49.

É preciso percorrer o caminho da dualidade, de forma que a (i)licitude seja averiguada nas duas etapas e não venha a ser banida ou mesmo valorada sem os argumentos fiéis e legais perante o ordenamento jurídico. Com isso, será necessário que quando da admissão destes meios de provas com base em causas de justificação, haja argumentos plausíveis para tal desiderato, acompanhando todos os requisitos legais preceituados no ordenamento jurídico, percebendo-se a autonomia nestas duas fases.

Em decorrência deste entendimento exposto, ainda poderíamos nos depreender com outro problema. Os mesmos direitos fundamentais que foram agredidos quando da recolha destas provas ou mesmo ponderados perante o conflito de interesses, serão os mesmos quando da utilização destes meios de provas? A resposta, em sua esmagadora maioria das vezes, será não.

Difícilmente serão os mesmos valores que estarão presentes quando do momento da recolha e utilização das provas. Segundo VANESSA VALENTE se a gravação ou a imagem foi recolhida com o objetivo de afastar uma agressão ou um perigo e se, por via dessa mesma atuação, este acaba por cessar, de que forma poderemos voltar a invocar essa causa de justificação para legitimar a sua utilização como prova em processo apenas para perseguir criminalmente o visado que não mais voltou a cometer qualquer ilícito? No entanto, consideramos que também podemos perspectivar o problema do lado contrário. Isto é, se a ordem jurídica reconheceu previamente legitimidade no processo de obtenção, não seria incongruente querer depois punir os agentes que utilizassem essas gravações ou imagens? E que a sua utilização, em muitos casos, poderá ser a única forma efetiva de tutelar os seus direitos ameaçados.²²⁵

O autor SÉRGIO PENA, alude quanto a análise da (i)licitude da utilização deste meio de prova, ressaltando que neste segundo momento já não se pode invocar um conflito de direitos fundamentais pois a utilização da imagem não visa proteger a segurança ou a propriedade, já que estes valores já foram efetivamente violados, mas apenas garantir a reacção contra essas violações, à possibilidade de verificação de um estado de necessidade probatório ou de uma quase legítima defesa.²²⁶

Nestes casos, é notório quantos problemas podem surgir a medida que estes meios proibitivos não são bem explorados e ponderados. Sendo assim, é preciso cautela e prudência por parte da jurisprudência, para que quando estes direitos vierem a ser violados, o direito à

²²⁵ VALENTE, Vanessa. 2015, p. 71.

²²⁶ PENA, 2013, p. 115.

palavra por exemplo, só o sejam em casos extremos e completamente justificáveis, de modo a resguardar a segurança jurídica e dos cidadãos.

Um caso que merece atenção é o acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa de 26/04/2012²²⁷, o qual retrata um caso de violação ao direito à palavra.

Trata-se de um recurso que se deu por iniciativa do assistente ‘B’, ao qual viu-se inconformado com a decisão do Tribunal *a quo*, de 1ª instância, que absolveu o arguido ‘A’ pelo crime do art. 199.º, n.º 1, alíneas a) e b) do CP.

Resumidamente e de acordo com a matéria de fato provada, o assistente ‘B’ telefonou para o arguido ‘A’ com o intuito de marcar um encontro, não profissional, fora do seu escritório, para conversarem sobre algumas questões. Tão logo, desta ligação o arguido ‘A’ percebeu do que se tratava, intuindo que resultaria em um ato de corrupção, tendo em vista um problema que o assistente tinha com o seu irmão, que era vereador da cidade, sobre uma permuta de terrenos.

Mediante os fatos, o arguido intuindo o ato de corrupção que, poderia vir a surgir, portou consigo um gravador para registrar a conversa, sem o consentimento do assistente ‘B’, onde as palavras foram registradas parcialmente devido a falha técnica do equipamento. Um dia após o ocorrido, o arguido, após aconselhamento de alguns dos seus colegas advogados e procuradores, levou ao conhecimento da polícia judiciária, alegando que agiu de acordo com tal conduta mediante precaver o seu bom nome. Sendo assim, seria realizada uma ação encoberta com a finalidade de recolher a prova do crime que resultaria na repetição da conversa entre ambos, porém desta vez com autorização judicial, para serem utilizadas no processo penal. Com isso, foi formalizada uma denúncia com base na primeira gravação, ao qual o assistente foi condenado pela prática do crime de corrupção.

O acórdão supracitado analisa ponto a ponto quando da elucidação deste caso, demonstrando o erro notório na apreciação da prova por parte do Tribunal *a quo*, que ao absolver o arguido não teve a prudência de agir criteriosamente e de forma ponderada.

Primeiramente, podemos mencionar que o arguido, sendo ele advogado, conhecia bem o caráter proibido e punido da sua conduta, sabendo que o art. 199.º do CP incrimina as gravações ilícitas. Então, o arguido tinha plena consciência do que estava fazendo e sabia que agia mal. Em segundo lugar, podemos mencionar que quando levou ao conhecimento

²²⁷ Ac. do TRL de 26/04/2012. In: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/a42615ca8751fdc1802579f00054ec98?OpenDocument>>.

da polícia, fez estes, também, agirem contra as regras, uma vez que a gravação fora utilizada, de modo que se viu configurado o crime preceituado na alínea b) do art. 199.º.

Ao nosso ver, o comportamento dos órgãos da polícia também seria censurável segundo o art. 199.º, n.º 1, b) do CP, o que permitiria a abertura de um processo independente de queixa do ofendido. (arts. 199.º, n.º 3 e 198.º do CP).

As gravações posteriores realizadas pelo arguido, mesmo mediante autorização judicial, ao nosso ver, constituiria o crime de gravações ilícitas, igualmente a primeira, ao contrário do que se pretende a posição adotada pelo Ministério Público que não as considera ilícitas pelo suprimento desta autorização. Porém, não partilhamos desta ideia, uma vez que o simples cidadão não tem competência para investigar livremente e carrear provas para o processo criminal. Como já dito acima, seria um erro grosseiro que todo particular, pudesse, ao livre arbítrio investigar todo e qualquer caso ao seu bel prazer, sem legitimidade para tanto.

E como analisa criticamente o TRL e os argumentos expostos pelo assistente (ora recorrente), a gravação e a utilização das gravações para efeitos de processo penal só são legítimas e admissíveis preenchidos que sejam todos os pressupostos – materiais, orgânicos, procedimentais e formais – prescritos nas pertinentes autorizações legais, que invariavelmente, fazem depender a validade e a justificação da prévia e insuprível autorização jurisdicional.

Além do mais, elenca o TRL que a gravação não estava sob o manto de qualquer causa excludente da ilicitude, tampouco pelo direito de necessidade, previsto no art. 34.º do CP. Isto dada a falta, tão patente como insuprível, dos pressupostos nucleares desta causa de justificação.

Não estava caracterizado o ‘perigo atual’, uma vez que fora atempadamente criado, programado e prevenido pelo arguido, tendo ele criado intencionalmente o suposto ‘perigo’. O perigo teria que ser atual e iminente, não restando provado. Logo, não existiu uma ‘sensível superioridade do interesse a salvaguardar’ e a ‘necessidade da ação ou do meio’. Conforme exposição do recorrente só haveria perigo se o recorrido (‘A’) decidisse cria-lo, participando na conversa que incorporava o perigo. Se houvesse perigo, ele teria voluntariamente criado pelo agente, sendo, como tal, irrelevante para efeitos de direito de necessidade.

Ainda como um dos argumentos poderíamos afirmar que a ação do advogado foi desnecessária, pois para ver resguardado o seu direito ao bom nome, poderia, muito mais

facilmente, ter se recusado a conversar com o assistente. Afinal, os meios enganosos devem ser utilizados como *ultima ratio*.

Nesse caso, observamos que foi o próprio arguido que pôs voluntariamente o seu direito em perigo, não podendo em virtude deste fundamento, ver o seu interesse acautelado. Em consequência não existiu perigo.

Conforme o exposto no acórdão, o direito ao bom nome não vê-se superior sobre o direito à palavra, enquanto bem jurídicos pessoais, vez que não merecem diferente valoração. Não devendo ao lesado assistente ser imposto suportar o sacrifício do seu direito à palavra para se salvaguardar o direito do arguido ao bom nome, conforme o art. 34.º, alínea c) do CP.

Em suma, o TRL decidiu por revogar a decisão que absolveu o advogado, lho condenando pela prática do crime inserido no art. 199.º, n.º 1 do CP, uma vez que não caracterizou-se a presença de nenhuma causa de justificação que lhes assegurasse tal conduta.

Restou claro que o Tribunal de 1ª instância errou manifestamente quando da apreciação da prova, sendo notório a falta de fundamentação crítica no que tange os fatos e o direito, devendo incidir um exame crítico quando da ponderação das provas, posto assegurar não só o direito das partes, mas, também, de toda a comunidade.

De fato, a palavra é um direito, severamente, protegido independentemente do seu conteúdo, mesmo que recaia um crime sobre si, merecendo o seu respeito e segurança jurídica.

Mediante tudo o que foi exposto, é visto a flexibilização adotada pela jurisprudência portuguesa quando da aceitação destes meios de provas proibitivos. Porém, consideramos juntamente ao entendimento de VANESSA VALENTE, que estas duntas decisões não se têm erguido em bases relativamente sólidas e seguras que tenham permitido deixar a descoberto a clareza dos raciocínios e das posições adotadas.²²⁸

Diante de tais decisões, apreciamos a falta de rigor e, muitas vezes, uma certa antecipação por parte dos julgadores em obter uma solução célere, o que denota-se um erro grosso na aceitação destes meios de prova, sem observar o regramento jurídico de forma correta e prudente, violando não só os direitos fundamentais das partes, mas enfraquecendo o estado de direito democrático.

²²⁸ VALENTE, 2015, p. 73.

Com certa razão, sabemos que há inúmeros óbices para admissão destes meios de prova, mas tratando-se de um meio oculto, ‘enganoso’, compreendemos que é necessário uma cautela e atenção maior, devendo ser examinado com maior rigor para que, quem sabe futuramente, veja-se implementado uma via concreta de aceitação destes meios de prova com escora numa argumentação que, pelo menos, ao constatar corretamente todos os problemas em conflito, solidifique a refutação invocada.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se que a toda pessoa é assegurado o poder de decidir quem pode ou não gravar as suas palavras, andando bem o legislador português quando da inserção dos crimes de gravações ilícitas no ordenamento jurídico e também da previsão do direito à palavra como direito fundamental.

O direito à palavra é um bem jurídico personalíssimo e que, nos dias atuais, merece completa proteção perante o ordenamento e a sociedade, se refletindo em valor superior frente aos conflitos jurídicos que, porventura, venham a surgir.

O direito português é um dos pioneiros e poucos ordenamentos que prevê o direito à palavra em sua Constituição, merecendo destaque por sua progressividade e evolução nesta área do direito, uma vez que raríssimos ordenamentos fazem esta denominada previsão.

As gravações podem ser meios bastante úteis na descoberta da verdade, porém são provas demasiadamente invasivas, de modo a agredir sobremaneira os direitos fundamentais como o direito à palavra, o direito à privacidade, atingindo, ainda, a esfera da intimidade e o sigilo das comunicações.

A legislação abre brecha para alguns casos específicos onde esses meios de provas podem ser admitidos mediante autorizações legais, por intervenção do Estado, através de condutas realizadas por agentes competentes, assim como os casos da interceptação telefônica. Contudo, marcha em sentido diverso quando a realização destas condutas são feitas por particulares desprovidos de qualquer função punitiva.

A utilização destas provas por particulares poderá representar contribuição para a diminuição da impunidade e o combate à criminalidade, assim como para defesa dos seus próprios direitos que deverão ser assegurados frente as causas justificantes de exclusão da ilicitude.

Ocorre que nem sempre estes meios de provas demonstrarão um cerne positivo, sendo possível se depreender de tudo o que fora estudado, que em grande parte, tais meios de provas virão muito mais a violar o sistema, do que a pairar na sua infalibilidade.

Podemos, ainda, aludir que as gravações levadas a cabo por particulares, poderão ser elevadas a categoria de provas documentais, sendo averiguado a sua autenticidade e fiabilidade em virtude das inúmeras manobras realizadas por indivíduos que manipulam os sistemas técnicos de gravações. Lembrando que, passarão pelo crivo, independentemente, dos condicionalismos legais, para que sejam admitidas como provas no processo penal.

O Código de Processo Penal será o sistema que viabilizará estas provas, as admitindo ou obstando-as do processo, segundo o seu art. 167.º, de modo a recorrer a legislação material, através do Código Penal, para a verificação da ilicitude ou licitude das condutas realizadas pelo particular, assumindo nesta dimensão a real valoração processual.

No entanto, vários óbices são vistos quando da utilização destes meios de provas, uma vez que tanto podem se revelar como crime contra a privacidade, como crime contra a palavra, sendo necessário a verificação dos pressupostos das leis, para que se possa afastar este tipo de conduta, tão logo que o ordenamento geral não admitirá tais transgressões, uma vez que estaria a ferir a sociedade.

Com isso, é visto que a doutrina e a jurisprudência majoritária apontam o princípio da ponderação dos interesses para que, à luz do caso concreto, possa-se analisar se o conteúdo das gravações não se referem ao núcleo duro da vida privada do visado e se existe uma justa causa para que fundamente a sua obtenção. Do contrário, não serão admitidas quaisquer gravações.

Deverá o juiz ter bastante cautela e prudência quando da verificação dessas provas, posto que não se admitirá que a privacidade (*lato sensu*) ou a palavra seja violada, só se restringindo tais direitos fundamentais quando da configuração das causas justificantes apreciadas minuciosamente. Com isso, queremos afirmar que será preciso que quando do aparecimento de uma legítima defesa ou mesmo estado de necessidade, é necessário, antes de mais, que os pressupostos destes institutos estejam facilmente verificáveis.

Neste trabalho, analisamos que as causas de exclusão da ilicitude são o cerne predominante para solucionar o problema da fundamentação da conduta, daquele particular que obteve a prova sem o consentimento. No entanto, alguns requisitos destas excludentes não são verificados com facilidade, como por exemplo a atualidade da agressão, ocorrendo uma inadmissão por parte da jurisprudência que nem sempre se mostra flexível.

Em um capítulo à parte analisamos a doutrina e jurisprudência brasileira que diverge em alguns pontos quanto a esta problemática, uma vez que não se caracterizam como provas ilícitas as gravações realizadas por particulares.

No Brasil, o entendimento majoritário jurisprudencial é no sentido de que as gravações configuram-se em provas lícitas, uma vez que não existe lei alguma regulamentando este conteúdo. Ainda mais, não há qualquer referência quanto ao direito à palavra, nem tampouco incriminação destas gravações. Apenas as interceptações telefônicas são regulamentadas, não se podendo fazer qualquer analogia aquela lei.

Para o sistema brasileiro o que deve se resguardar é o sigilo das comunicações profissionais, podendo-se sacrificar o direito à privacidade quando do preenchimento dos requisitos das excludentes da ilicitude, convergindo neste último ponto com o ordenamento português que ora foi estudado.

Ao nosso ver, o maior problema no tocante ao sistema brasileiro é que em demasia se aceitam estes tipos de prova, ferindo concretamente os direitos mais íntimos da esfera da liberdade individual, além de transgredir o devido processo legal, enfraquecendo o tão alegado Estado Democrático de Direito.

Estes tipos de provas não são admitidas, apenas, quando do aparecimento das excludentes da ilicitude, mas seguindo o rito americano das *exclusionary rules*, vê-se decisões no sentido de se aceitar as gravações por particulares quando da análise do princípio da proporcionalidade, relativizando alguns direitos fundamentais que demonstrem de inferior importância.

Por isso, a jurisprudência majoritária brasileira defende a licitude destes meios de provas, reduzindo o alcance do art. 5.º, inciso LVI da CF, uma vez que para eles esta concepção visa facilitar a descoberta da verdade real e concretizar a realização da justiça.

Não é este o nosso entendimento, nem tampouco o entendimento da jurisprudência portuguesa, pois como visto estes meios de prova tem muito mais danos a causar que vantagens, sendo necessário proteger os direitos mais essenciais do cidadão e ver-se assegurados os preceitos contidos no ordenamento para que, dessa forma se concretize a realização da justiça.

Como vê-se, esta temática gera inúmeros conflitos, demonstrando-se complexa e sensível, uma vez tratar-se de direitos fundamentais que ainda carecem de um amadurecimento e aprofundamento maior.

Por fim, este trabalho permitiu um olhar voltado a importância do direito à palavra, verificando a sua valia como direito personalíssimo fundamental, refletindo sobre a ponderação do princípio da vedação das provas ilícitas, de forma a não julgá-lo como direito absoluto, mas relativizando-o de maneira prudente, admitindo as gravações feitas por particulares, apenas, quando da demonstração fatídica das causas justificantes, para que não sejam violados os preceitos mais elementares da base da compilação legal.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

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

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 2ª ed, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010.

AMARAL, Inês. *O direito à palavra. O incomum do comum*, 2001. In: <<http://incomuns.home.sapo.pt/direitoapalavra.htm#top>>.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial*, tomo I (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), 2ª ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal – uma perspectiva jurídico criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

_____. *Sobre as proibições de provas em processo penal*. 1ª ed. (reimpressão) Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

_____. *Sobre a valoração, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas por particulares*. In: Estudos em Homenagem ao prof. Doutor Eduardo Correia, vol. I, Boletim da FDUC, Coimbra, 1987.

ANGHER, Anne Joyce. *Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel*. 22ª ed., São Paulo: Rideel, 2016.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Lições de direito penal – parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

CABRAL, Rita Amaral. *O direito à intimidade da vida privada: breve reflexão acerca do artigo 8º do Código Civil*, In Separata dos estudos em memória do prof. Doutor Paulo Cunha, Lisboa: AAFDL, 1988.

CAIRES, João Gouveia de. O registo de som e imagem e as escutas ambientais. In *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, Coimbra: Almedina, 2014.

CALHEIROS, Maria Clara. Prova e verdade no processo judicial. Aspectos epistemológicos e metodológicos. In: *Revista do Ministério Público*, Ano 29, Abril-Junho, n. 114. Lisboa: Editorial Minerva, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada – artigos 1º a 107º*, Vol. I, 4ª ed revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed, Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CAPRIOLI, Francesco. *Colloqui riservati e prova penale*. Torino: G. Giappichelli editore, 2000.

CORREIA, João Conde. *Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações?* In: Revista do Ministério Público, Ano 20, n. 79, julho/setembro de 1999.

_____. Questões práticas relativas à utilização de diários íntimos como meio de prova em processo penal. In: *Revista do CEJ: Dossiê temático: ética e função judicial*, 1º semestre de 2007.

COSTA, José Francisco de Faria. *Direito Penal da Comunicação: alguns escritos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

CRORIE, Benedita Mac. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e a vídeo-vigilância. In: *Cadernos de Direito Privado*, n. 11, julho-setembro, 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Clássicos jurídicos – Direito processual penal*, Vol. I, 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora. 2004.

_____. *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, 2ª ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. *Direito processual penal*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. *Para uma reforma global do processo penal português*, in: Para uma Nova Justiça Penal (AA.VV), Coimbra: Almedina, 1983.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 4. ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

FILLIPI, Leonardo. *L'intercettazione di comunicazioni*. Milano:Giuffrè, 1997.

GARRET, Francisco de Almeida. *Inquérito criminal e prova em julgamento: reflexões*. Porto: Fronteira do Caos Editores Lda, 2008.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *O direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Direito à Prova no Processo Penal*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, Fernando. *A prova do crime: meios legais para a sua obtenção*. Coimbra: Almedina, 2009.

GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. *A prova do crime: meios legais para sua obtenção*. Coimbra: Almedina, 2009.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código Penal Português: anotado e comentado: legislação complementar, 14ª ed*, Coimbra: Almedina, 2001.

GONZALES CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madri: Colex, 1990.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Impetus: Rio de Janeiro, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal*, 2ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

JÚNIOR, José Cretella. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

JÚNIOR, Walter Nunes Silva. *Curso de Direito Processual Penal: Teoria (Constitucional) do Processo Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 514-515.

LEAL – HENRIQUES, Manuel; SANTOS, Manuel Simas. *Código Penal Anotado*, Vol. I, Parte Geral, Artigos 1º a 130º, 3ª ed, Lisboa: Rei dos Livros, 2002.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Vol. Único, 4ª ed, Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

LOPES, J. J Almeida. *Constituição da República Portuguesa: 6ª revisão anotada com os acórdãos do Tribunal Constitucional, Lei do Tribunal Constitucional*, Coimbra: Almedina, 2005.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. vol. I. 2ª ed. São Paulo: Forense, 1965.

MARTINS, Milene Viegas. *A admissibilidade de valoração de imagens captadas por particulares como prova no processo penal*. AAFDL – Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa: Lisboa, 2014, p. 42.

MATTA, Paulo Saragoça da. *A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença*. In: Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais. Coimbra: Almedina, 2004.

MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de Direito Processual Penal*. 2ª ed, Coimbra: Almedina, 2013.

MIRANDA, Jorge. *A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais*. In *Justiça*. São Paulo, 67 (201), jan-dez, 2010.

_____. *Processo penal e direito à palavra*, In *Direito e Justiça*, vol. XI, n. 2, Lisboa: Universidade Católica Editora, 1997.

MONTE, Mário Ferreira. O registo de voz e de imagem no âmbito do combate à criminalidade organizada e económico-financeira: Lei No. 5/2002, de 11 de janeiro. In: *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*. Revista Forense. Rio de Janeiro: Editora Forense, n. 205, jul-set 1996.

MUÑOZ CONDE. *Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales em el proceso penal*. In: Revista Penal, n. 14, 2004, p. 110, apud VALENTE, 2015.

NEVES, António Castanheira. *A revolução e o direito*. Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, 1976.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 11^a ed, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2007.

OUBIÑA, Ana Mercedes da Silva Claro. As telecomunicações, a vida privada e o direito penal. In: *Direito Penal Hoje* (org. Manuel da Costa Andrade e Rita Castanheira Neves), Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

PALMA, Maria Fernanda. O problema penal do processo penal, in: *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.

PENA, Sérgio. Os produtos da videovigilância como meio de prova em processo penal. In *Revista do CEJ*, Lisboa: CEJ, 2^o semestre de 2013.

PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. *A protecção da vida privada e a constituição*. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LXXVI, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

RABONEZE, Ricardo. *Provas Obtidas por Meios Ilícitos*. 4^a ed. Porto Alegre: Síntese, 2002.

RAMOS, Cristina de Mello. *O direito fundamental à intimidade e à vida privada*. In Revista de direito da Unigranrio, vol. 1, n. 1, Duque de Caxias – Rio de Janeiro: Revista eletrônica da Universidade do Grande Rio, 2008.

RAUBER, Marcos Eduardo. A admissibilidade processual da prova ilícita *pro societate* com base na aplicação do princípio da proporcionalidade. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 50 –Abril/Junho 2003.

RIBEIRO, Cristina. Escutas telefônicas: pontos de discussão e perspectiva de reforma. *Revista do Ministério Público*, n. 96, out – dez 2003.

ROCHA, Zélio Maia da. Das provas ilícitas e o Supremo Tribunal Federal. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 58, out 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5222>. Acesso em set 2016.

RODRIGUES, Benjamim Silva. *Da prova penal: bruscamente... A(s) Face(s) Oculta(s) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal*. Tomo II, Editora Rei dos livros, 2010.

SERRANO, Vidal. *A proteção constitucional da informação e o direito a crítica jornalística*. São Paulo: FTD, 1997.

SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*, vol. II, 5ª ed, Lisboa: Editorial Verbo, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 316-317

SOUSA, Susana Aires. “*Agent provocateur e meios enganosos de prova*”, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

TAVARES, Hugo Alexandre de Matos. 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. In: *Direito Penal Hoje: novos desafios e novas respostas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

VALENTE, Vanessa Marina Bagarrão. *Da valoração de gravações e fotografias obtidas por particulares no processo penal*. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, 2015, p. 69. In: <https://run.unl.pt/bitstream/10362/15166/1/Valente_2015.pdf>.

VELOSO, Margarida. Videovigilância, informação e utilização de imagens como meio de prova: Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 30/10/2008, processo n. 8324/2008-9, in *Justiça e Sociedade* / coordenadores Rui Rangel e José Eduardo Sapateiro, AJPC, Coimbra: Almedina, 2009.

VIEIRA, Sônia Aguiar do Amaral. *Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios de comunicação*. São Paulo: Juarez de Oliveira 2002.

WACKS, Raymond. *The proverty of privacy*. Law Quarterly Review 73, 1980.

WINTER, Lorena Bachmaier. *Investigación criminal y protección de la privacidad em la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. In: 2º Congresso de Investigação Criminal. Lisboa: Almedina, 2010.

LEGISLAÇÃO, JURISPRUDÊNCIA E SÍTIOS DA INTERNET

Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível e consultado em: <<http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-11-20.html>>.

Convenção Europeia para a protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Disponível e consultado em <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>.

Costituzione della Repubblica Italiana. Disponível e consultado em <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>.

Codice Penale. Disponível e consultado em <<http://www.brocardi.it/codice-penale/libro-secondo/titolo-xii/capo-iii/sezione-iv/art615bis.html>>.

CEPAL – Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Disponível e consultado em <http://www.cepal.org/oig/noticias/paginas/1/46301/2003_ESP_CodPenal-Actualizado2011.pdf>.

Legifrance – Le servisse public de l'accès au droit. Disponível e consultado https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=51A8515443F0C36036E804D4EC03A059.tpdila16v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006165309&cidTexte=LEGITEXT00006070719&dateTexte=20160504.

BRASIL

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF: Senado Federal, 1988. *In*: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

HC 4.654-RS, STJ, Quinta Turma, Rel. Min. José Dantas, DJU de 16.12.96, p.50.891.

HC 73513-4, STF, Rel. Min. Moreira Alves, v. DJU de 04.10.96, p. 37.101.

JTJ, Lex, v.180, p. 278/279, Rel. Des. Denser de Sá.

MS 7.010, STJ, Rel. Min. José Dantas.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RHC: 7216 SP 1998/0004035-8, Relator: Ministro EDSON VIDIGAL, Data de Julgamento: 28/04/1998, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 25.05.1998 p. 125</br> JBC vol. 47 p. 83</br> RDR vol. 13 p. 384</br> RJDTACSP vol. 39 p. 550</br> RMP vol. 9 p. 465</br> RSTJ vol. 109 p. 268</br> RT V 00755 p. 580</br> RT vol. 755 p. 580.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2ª Turma, RHC 90.376/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Dje-018 17/05/2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Plenário, RE 583.937-QO-RG, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe de 18/12/2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. Inquérito nº 657-DF. Relator: Ministro Carlos Velloso. 30 set. 1993, unânime. *Diário da Justiça*: 19 nov. 1993, p.192.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. *Habeas corpus* nº 75.338-8-RJ. Relator: Ministro Nelson Jobim. 11 mar. 1998, unânime. *Diário da Justiça*: 25 set. 1998, p. 69.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - HC: 91613 MG, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 15/05/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-182 DIVULG 14-09-2012 PUBLIC 17-09-2012

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. 12ª Câmara de Direito Criminal. Apelação nº 0000612-26.2008.8.26.0076, comarca de Bilac. Relator: Desembargador Breno Guimarães. 05 out. 2011, unânime. *Diário da Justiça*: 12 out. 2011.

PORTUGAL

Acórdão do Tribunal Constitucional n. 263/97, processo n. 179/95, 1ª secção, Relator: Tavares da Costa. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19970263.html>>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20/06/2001, disponível e consultado em Coletânea de Jurisprudência: Acórdãos do STJ, Ano IX, tomo 2, p. 221.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28/09/2011, Processo n. ° 22/09.6YGLSB.S2, Relator: Santos Cabral, Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/25cd7aa80cc3adb0802579260032dd4a?OpenDocument>>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 10.11.2012.

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/e308f415a9a24bdd802da5cd?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/c7875c514b7fa32a802579ff003e21b7?OpenDocument>>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 19/05/2003, disponível e consultado em Coletânea de Jurisprudência, Ano XXVIII, tomo III, p. 299.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 29/03/2004, disponível e consultado em Coletânea de Jurisprudência, Ano XXIX, tomo II, p. 291.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28/05/2009, Processo n.º10210/2008-9, Relatora: Fátima Mata-Mouros, disponível e consultado em <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/bf96f48dbb8bd5d0802575de0037c6a2?OpenDocument>>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 04/03/2010, disponível e consultado em Coletânea de Jurisprudência, Ano XXXV, tomo II, p. 134.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26/04/2012. Disponível e consultado em <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/a42615ca8751fdc1802579f00054ec98?OpenDocument>>.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 14/10/2009, Processo n.º103/05.5GCETR.C1.P1, Relator: Ângelo Morais, disponível e consultado em <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/1871bed4522f35f580257655004973ed?OpenDocument>>.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11/07/2012, Processo n.º1659/10.6JAPRT.P1, Relatora: Maria Deolinda Dionísio, disponível e consultado em <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/a7e29e5d2083938480257a41004c05c4?OpenDocument>>.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23/11/2011, Processo n.º1373/08.2PSPRT.P1, Relator: Mouraz Lopes, disponível e consultado em <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/1fce85582debcec280257967003fc659?OpenDocument>>.

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

Lei 34/2013 – A Deliberação n. 61/2004 de 19 de abril.

Parecer da Procuradoria-Geral da República n. 121/80, Pareceres, Lisboa, PGR (1998), VII, p. 76.

CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS. Disponível e consultado em <http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal_codigocivil.pdf>.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Disponível e consultado em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=199&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>>.

Lei n.º 5/2002 de 11 de Janeiro, **MEDIDAS DE COMBATE À CRIMINALIDADE ORGANIZADA.** Disponível e consultado em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=147&tabela=leis>.

DL n.º 48/95, de 15 de Março. **CÓDIGO PENAL DE 1982 VERSÃO CONSOLIDADA POSTERIOR A 1995.** Disponível e consultado em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis>.

Diário da República, 1.ª série — N.º 94 — 16 de maio de 2013. Disponível e consultado em <http://www.psp.pt/SP_Legislacao/Lei%20n.%C2%BA%2034-2013,%20de%2016%20de%20Maio.pdf>.