

# A ADMISSIBILIDADE DE VALORAÇÃO DE IMAGENS CAPTADAS POR PARTICULARES COMO PROVA NO PROCESSO PENAL<sup>1</sup>

*Milene Viegas Martins*<sup>2</sup>

*ABSTRACT: This work is focused on the issue of the prohibition of evidences and more particularly on the matter of admissibility of valuation, based on criminal procedure, of images captured by individuals, as victims of crimes or third parties acting on behalf of victims of crimes. In this case, the unlawfulness of the conduct should be removed, considering their action of legitimate self-defence or right of necessity as well as balancing the conflicting values based on the principle of proportionality. Even if the valuation of the images is considered unacceptable, should always be admissible the deposition of those who had previously view the images, since the purpose of the regulation is the protection of the right to the image itself, and no more than that. However, it is important to emphasize that there are no unambiguous solutions.*

SUMÁRIO: Introdução. I. Análise do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28 de maio de 2009. II. O regime jurídico processual vigente baseado no direito penal material. III. As causas de exclusão da ilicitude. IV. A colisão de direitos à luz do princípio da proporcionalidade. V. O efeito à distância das proibições de valoração. VI. Posição adotada. Conclusão. Bibliografia.

## INTRODUÇÃO

Pretendemos abordar, neste trabalho, a problemática inerente à admissibilidade de valoração de imagens, como prova, em processo penal, captadas por particulares.

---

1 Este trabalho constitui um extrato da dissertação de mestrado, em ciências jurídico-forenses, orientada pelo Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes e concluída, em 26 de julho de 2012, na Faculdade de Direito de Lisboa.

2 Mestre em Ciências Jurídico-Forenses, Advogada Estagiária inscrita no Conselho Distrital de Faro da Ordem dos Advogados, com o correio eletrónico milenevmartins@gmail.com.

Este é um problema próprio do processo penal conexionado com a questão das proibições de prova e que sujeita o Tribunal a um esforço hermenêutico de exegese da licitude/ilicitude penal da captação e utilização das imagens atenta a cominação expressa pelo legislador ordinário. Sendo certo que tal solução sempre se exigiria atenta a matriz axiológica constitucional do instituto das proibições de prova e a necessidade de preservação da integridade judicial.

Constitui, assim, objeto deste trabalho a verificação da subsistência, ou não, de prova válida que permita levar os arguidos a julgamento, bem como a clarificação da oportunidade de submissão dos particulares, ou seja, pessoas não pertinentes às instâncias formais de controlo nem atuando sob a sua direção ou orientação, às regras próprias das proibições de prova.

As gravações fotográficas constituem, atualmente, importantes meios de prova que, contudo, podem contender com os direitos fundamentais da pessoa fotografada. De facto, no âmbito da evolução dos meios de prova processualmente admissíveis, passámos de uma fase que se caracterizava como o “controlo do corpo”, através do emprego da tortura, à fase de “controlo da alma”, mediante a captação da palavra e da imagem. Todavia, a utilização de meios audiovisuais como prova de um crime não produz a mesma rejeição moral e social, dado que a sua utilização pode ser admitida sempre que seja compatível com os direitos fundamentais do cidadão atendendo a determinados procedimentos e garantias<sup>3</sup>.

Em causa está uma proibição de prova relativa que impõe a necessidade de ponderação dos circunstancialismos próprios de cada caso concreto<sup>4</sup>. Daí a escolha do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa<sup>5</sup> para sustentáculo deste tema.

Pelo exposto, não queremos conceber uma solução acabada mas tão-somente apontar caminhos de abordagem e tratamento dos casos concretos do quotidiano<sup>6</sup>.

---

3 Neste sentido Foucault citado por Muñoz Conde, 2004: 98-99.

4 De acordo com as expressivas palavras de Rogall, citado por Costa Andrade (1992: 114), “*temos de abrir mão da representação de que as proibições de prova constituem grandezas constantes. Pelo contrário, só a consideração direta do caso concreto nos permitirá indagar do alcance de cada uma das proibições de produção de prova ou de valoração de prova.*”

5 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28 de maio de 2009, Processo 10210/2008-9.

6 Nesta linha de pensamento, também, podemos encontrar Hassemer citado por Costa Andrade, 1992: 116. Esta mesma orientação explica o desenvolvimento do estudo realizado por Manuel da Costa Andrade, na sua obra *Sobre as proibições de prova em processo penal*, em torno de tópicos suscetíveis de delinear itens de resolução de casos concretos. Evidencie-se que para uma visão mais alargada deste tema deixaremos,

## I. ANÁLISE DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA DE 28 DE MAIO DE 2009

O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, *supra* citado<sup>7</sup>, deriva de um recurso penal e tem como objeto a apreciação da suscetibilidade de valoração, em processo penal, de imagens que materializam a prática do crime, pelos arguidos, captadas por particulares, e que permitam levar os arguidos a julgamento.

No caso *sub judice*, o recorrente, vítima do crime de dano contra a sua propriedade, a fim de prevenir novos crimes de dano colocou câmaras de videovigilância, fixas, no interior e exterior do seu prédio, as quais estavam visíveis e devidamente identificadas.

Após a visualização das imagens captadas pelo sistema de videovigilância foi possível identificar os arguidos e dar origem ao processo de natureza criminal mediante a junção aos autos dos dvd's e fotografias que consubstanciam a denúncia da prática do crime.

Nesta sequência, com base nos meios de prova *supra* referenciados, findo o inquérito o Ministério Público acusou os arguidos da prática, em coautoria material, de um crime de dano, p. e p. pelo art. 212.º, n.º 1, do Código Penal, doravante CP.

Saliente-se que ninguém, para além do recorrente e da sua esposa e estes através do sistema de videovigilância, viu os arguidos a cometerem o ato ilícito.

Posteriormente vieram os arguidos, com fundamento na oposição ao visionamento das imagens, requerer a abertura de instrução, concluindo que não existiam indícios validamente adquiridos que permitissem a acusação deduzida.

À posição adotada pelos arguidos veio o Juiz de Instrução Criminal, doravante JIC, dar razão, decidindo não pronunciar os arguidos porque a acusação se sustentou nas imagens recolhidas pelo sistema de videovigilância, o que constituía prova inválida, uma vez que os arguidos não permitiram a utilização das imagens captadas, nos termos do art. 167.º do Código de Processo Penal, doravante CPP, e do art. 199.º, n.º 2, alínea b), do CP. E não existia uma causa de justificação do facto, como o direito de necessidade e o princípio da proporcionalidade, que permitisse recuperar a validade da utilização dos dados recolhidos.

---

também, neste trabalho, alguns apontamentos do direito comparado que tem influenciado a experiência portuguesa, *máxime* dos Estados Unidos da América e da Alemanha que assumem para o mesmo instituto regimes divergentes mas com tendência para um futuro comum de convergência, *vide* neste sentido Gomes de Sousa, 2010: 22, 23 e 38.

7 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28 de maio de 2009, cit.

Por outro lado, o JIC considerou que a proibição de valoração devia comunicar-se à prova mediata, ou seja, à prova testemunhal que se fundou nas gravações, isto porque, segundo a doutrina do efeito à distância, as provas que emergirem de outras provas proibidas enfermam da mesma vicissitude não podendo ser, igualmente, valoradas, nos termos do art. 122.º, n.º 1, do CPP.

Inconformado o assistente peticiona, em sede de recurso para a Relação, a revogação da decisão por Acórdão que, reconhecendo a validade dos meios probatórios em causa (os dvd's e fotografias), ordene o prosseguimento dos autos para julgamento.

Nesta esteira, o recorrente fundamenta que é a legítima defesa que justifica a gravação e a possibilidade de utilização da gravação em sede do processo penal. Ponderando, também, a necessidade de prevenir eventuais novos danos mediante a colocação do sistema de videovigilância, pelo que podia, igualmente, configurar-se o direito de necessidade como forma de exclusão da ilicitude.

O recorrente entendeu, também, ser defensável o pensamento vitimodogmático que atua logo em sede de tipicidade, na medida o autor de um ato ilícito, neste caso o titular do direito à imagem, veria caducada a proteção jurídica do seu direito.

Nesta esteira sempre se imporia a valoração das imagens como prova dada a existência de exclusão da ilicitude e a salvaguarda do núcleo essencial do direito à imagem, tal como configurado no art. 79.º, n.º 3, do Código Civil, doravante CC.

Por decisão, unânime, datada de 28 de maio de 2009, veio o Tribunal da Relação de Lisboa conceder provimento ao recurso interposto por entender que existe prova válida.

Equacionou o Tribunal *ad quem* que a validade ou invalidade da prova obtida por particulares está dependente da sua não ilicitude penal, nos termos do art. 167.º do CPP.

Por seu turno o crime de fotografias ilícitas, p. e p. no art. 199.º, n.º 2, do CP, obedece a uma teoria dualista, isto é, autonomiza a captação das imagens da sua futura utilização.

Deste modo, a captação das imagens porque foi feita sem surpresas para os arguidos não constitui um ilícito penal, uma vez que não há qualquer manifestação de vontade contrária à captação das suas imagens. Mas, no que tange à utilização é certo que quando as imagens possam ser usadas para acusar os arguidos deve-se presumir a vontade contrária ao uso, significando, assim, que as imagens recolhidas de modo não penalmente ilícito, só passou a poder

integrar a tipicidade prevista no art. 199.º, n.º 2, alínea b), do CP, a partir do momento em que foi instaurado o procedimento criminal.

Mas, salientou o Tribunal *ad quem*, que ao determinar-se a necessidade de não ilicitude penal, nos termos do art. 167.º do CPP, para a correspondente validade das reproduções fotográficas e cinematográficas como prova dos factos reproduzidos, estipulou-se que só haverá crime se o ato for típico, ilícito e culposo.

Nesta esteira, o Tribunal *ad quem*, releva que, embora não seja necessário ir tão longe quanto o vai a teoria da redução teleológica do tipo de sentido vitimodogmático, que afasta a verificação do crime logo ao nível do tipo. É importante aferir se existe alguma causa de justificação do facto ilícito que atue no caso *sub judice*.

Em conformidade, o Tribunal *ad quem*, conclui que a utilização das imagens captadas desde que limitadas à identificação dos autores dos danos e enquanto reportadas ao momento da prática dos factos pelos arguidos, constitui um meio necessário e idóneo a afastar a agressão ilícita contra a propriedade do assistente e exclui qualquer exposição arbitrária da imagem dos arguidos, deixando intocado o núcleo essencial do seu direito.

Por último, contrariamente ao decidido pelo Tribunal *a quo*, o Tribunal *ad quem* considerou que, mesmo no caso de se confirmar a ilicitude do uso das imagens, nada impediria a consideração do testemunho daqueles que conseguiram identificar os autores do crime, dado que o bem jurídico protegido no crime de fotografias ilícitas é o direito à imagem, enquanto tal, e com os testemunhos o conteúdo do direito à imagem não seria afetado porque a imagem dos arguidos não seria exposta sem o seu consentimento.

## II. O REGIME JURÍDICO PROCESSUAL VIGENTE BASEADO NO DIREITO PENAL MATERIAL

O tema que nos propomos analisar constitui um embrião da problemática própria das proibições de prova<sup>8</sup>, enaltecidas constitucionalmente e objeto de concretização processual penal.

---

8 Figura correspondente às *Beweisverbote* da experiência alemã e às *exclusionary rules* da experiência americana. Como Costa Andrade (1992: 133) evidencia a experiência alemã e americana representam os dois paradigmas mais estabilizados das proibições de prova e que influenciaram o direito português. De facto, já há mais de um século Ernst Beling, citado por Ambos (2009: 81-85), elaborou, pela primeira vez, o significado do termo proibição de prova, que consiste na limitação da procura da verdade material na investigação operada no processo penal, em função da necessidade de preservação de interesses contrapostos de índole coletiva e individual, como são os direitos fundamentais garantidos e assegurados constitucionalmente.

Pelo que assume importância o art. 32.º, n.º 8, da Constituição da República Portuguesa, doravante CRP, bem como o art. 26.º, n.º 1, da CRP objeto de concretização pelo art. 126.º e art. 167.º, ambos do CPP, por conformarem o regime das proibições de prova e constituírem meios processuais de proteção de direitos fundamentais como o direito à imagem impondo, assim, limites à descoberta da verdade material<sup>9</sup>.

Deste modo, atento o fundamento, marcadamente, substantivo das proibições de prova, estas, transportam a força jurídica própria do art. 18.º da CRP vinculando quer as entidades públicas, mormente os investigadores, Ministério Público, JIC e Juiz de Julgamento, quer as entidades privadas, nas relações entre si, adquirindo eficácia *erga omnes*, isto é, eficácia geral perante todos<sup>10</sup>.

Mas em que termos é que o regime das proibições de prova se aplica aos particulares? Pois como frisa Paulo de Sousa Mendes, as proibições de produção de prova prosseguem fins de disciplina, isto é, impõem o dever de respeito dos direitos de liberdade que, não raras vezes, contendem com o interesse numa justiça funcionalmente eficaz, pelo que se dirigem aos órgãos de persecução penal, bem como aos restantes sujeitos processuais, tais como os assistentes, mas não se dirigem aos particulares, uma vez que os particulares não estão diretamente vinculados às normas do processo penal<sup>11</sup>.

Impõe-se, assim, uma distinção do regime das proibições de produção de prova em relação ao regime das proibições de valoração de prova. Isto porque, conquanto o regime das proibições de produção de prova siga para os particulares um regime diferenciado do regime dos órgãos de persecução criminal, dado que a produção de prova pelos particulares terá de respeitar a disciplina penal material, o regime das proibições de valoração de prova é unidimensional, isto é, sempre que a valoração 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

---

9 Ora, a realização da justiça pressupõe a descoberta da verdade mas, não de toda e qualquer verdade, apenas da verdade material processualmente válida, isto é, a verdade alcançada com respeito pela garantia da dignidade da pessoa humana e que não faz do arguido um objeto do processo. Neste sentido está o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 27 de fevereiro de 2008, Processo 10898/2007-3.

10 Canotilho & Moreira 2007: 379-387; Pinto de Albuquerque 2008a: 318; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16 de dezembro de 2008, Processo 3968/2008-5.

11 Sousa Mendes, 2004: 134-141.

carreada para os autos pelas instâncias formais de controlo, quer seja carreada pelos particulares<sup>12</sup>.

Nesta esteira, a lei regula as circunstâncias em que as provas não podem ser valoradas, no âmbito do processo penal. Tal como sucede com o preceituado no art. 167.º do CPP que faz depender a admissibilidade de valoração das reproduções mecânicas da sua não ilicitude penal, nos termos definidos pelo art. 199.º, n.º 2, do CP.

Aliás, sempre se imporia aos Tribunais a necessidade de verificação da eventual ilicitude penal das provas, pois não pode o juiz fundamentar a sua decisão com base numa prova ilícita ou cuja valoração concretiza a ilicitude penal da prova, atenta a necessidade de preservação da integridade judicial e a ausência de uma dupla moral.

Preconizamos, por conseguinte, a regra de princípio da inadmissibilidade valorativa, no âmbito do processo penal, das provas obtidas de modo ilícito por particulares<sup>13</sup>.

Note-se que, é o entendimento oposto, ou seja, da admissibilidade de princípio dos meios de prova obtidos de modo ilícito por particulares, que colhe o apoio maioritário dos autores, entre eles, Roxin, Eb. Schmidt e Otto, que, para o efeito, usam dois argumentos, um de ordem formal, advogando que as normas atinentes às proibições de prova têm como destinatários principais as autoridades processuais<sup>14</sup>, 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<sup>15</sup>.

Creemos que o argumento de ordem formal não prossegue dado que a proibição de valoração aplica-se uniformemente, quer às instâncias formais de controlo, quer aos particulares. Bem como o argumento de ordem teleológico-material, por operar à redução do tipo, não é procedente, pois mesmo aquele

---

12 No mesmo sentido Costa Andrade (1992: 197-198) advoga que não está excluído que os métodos proibidos de prova possam ser empreendidos por particulares. E se tal ocorrer deverá predominar a proibição de valoração.

13 No mesmo sentido podemos verificar Almeida Benevides, 2002: 70 e 71.

14 Note-se, em termos que consideramos pertinentes, que Gössel, citado por Costa Andrade (1992: 45) defende que o §136 a) da lei processual alemã (correspondente ao nosso art. 126.º, n.º 1, do CPP), ainda que reportado ao interrogatório do arguido, será aplicável, em termos gerais, aos particulares desde que a sua conduta preencha os respetivos requisitos. Também Ambos (2009: 90-96) defende que esta norma deverá aplicar-se analogicamente aos particulares.

15 Citados por Costa Andrade, 1992: 44 e 45. Também admitindo a valoração de provas ilícitas, ainda que excepcionalmente, *vide* Costa Oliveira, 1995: 44-46.

que comete um ato ilícito não deixa de ser lesado na sua esfera de personalidade, ou seja, a relevância dos seus direitos fundamentais não pode ser afetada ao nível do tipo.

Não obstante, os autores que sustentam a tese da admissibilidade da valoração dos meios de prova obtidos de modo penalmente ilícito por particulares apõem limites. Neste sentido, Otto limita os meios de prova suscetíveis de preencher um ilícito penal mediante a visualização de imagens contra vontade do titular do direito, no âmbito do processo penal, na medida em que o aplicador do direito realizaria ele próprio um tipo de ilícito penal. Desde modo, atenta o autor que só uma justificação específica e alheia ao interesse na perseguição penal poderia permitir a valoração desses meios de prova<sup>16</sup>.

Note-se que, conquanto a nossa regra de princípio é a da inadmissibilidade valorativa das provas obtidas de modo penalmente ilícito pelos particulares, somos a concordar com a exceção levantada por Otto, isto porque consideramos que sempre que exista, face ao caso concreto, uma justificação específica, resultante de uma colisão de direitos, à margem do interesse exclusivo na perseguição criminal, poderá ser admitida a valoração processual dessa prova, quer nas situações em que a prova tenha sido obtida de modo ilícito, quer nas situações em que a utilização da prova, não obstante tenha sido obtida de modo lícito, comine na sua ilicitude penal, tal como sucede com a utilização de imagens que conduzem à acusação do respetivo titular do direito, de acordo com a natureza dualista do crime de fotografias ilícitas explanada no art. 199.º, n.º 2, do CP.

Nesta esteira, a decisão acerca da incidência, ou não, de uma proibição de utilização probatória tem que se verificar caso a caso ponderando os interesses em confronto<sup>17</sup>.

Partindo da primeira instância normativa de superação de conflitos, na medida em que configura a verdadeira matriz material e axiológica do regime processual das proibições de prova e, por conseguinte, da proteção do direito fundamental à imagem, propugnamos a divisão do art. 32.º, n.º 8, da CRP em duas partes. Neste sentido fala a doutrina e a jurisprudência de uma proibição absoluta de prova, para os casos em que é posta em causa a dignidade humana, nos termos do art. 32.º, n.º 8, 1.ª parte, da CRP e art. 126.º, n.º 1 e n.º 2, do CPP, e de uma proibição relativa de prova, para os casos em que são postos em

---

16 Citado por Costa Andrade, 1992: 47 e 48.

17 Ambos, 2009: 107-109.

causa direitos fundamentais de cariz individual que podem ser restringidos, de acordo com o princípio da proporcionalidade, por não contenderem com o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 32.º, n.º 8, 2.ª parte, da CRP (no qual se insere o art. 26.º da CRP) e art. 126.º, n.º 3, do CPP<sup>18</sup>.

A inserção do direito à imagem nessa sede prende-se com a sua tutela penal e civil mais rarefeita e cuja intromissão desde que justificada não contende com a dignidade da pessoa humana, até porque está em causa um direito individual que poderá ter que ceder face à necessidade de salvaguarda de outros direitos constitucionalmente protegidos<sup>19</sup>.

Preconizamos, deste modo, uma posição intermédia, na medida em que admitimos, excecionalmente e no âmbito dos direitos fundamentais tutelados na 2.ª parte, do n.º 8, do artigo 32.º da CRP, que atendendo aos interesses em conflito possa existir uma razão atendível à luz do princípio da proporcionalidade que justifique a restrição do direito fundamental vulnerado e que permita a valoração processual da prova em questão<sup>20</sup>.

Cumpre-nos, por ora, verificar se existe prova válida que permita levar os arguidos a julgamento e, por conseguinte, analisar a tipificação do crime de fotografias ilícitas, dado que o bem jurídico carente de tutela é o direito à imagem dos arguidos.

De acordo com Gomes Canotilho e Vital Moreira, o direito à imagem consiste no *“direito de definir a sua própria autoexposição”*<sup>21</sup>.

18 Neste sentido, encontramos, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de março de 2010, Processo 886/07.8PSLSB.L1.S1. E do lado da Doutrina: Morão (2002: 21 e 22) e Ferreira Patronilho (2001: 29-31). Quanto à classificação operada, neste sentido está Teresa Beleza, Alves Meireis, Germano Marques da Silva e Paulo de Sousa Mendes. Contrariamente Paulo Pinto de Albuquerque fala da existência de nulidades insanáveis e de nulidades sanáveis. *Vide* para esta distinta classificação Sousa Mendes (2004: 145-153) e Pinto de Albuquerque (2008a: 319 e 320).

19 Por outras palavras, o direito à imagem não é, nem deve ser, sacralizado como núcleo essencial da vivência pessoal que se sobreponha a todo e qualquer tipo de ponderação de outros valores e direitos constitucionalmente consagrados, *vide*, neste sentido, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28 de setembro de 2011, Processo 22/09.6YGLSB.S2.

20 As posições radicais, quer no sentido da inadmissibilidade de valoração das provas obtidas com vulneração dos direitos fundamentais sem ponderação das circunstâncias do caso concreto, quer no sentido da admissibilidade absoluta das provas obtidas com vulneração dos direitos fundamentais, não são de atender, isto porque as primeiras conduzem à proteção dos direitos fundamentais de cariz individual de modo absoluto e à custa de uma impunidade generalizada que pode afetar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos de modo desproporcionado e as segundas levam à afetação a todo o custo dos direitos fundamentais atento o interesse na prossecução criminal.

21 Canotilho & Moreira, 2007: 458-467.

Portanto o objeto de tutela no crime de fotografias ilícitas é a imagem física da pessoa (rosto e todo o corpo), enquanto tal, captada de forma estática (mediante a fotografia) ou de forma dinâmica (através do vídeo, filmes ou registos videográficos) através da utilização de processos técnicos de captação e divulgação da imagem, como por exemplo a fotografia, a câmara de filmar, o vídeo e o telemóvel que é, atualmente, acessível a todos os cidadãos<sup>22</sup>.

Na tipificação do crime de fotografias ilícitas o legislador adotou uma teoria dualista, ou seja, autonomizou o momento da captação das imagens, nos termos do n.º 2, alínea *a*), do artigo 199.º do CP, “*fotografar ou filmar*”, do momento da sua utilização, nos termos do n.º 2, alínea *b*), do artigo 199.º do CP, “*utilizar ou permitir que se utilizem*”, pelo que o ilícito típico se esgota e consuma na captação, mediante fotografia ou filme, da imagem da pessoa ou na sua utilização contra a vontade do titular do direito<sup>23</sup>.

Note-se que, o sujeito passivo do crime de fotografias ilícitas será sempre “*outra pessoa*” e o sujeito ativo será aquele que atua “*contra vontade*” do titular do direito à imagem, bastando, para o efeito, que se contrarie a sua vontade presumida o que sucede sempre que as imagens possam favorecer a acusação do arguido<sup>24</sup>.

Deste modo, a conduta do recorrente ao ser passível de integrar a tipicidade do ilícito, previsto e punido no art.199.º ,n.º 2, alínea *b*), do CP, na medida em que pretende utilizar as fotografias e/ou filmes dos arguidos “*outra pessoa*”, “*contra a vontade*” dos mesmos, pode levar à anulação do valor probatório das imagens, ainda que captadas de modo lícito, no âmbito do processo penal, nos termos do art. 167.º do CPP. Estando, portanto, em causa uma proibição de valoração de prova independente.

Mas, note-se que, o art.167.º do CPP, estipula “*(...) só valem como prova dos factos ou coisas reproduzidas se não forem ilícitas, nos termos da lei penal.*” (*sublinhado nosso*), ora a condicionante de validade da prova depende da verificação de uma conduta típica, ilícita e culposa, importando, portanto, verificar se existe ou não alguma causa de justificação do facto ilícito ou da culpa no caso concreto<sup>25</sup>, sendo certo que o propósito de carrear provas para o processo penal não é justificação bastante.

22 Costa Andrade, 1999: 823, 825 e 829.

23 *Idem*: 829-832.

24 *Idem*: 832 e 833.

25 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28 de maio de 2009, cit.

### III. AS CAUSAS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE

Estamos, nesta sede, numa área que, tocando, ainda, no tema da tutela típica, tem já pontos de contacto com os problemas próprios das causas de justificação do facto ilícito.

Deste modo, tendo em consideração o estipulado no art. 31.º, n.º 1, do CP, em articulação com o princípio da unidade do ordenamento jurídico e o princípio da subsidiariedade do direito penal, todas as causas de justificação existentes em qualquer ramo da ordem jurídica valem para o direito penal<sup>26</sup>.

Haverá, então, que atender ao regulado no art. 79.º, n.º 2, do CC, que corresponde a um regime de exceção no âmbito da tutela civil do direito à imagem o qual se projeta em sede de tipicidade e, não só, em sede de causas de justificação do facto ilícito<sup>27</sup>.

Trata-se de casos em que o direito à imagem deve ceder perante exigências sociais de justiça ou de polícia.

A jurisprudência salienta que as fotografias extraídas de cassetes de video-vigilância colocadas em local que não é privado e que apenas substituem depoimentos de pessoas que fizessem a observação da conduta do arguido, não correspondem a uma abusiva intromissão na sua vida privada, pelo que podem ser usadas em processo penal<sup>28</sup>.

Já as *exigências de polícia* ocorrem quando existe a necessidade de intervenção dos órgãos de polícia criminal no exercício de atividades individuais suscetíveis de lesar superiores interesses coletivos, tentando evitar que se produzam, ampliem ou generalizem danos sociais<sup>29</sup>, o que levará à restrição, a título

26 Neste sentido: Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 95/2003, 2004: 3704; Leal-Henriques & Simas Santos, 2002: 494 e 495; Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, 2009: 432; e Dias, 2007: 387-389.

27 Costa Andrade, 1999: 833.

28 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15 de fevereiro de 1995, Processo 044846. Em termos similares poderá verificar-se no Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 29 de março de 2004, Processo n.º 1680/03, que a utilização processual das imagens que materializam a prática do crime, pelo arguido, captadas pelo sistema de videovigilância colocado num posto de abastecimento de combustível, sem autorização do arguido, são válidas, dado que a captação das imagens ocorreu em local público, onde é sabido que existem câmaras de vídeo, pelo que não é violado o direito à imagem e à reserva da vida privada do arguido. De igual modo se considera que a utilização das imagens, em julgamento, captadas por particular (neste caso sob ordem do avô da menor) que a tudo assistia através da lente da máquina fotográfica em que se retrata o arguido, na esplanada de um café, ou seja, num local público, a induzir uma menor de sete anos a tocar-lhe no pénis, são processualmente válidas, cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 28 de setembro de 2009, Processo 239/06.5GAVNC.G1.

29 Parecer da Procuradoria -Geral da República n.º 95/2003, 2004:3705.

excecional, de direitos fundamentais de natureza individual de acordo com o princípio da proporcionalidade<sup>30</sup>.

No que concerne às *exigências de justiça* surgirão em termos similares, uma vez que a produção e a utilização, como prova, em processo penal, de fotografias e/ou vídeos poderão, em situações excepcionais, ser admissíveis quando em causa esteja a necessidade de prevenção de perigos, obedecendo-se sempre ao princípio da proporcionalidade como baluarte da colisão de direitos fundamentais<sup>31</sup>.

Uma outra figura jurídica que procede à redução teleológica do tipo e que foi invocada pelo assistente nos autos é o denominado pensamento vitimodogmático que preconiza que aquele que comete um ato ilícito vê caducar a sua tutela jurídica de tal modo que se a vítima de um crime capta a imagem criminosa não é responsabilizada<sup>32</sup>.

Em termos impressivos Paulo Pinto de Albuquerque assevera que podem ser valoradas como prova, nos termos do art. 167.º do CPP, as retratações da materialidade da imagem do crime, ou seja, as imagens relativas aos atos preparatórios e de execução de crimes, ainda que adquiridas de forma oculta, desde que esse seja o único meio prático e eficaz de garantir ao ofendido o seu direito de proteção contra a vitimização e se deixe salvaguardado o núcleo do direito constitucional à privacidade, uma vez que o art. 26.º, n.º 1, da CRP e o art. 199.º, n.º 2, do CP, não protegem a imagem criminosa<sup>33</sup>.

---

30 Segundo a posição de Costa Andrade (1999: 840), tratar-se-á, sobretudo, de exigências preventivas e de salvaguarda de valores extra processuais. A este propósito a jurisprudência alemã admitiu o recurso ao direito de necessidade para justificar a prevenção de perigos e justificar provas proibidas tais como as fotografias captadas, ocultamente, pela polícia e que identificam um grupo terrorista na preparação de vários engenhos explosivos, cf. evidência Costa andrade (1992: 82).

31 Neste sentido verifica-se o voto vencido da Conselheira Maria Fernanda Palma que defende que as restrições do direito à imagem impõem-se por "*exigências de justiça ou de polícia*" quando no plano de uma ponderação de valores se aproxime da lógica de um estado de necessidade de investigação, in Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 81/2007, de 6 de fevereiro de 2007, Processo 871/2005.

32 Esta tese teve o acolhimento da jurisprudência alemã do início dos anos 60 do 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 o que levaria à renúncia, pelo autor de atos ilícitos, do seu domínio exclusivo sobre a palavra, cf. in Costa Andrade, 1992: 256. Em termos similares, Rogall (2010: 126 e 127) afirma que as declarações através das quais são cometidos crimes não cabem na tutela do direito à reserva da vida privada.

33 Pinto de Albuquerque, 2008a: 326, 449 e 450. Também a jurisprudência entende que aquele que instrumentaliza o seu direito à imagem na ofensa de outros direitos ou quando a não proteção concreta do direito à imagem é condição de eficácia da atuação do Estado na proteção de outros direitos fundamentais ou valores constitucionais não se conjectura a possibilidade de afirmação e prevalência daquela proteção contra tudo e contra todos, cf. in Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28 de setembro de 2011, cit.

Esta tese tem subjacente um estrito fundamento de justiça que recebe o aplauso da consciência coletiva. Contudo não podemos frustrar os princípios basilares do Estado de Direito, deixando completamente desprovidos de tutela aqueles que se envolvam em práticas ilícitas, sob pena de proliferação dos atentados aos bens jurídicos pelo facto de não atingirem sequer o limiar mínimo da dignidade penal que é a tipicidade<sup>34</sup>.

Atentos os motivos invocados facilmente se compreende a preferência da maioria dos autores para encontrar em sede de (i)licitude/ justificação do facto ilícito a fundamentação para as soluções de não punibilidade dos agentes destas fotografias<sup>35</sup>.

Neste sentido, configurando uma ponte entre o pensamento vitimodogmático e a legítima defesa ou o estado de necessidade, Marcos Eduardo Rauber e Francisco Muñoz Conde, defendem que, excepcionalmente, pode ser utilizada, como prova, a gravação audiovisual realizada por um particular, sem consentimento, que esteja a ser vítima de um crime ou atuando em benefício de um terceiro vítima de crime<sup>36</sup> e que com a gravação pretende facilitar a averiguação, captação e, posterior, perseguição criminal mediante a identificação do autor do crime, pois, esta conduta está amparada por uma causa de justificação que, tratando-se de um particular, pode ser um estado de necessidade ou o exercício legítimo de um direito<sup>37</sup>.

Aliás esta foi a solução preconizada pelo Tribunal *ad quem*, no caso *sub judice*, e com a qual concordamos, que asseverou: “*Não sendo necessário ir tão longe quanto o foi a teoria da redução teleológica do tipo de sentido vitimodogmático (...) importa, porém, não perder de vista a possibilidade de verificação de alguma causa de justificação da ilicitude ou mesmo da culpa configuráveis no caso.*”<sup>38</sup>

34 Costa Andrade, 1992: 257.

35 Costa Andrade, 1999: 835; Costa Andrade, 1992: 257.

36 Será por exemplo o caso em que os pais filmam ou fotografam a ama, ainda que ocultamente, a maltratar a sua filha ou, ainda, quando um vizinho assiste ao arrombamento da vivenda ao lado de sua casa através da lente da máquina fotográfica.

37 Muñoz Conde, 2004: 110-112; Rauber, 2003: 185 e 186. Defende, ainda, este autor, que quando a prova ilícita é o único elemento capaz de evidenciar a inocência do acusado, constituindo, deste modo, uma prova *pro reo*, impõe-se a sua admissibilidade valorativa dada a prevalência do direito à liberdade e à dignidade do indivíduo.

38 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28 de maio de 2009, cit.

A legítima defesa tem a natureza de uma permissão jurídica e não uma mera não proibição<sup>39</sup>.

Para que exista legítima defesa, nos termos do art. 32.º do CP, é necessário a verificação de uma agressão, isto é, um ato humano voluntário, ativo ou omissivo, que constitua ameaça para os bens jurídicos pessoais ou patrimoniais, da vítima ou de terceiro, alvo de proteção pela ordem jurídica<sup>40</sup>, e que seja atual ou iminente<sup>41</sup> e ilícita<sup>42</sup>, reclamando, por isso, uma defesa<sup>43</sup> com o *animus deffendendi* (intenção defensiva).

Saliente-se que, consideramos, face à conceção dualista do crime de fotografias ilícitas que a causa de justificação do facto ilícito no âmbito do momento próprio da utilização ou permissão de utilização, nos termos do art. 199.º, n.º 2, alínea b), do CP, deverá estender-se à admissibilidade de valoração processual dessas provas porque o próprio Código de Processo Penal (art. 167.º do CPP) admite a valoração processual quando as provas “*não forem ilícitas, nos termos da lei penal.*”

Ora, bem esteve o Tribunal *ad quem* quando decidiu a admissibilidade de valoração das imagens, como prova, no âmbito do processo penal com fun-

39 É recorrentemente invocado, tanto na prática jurisprudencial como na doutrina, a legítima defesa como causa excludente da ilicitude em agressões típicas à palavra. Compartilhando este entendimento Costa Andrade (1999: 841) advoga 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.*” Note-se que, é no âmbito do direito à palavra que estas conotações prático-jurídicas mais se desenvolveram, na medida em que o direito à palavra é dotado de uma tutela penal reforçada em relação ao direito à imagem, o que leva a um estudo mais aturado deste direito e, também, porque, não raras vezes, o cometimento do crime de *gravações ilícitas* constitui um importante meio de defesa, de vítimas de crimes, contra o autor das palavras.

40 Leal-Henriques & Simas Santos, 2002: 501. Salienta Dias (2007: 410) que “*o bem ameaçado deve ser juridicamente – não necessariamente jurídico-penalmente! – protegido.*”

41 Afirma Dias (2007: 413 e 414) que relevante será “*o momento até ao qual a defesa é suscetível de pôr fim à agressão.*” De modo pertinente, este autor, defende que quando está em causa a preparação antecipada da defesa, designadamente, através de aparelhos automáticos, relativamente a uma agressão eventual, tal defesa é legítima pelo menos do ponto de vista da atualidade, desde que no momento da defesa a agressão seja atual.

42 Isto é objetivamente e subjetivamente contrária aos ditames da ordem jurídica. Neste sentido Palma, 1992: 831 e 832.

43 A necessidade de defesa verifica-se não só quanto ao meio empregue mas também quanto à necessidade do próprio facto defensivo. Como revela Dias (2007: 418-424) a necessidade da defesa constitui o próprio fundamento da legítima defesa, pois, analisando-se a legítima defesa numa colisão de bens, esta só existirá se for necessário salvar um deles à custa do outro e, também, porque só assim se garantirá a exigência da reafirmação do direito face ao ilícito na pessoa do agredido. Por outro lado, o meio deve ser o necessário para repelir a agressão, ou seja, o meio deverá ser idóneo para deter a agressão, bem como deverá ser dentro dos meios eficazes o menos gravoso para o agressor.

damento na legítima defesa, preconizando, destarte, que o uso das imagens captadas, no caso em análise, configura “*um meio necessário e apto a repelir a agressão ilícita da propriedade do assistente.*”<sup>44</sup>

Mesmo para quem se recusa a reconhecer a atualidade da agressão ou a idoneidade e a necessidade do meio aquando da utilização das imagens, como prova, em processo penal, desconsiderando, deste modo, a verificação dos pressupostos da legítima defesa, dir-se-á que, sempre, estará verificado o direito de necessidade, na medida em que a utilização dessas imagens como prova atuam de modo a prevenir um perigo futuro.

Atente-se que, segundo Paulo Pinto de Albuquerque, poderá existir um “*estado de necessidade defensivo*” quando o lesado é o próprio causador da situação de perigo, neste caso o agente reage contra um interesse jurídico do agressor ou causador da situação de perigo, quando não se verifiquem todos os requisitos da legítima defesa<sup>45</sup>. Também podendo ocorrer um “*estado de necessidade defensivo alheio*” quando o agente reage contra um interesse jurídico do agressor em defesa de um terceiro lesado<sup>46</sup>.

Evidencie-se que o que está, aqui, em causa, admite Figueiredo Dias, é a necessidade de ponderação de todos os interesses em conflito. Isto porque o “*estado de necessidade defensivo*” resulta do fundamento do direito de necessidade, isto é, o de conferir preponderância, numa situação de conflito de bens e interesses, ao interesse que deva preconizar-se como de maior valor à luz do caso concreto<sup>47</sup>.

Tratar-se-á, assim, como nota Maria Fernanda Palma, de chamar à colação todos os fatores de ponderação, quer os que constituem os interesses do legislador, quer os que se reconduzem aos valores de normal sensibilidade cultural e social<sup>48</sup>.

44 Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28 de maio de 2009, cit.

45 Pinto de Albuquerque, 2008b: 159. Nesta sede podemos, ainda, verificar que esta posição é partilhada por Cavaleiro de Ferreira, Paula Ribeiro de Faria e Manuel da Costa Andrade. No mesmo sentido Dias (2007: 462 e 463). Denote-se que, entende, este autor, que o facto de o perigo resultar do próprio lesado é apenas mais um fator de ponderação de interesses conflituantes até porque o “*estado de necessidade defensivo*” é pensado para colmatar eventuais lacunas no âmbito de tutela da legítima defesa. Ora, partilhamos da mesma opinião, na medida em que entendemos que terá de ser ponderado no âmbito da colisão de direitos o facto de o lesado ter contribuído para a situação de perigo e lesão do bem jurídico do agente.

46 Pinto de Albuquerque, 2008b: 159.

47 Dias, 2007: 463.

48 Citada por Dias, 2007: 456. A esta luz surge-nos bastante pertinente, na atualidade, o pensamento de Klug, o qual é aprovado por Costa Andrade (1999: 842) que estende a eficácia justificativa do direito de

Deste modo, caso não se conceba a existência de legítima defesa, devido a posições mais restritivas no que respeita à interpretação da atualidade da agressão, sempre se dirá que a atuação do assistente está justificada ao abrigo de um “*estado de necessidade defensivo*”, que exclui, em concreto, a ilicitude do facto. E por essa via salvaguarda a admissibilidade de valoração das imagens captadas, como prova, em processo penal.

#### IV. A COLISÃO DE DIREITOS À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A verificação da existência de causas de justificação do facto ilícito implica sempre um juízo de peso e contrapeso dos direitos conflituantes, no caso concreto, de modo a encontrar uma justa composição dos direitos em conflito, bem como a solução mais adequada do ponto de vista das consequências prático-normativas<sup>49</sup>.

Por conseguinte, o direito à imagem, enquanto direito fundamental constitucionalmente protegido, só pode ser restringido nos casos expressamente previstos na Constituição, nos termos do art. 18.º, n.º 2 e n.º 3 da CRP. Pelo que qualquer restrição só será legítima se justificada pela salvaguarda de outro direito fundamental ou interesse constitucionalmente protegido, devendo respeitar, sempre, as exigências do princípio da proporcionalidade e deixando salvaguardado o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, de modo a alcançar-se uma concordância prática dos direitos<sup>50</sup>.

---

necessidade aos atentados típicos à palavra ou à imagem, quando decorrentes da liberdade de imprensa, o que sucede quando as gravações ou imagens transmitidas na televisão sejam necessárias para prevenir perigos iminentes de crimes com interesse para a coletividade. Adianta este autor que “*será assim, mesmo que as gravações, fotografias ou filmes tenham sido ilicitamente obtidos.*” Pense-se, por exemplo, nas imagens divulgadas na imprensa e que materializam a prática de crimes. Ora, não pode a justiça penal utilizar as imagens como notícia do crime e depois, como que por magia, aparentar que nunca se viram as imagens prosseguindo o processo criminal apenas com base na prova testemunhal para não comprometer a sua decisão com a, necessária, fundamentação da prova com base em imagens cobertas pelo direito de necessidade. Pelo exposto, consideramos que essas imagens deverão adquirir eficácia probatória e, deste modo, incorporar o juízo oral da audiência e julgamento.

49 Como bem denota Dias, citado por Leal-Henriques & Simas Santos (2002: 495), “*há nesta matéria um princípio, a que não se pode negar valor compreensivo e heurístico relevantíssimo: o da ponderação dos valores conflituantes na situação concreta. O juízo da ilicitude é, com efeito, uma decisão lançada sempre no âmbito dos valores conflituantes em cada situação (...). Só pois o princípio da ponderação – que acaba afinal por decorrer do princípio do respeito pela autonomia e pela consciência éticas de todas as pessoas (ou do ser-com-outros) – pode fornecer um critério material valioso para as tarefas de interpretação e integração dos tipos justificadores.*”

50 Neste sentido, também, Parecer da Procuradoria -Geral da República n.º 95/2003, 2004: 3699.

Note-se que, atualmente, tendo em linha de conta o salto tecnológico operado ao longo do século XX até aos dias de hoje que tornou acessível a todos os particulares dispositivos de captação e divulgação de imagens que, muitas vezes, materializam o cometimento da prática de crimes, tornando-se, sem dúvida, um importante meio de defesa dos particulares, é comum os casos de conflito entre o direito pessoal à imagem e o direito à segurança ou, como no caso em análise, com o direito à defesa da propriedade.

Nestes casos, a ilicitude destes meios de prova deriva da violação dos pressupostos assinalados como justificativos da limitação do direito à intimidade ou à própria imagem ou do resultado da ponderação do princípio da proporcionalidade. Isto porque os direitos fundamentais não têm a condição de direitos absolutos sendo necessário analisar os diferentes condicionalismos que devem concorrer, no caso concreto, na hora da legítima limitação do direito fundamental afetado<sup>51</sup>.

Evidencie-se que os direitos fundamentais estão sujeitos a variações conforme o contexto social e as particularidades próprias de cada caso. Deste modo, o intérprete e aplicador do direito deverá ser dotado de um juízo discricionário, no momento da interpretação casuística, mas sempre balizado por princípios passíveis de fiscalização como o princípio da proporcionalidade, o princípio da unidade da constituição e o princípio da concordância prática e harmonização dos direitos fundamentais<sup>52</sup>.

Note-se que coube à Alemanha a configuração atual do princípio da proporcionalidade no campo dos direitos fundamentais<sup>53</sup>. Permitindo que o princípio da proporcionalidade modele, em definitivo, todas as decisões em matéria de proibições de prova<sup>54</sup>.

No âmbito do Acórdão que constitui o objeto deste trabalho, também, o Tribunal *ad quem*, preconizou que porque estão em conflito direitos passíveis

---

51 Armenta Deu, 2011: 90,91 e 97.

52 Saliente-se que a utilização de um juízo de ponderação dos interesses em conflito à luz do princípio da proporcionalidade gera muitas críticas baseadas no argumento de que tal operação é subjetiva e outorgaria margem ao arbítrio judicial e ao erro. Não concordamos com tal posição porque é a própria ordem jurídica que concede legitimidade ao julgador para efetuar valorações que permitam a adequação da norma positivada às particularidades da realidade social, pelo que, como nota José Carlos Barbosa Moreira, citado por Rauber (2003: 197), se pretendêssemos de todo eliminar a possibilidade de adequação valorativa “*seríamos forçados a substituir por computadores os magistrados de carne e osso. Visões desse género, projetadas num hipotético futuro, já têm provocado pesadelos demais...*”.

53 Moreira, 2007: 94.

54 Costa Andrade, 1984: 558.

de proteção será necessária a ponderação entre o interesse e finalidades legítimas dos responsáveis (o seu direito à propriedade e segurança de pessoas e bens) e os direitos, liberdades e garantias dos titulares dos dados afetados pela recolha das imagens<sup>55</sup>.

Ora, o direito à imagem enquanto tal, nos termos articulados do art. 26.º, n.º 1, da CRP, art. 79.º do CC, e art. 199.º, n.º 2, do CP, permite a proteção do domínio exclusivo da imagem da própria pessoa, ou seja, só o próprio visado poderá definir aqueles que podem captar a sua imagem, regista-la e utilizá-la. Mas, como bem adiantou Manuel da Costa Andrade ao conjugarmos a tutela penal e civil do direito à imagem verificamos que a incriminação cinge-se quase, tendencialmente, à fotografia íntima, dado que para existir ilicitude da fotografia esta tem de ser captada e/ou utilizada contra vontade, além de que a incriminação surge excluída quando a imagem surja enquadrada em lugares públicos ou corresponda a factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente pelo que, segundo este autor, *“no fundo resultará criminalizável a fotografia que já o seria em nome da intimidade e não da imagem”*<sup>56</sup>.

No contraponto da balança temos o direito à propriedade que vem consagrado no art. 62.º da CRP e que tem uma componente negativa, isto é, toda a pessoa tem o direito de não se ver privado dos seus bens e do uso que se possa fazer deles, possuindo, assim, natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, nos termos do art. 17.º da CRP.

Atento o exposto de modo a verificar se uma medida restritiva de um direito fundamental é admissível e satisfaz o princípio da proporcionalidade há que verificar se foram cumpridas três condições, ou seja, se a medida é idónea a atingir o fim proposto, se é necessária, isto é, a menos restritiva possível e se supera o juízo de proporcionalidade em sentido restrito, atingindo, assim, superiores vantagens para o interesse geral quando confrontados com outros bens ou valores em conflito<sup>57</sup>.

Denote-se que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, doravante TEDH, ao debruçar-se sobre casos similares ao por nós desenvolvido utilizou

---

55 Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28 de maio de 2009, cit.

56 Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 95/2003, 2004: 3704. Também Silva Rodrigues (2010: 564) assevera que existe a nível substantivo e adjetivo penal uma menor proteção do direito à imagem que condicionará, indubitavelmente, a sua tutela em sede penal.

57 Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28 de maio de 2009, cit.

como critério de solução o princípio da proporcionalidade na sua tripla vertente<sup>58</sup>.

Deste modo no caso *Köpke c. Allemagne*<sup>59</sup> o TEDH examinou se o Estado atingiu um justo equilíbrio entre o direito da requerente ao respeito pela sua vida privada e imagem, nos termos do art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, doravante CEDH, e o direito do empregador na proteção do seu direito de propriedade, garantido pelo art. 1.º do Protocolo Adicional da CEDH, e do interesse público na boa administração da justiça<sup>60</sup>.

A este respeito o TEDH considerou que a interferência no direito à vida privada e à imagem da requerente não foi arbitrária e está justificada, pois foi restrita ao necessário para proteger a propriedade do empregador, uma vez que teve um intuito preventivo e foi limitada no tempo e no espaço, servindo, igualmente, para afastar suspeitas sobre outras pessoas e salvaguardar o interesse público na boa administração da justiça.

Face ao exposto, atentas as considerações tecidas, entendemos que, no caso objeto do nosso estudo, a utilização das imagens, obtidas pelo sistema de videovigilância do assistente, como prova, no processo penal são admissíveis, dado que não representam qualquer ilícito penal. Isto porque a utilização das imagens que materializam a prática do crime é idónea à identificação dos arguidos e ao afastamento da agressão da propriedade mediante a perseguição criminal, sendo, também, razoável, uma vez que não houve exposição arbitrária das imagens dos arguidos e conota-se pelas superiores vantagens para o interesse geral, *máxime* a proteção da propriedade e segurança de pessoas e bens, bem como o funcionamento eficaz da justiça material.

Sendo, ainda, de relevar que as imagens dos arguidos surgem enquadradas num espaço de acesso comum do prédio que se distingue das parcelas privadas de utilização exclusiva, pelo que não é igualmente violado o seu direito à reserva da vida privada.

---

58 Bachmaier Winter, 2010: 171-174.

59 Acórdão do TEDH, de 5 de outubro de 2010, *Köpke c. Allemagne*, Processo 420/07.

60 *Ibidem*. Resumidamente neste caso a requerente recorre para o TEDH com o fundamento de que a colocação do sistema de videovigilância, pelo empregador, no seu local de trabalho, de modo oculto e sem o seu consentimento, bem como o uso das cassetes de vídeo e das imagens, como prova, da prática de roubo e, conseqüente, justo despedimento, no âmbito do processo de trabalho, tinha violado o seu direito à privacidade estabelecido no art. 8.º da CEDH. Note-se que no plano europeu o direito à imagem admite ingerências, desde que não sejam arbitrárias nem ilegais e sejam justificadas para fins de prevenção penal ou proteção de direitos, liberdades e garantias de terceiros. Neste sentido também podemos ver Bachmaier Winter, 2010: 164.

Este tem sido, também, o entendimento da nossa jurisprudência que considera não constituir crime a obtenção e, ulterior, utilização de imagens, captadas por sistemas de videovigilância de particulares, mesmo sem o consentimento do visado, sempre que exista uma justa causa para tal, designadamente estejam enquadradas em locais públicos, visem a realização de interesses públicos (proteção de pessoas e bens) ou hajam ocorrido publicamente. Como tal a utilização das imagens não corresponde a qualquer método proibido de prova, pois, visam documentar a prática de uma infração criminal, servindo, assim, as *exigências de polícia e de justiça*<sup>61</sup>.

Nesta esteira, parece-nos desligada da realidade a perspectiva jurisprudencial inversa e que se pronuncia pela necessidade de autorização ou de prévia advertência ao criminoso, chegando à invocação de um absoluto direito à imagem ou direito à reserva da vida privada, em todo e qualquer espaço público e de acesso público, uma vez que esta jurisprudência desconsidera os argumentos teleológicos que devem ser apreciados quando se esta perante uma atuação da vítima do crime que pretende com a utilização das imagens captadas proteger a sua vida, integridade física ou propriedade. Na nossa opinião essa desconsideração poderá atentar contra os pressupostos do Estado de Direito, dado que haverá que verificar, no caso concreto, todos os circunstancialismos que poderão chamar à colação a necessidade de ponderação dos interesses conflituantes evidenciado a existência, ou não, de razões excludentes da ilicitude<sup>62</sup>.

## V. O EFEITO À DISTÂNCIA DAS PROIBIÇÕES DE VALORAÇÃO

Um dos problemas levantados no caso *sub judice* consiste na definição do alcance da proibição de valoração da prova, isto é, caso se considerasse inválida a utilização processual das imagens captadas pelos particulares poderia, contudo, ser valorado o depoimento daqueles que visualizaram, anteriormente, essas imagens e cujo conhecimento dos factos se funda nas preditas imagens?

61 Neste sentido a nossa jurisprudência: Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 4 de março de 2010, Processo 1630/08.8PFSXL.L1-9; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 3 de fevereiro de 2010, Processo 371/06.5GBVNF.P1; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 14 de outubro de 2009, Processo 103/05.5GCETR.C1.P1; Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 26 de janeiro de 2011, Processo 68/10.1PBLRA.C1.

62 Atentas as razões invocadas, não concordamos com a decisão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 3 de maio de 2006, Processo n.º 83/2006-3, bem como com a decisão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30 de outubro de 2008, Processo 8324/2008-9.

A questão acima referenciada levanta o problema do chamado efeito à distância<sup>63</sup>, ou seja, quando um meio ou método de prova está vedado pelas proibições de valoração de prova é necessário indagar se essa proibição de valoração se comunicou, ou não, aos meios de prova mediatamente obtidos, impondo a sua exclusão em cadeia.

Note-se que no direito americano vigora o princípio do efeito à distância, ou de acordo com a expressão utilizada pelos Tribunais americanos “*fruit of the poisonous tree doctrine*” (*doutrina dos frutos da árvore envenenada*), das *exclusionary rules*<sup>64</sup>.

A regra da comunicação da inadmissibilidade de valoração das provas imediatas às provas mediatas tem como fundamento a necessidade de dissuasão (*deterrence*) das práticas ilegais levadas a cabo pelas instâncias formais de controlo, *maxime* da polícia<sup>65</sup>.

Contudo, a jurisprudência americana advoga algumas exceções ao princípio do efeito à distância, sendo de relevar, neste contexto, a doutrina da atenuação (*doctrine of attenuation*) que permite a valoração da prova secundária sempre que a ligação entre a prova primária e a prova secundária surja tão atenuada que acaba por dissipar a fonte de inadmissibilidade valorativa<sup>66</sup>. Outra exceção é a preconizada pela doutrina da fonte independente (*independent source doctrine*), que surge quando as provas que se pretende excluir por se considerarem derivadas de uma violação de direitos constitucionais anterior, derivam, na realidade, de uma fonte independente e legal e, por isso, à margem das *exclusionary rules*

---

63 Costa Andrade, 1992: 61 e 62. Correspondente às figuras, similares, do direito comparado, ou seja, à *Fernwirkung* (efeito à distância) alemã e à “*fruits of the poisonous tree doctrine*” (teoria dos frutos da árvore envenenada) americana.

64 *Idem*: 170. Note-se que o denominado efeito à distância surge, pela primeira vez, proclamado na Sentença do juiz Oliver Wendell Holmes, em 1920, a propósito do caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (251, U. S., 385, 1920). E foi a partir de 1939, no caso *Nardone v. United States*, (308, U. S., 338, 1939), que o juiz Félix Frankfurter utilizou a metáfora, não mais abandonada, que se propagou a todos os direitos continentais do fruto da árvore envenenada.

65 Costa Andrade, 1992: 170. A par deste fundamento, Gómez-Jara Díez (2008: 26) salienta que, constituiu argumento da jurisprudência para sustentar a regra da exclusão a necessidade de preservar a integridade judicial.

66 Segundo Morão (2002: 49 e 50) seria esse o caso quando ocorrendo uma violação de uma norma de proibição de prova e após ter sido reposta a legalidade do ato surja um comportamento livre e informado do arguido, acerca da inadmissibilidade de utilização das provas assim adquiridas, acabando, todavia, posteriormente e de modo autónomo por confessar o crime. Foi o caso *Wong Sun v. United States* (371, U. S., 471, em 1963).

que afetam a prova imediata<sup>67</sup>. E, uma terceira exceção é a denominada doutrina do descobrimento inevitável (*inevitable discovery exception*) que consiste na certeza de que, embora a prova tenha sido obtida como consequência de uma violação constitucional inadmissível, ela acabaria sempre por ser obtida por meios legais, pelo que a prova derivada é, assim, admissível<sup>68</sup>.

Evidencia Teresa Armenta Deu que a regra da exclusão americana, pese embora derive de um ponto de vista e objetivos diferentes dos preconizados nos sistemas continentais, constitui um sistema de referência para a doutrina e a jurisprudência de todos os países da Europa<sup>69</sup>.

Pelo exposto, é de relevar a tendência para o declínio da regra da exclusão marcada pela Sentença *Hudson vs. Michigan*<sup>70</sup>. Deste modo foi introduzido um novo critério na doutrina da conexão atenuada que consiste no *fim de proteção da norma*, nestes termos a atenuação deveria ocorrer quando a exclusão não serve os interesses protegidos pela garantia constitucional violada, resultando, assim, inaplicável a regra da exclusão<sup>71</sup>.

Verifica-se, deste modo, a implementação, pela jurisprudência dos Estados Unidos da América, da necessidade de ponderar os interesses em jogo (*balacing approach*) tendo em consideração os elevados custos sociais que pode

---

67 Gómez-Jara Diez, 2008: 28; Costa Andrade, 1992: 171 e 172. A primeira situação de preconização da doutrina da fonte independente remonta à decisão do caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (251, U. S., 385, 1920). Surgindo, também no caso *Segura v. United States* de 1983 (468 U. S. 796), aqui, embora tenha surgido uma primeira busca sem mandado, surgiu uma segunda busca com mandado (baseada numa causa provável anterior à primeira busca) a qual permitiu encontrar droga na residência. Neste caso, o Tribunal manteve apenas como prova válida o estupefaciente apreendido na segunda busca, uma vez que a prova derivava de uma fonte independente e legal.

68 Gómez-Jara Diez, 2008: 28. Note-se que esta doutrina surgiu do caso *Nix v. Williams*, de 1984, (467 U. S. 431), também conhecido por *Williams II*, em que o arguido localizou o cadáver da vítima, sem que lhe tivessem sido lidos os seus direitos (Miranda Warnings), o que invalidaria essa prova. Todavia já ocorriam buscas, no local onde foi encontrado o cadáver, pelo que, seguramente mais tarde, o cadáver viria a ser descoberto.

69 Armenta Deu, 2011: 29 e 30.

70 *Hudson v. Michigan*, U.S. 04-1360 (15-06-2006). Esta sentença foi proferida em 2006 pelo juiz Antonin Scalia, a qual podemos encontrar resumidamente em Gómez-Jara Diez, 2008: 32-36. Note-se que esta Sentença caracterizou-se pela conversão da regra da exclusão mais numa exceção do que numa regra, como resulta das frases proferidas pelo relator: “a exclusão das provas é o nosso último recurso, não o nosso primeiro impulso”, isto porque “os custos de participar nesta lotaria (a da exclusão) são pequenos, se bem que o prémio é enorme: a exclusão de todas as provas, chegando em alguns casos a converter-se numa carta gratuita para sair da prisão”, pelo que a regra da exclusão “implicaria forçar o público de hoje a pagar pelos pecados e inadequações de um regime jurídico que existia há quase 50 anos.”

71 *Ibidem*.

ter a consagração de uma regra da exclusão obrigatória, que não olhe para os circunstancialismos próprios de cada caso<sup>72</sup>.

Por outro lado, resultou do caso *Hudson vs. Michigan* que o efeito dissuasor da regra da exclusão podia, hoje, ser substituído por remédios civis e/ou disciplinares<sup>73</sup>.

Por seu turno, no âmbito do direito alemão, também é preconizado o princípio do efeito à distância, denominado de *Makel-theorie*, ou seja, teoria da nódoa, a qual do ponto de vista prático constitui uma cópia da teoria americana dos frutos da árvore envenenada, mas, do ponto de vista teórico, visa a tutela dos direitos fundamentais, dado que renunciar ao efeito à distância acabaria por violar os próprios fundamentos do Estado de Direito<sup>74</sup>.

Estamos, por conseguinte, perante um verdadeiro efeito dissuasor que informa, quer as instâncias formais de controlo, quer os particulares, que não devem cometer ilegalidades sob pena de não fruïrem de qualquer prova válida.

Mas, também, no direito alemão não se seguiu a teoria do efeito à distância de forma irrestrita dado que tanto a doutrina como a jurisprudência defendem a restrição da teoria do efeito à distância mediante a existência de um *comportamento lícito alternativo*<sup>75</sup> e atendendo ao *fim de proteção da norma* de proibição de prova violada<sup>76</sup>.

Note-se que no âmbito do direito português é inequívoca a existência do efeito à distância das proibições de prova na ordem jurídica portuguesa<sup>77</sup>.

Contudo, à semelhança do que sucede no direito americano e alemão, também no direito português não se concebe o efeito à distância da proibição de valoração das provas de modo absoluto, dado que sempre se terá de atender

---

72 Armenta Deu, 2011: 31 e 32.

73 *Hudson v. Michigan*, U.S. 04-1360 (15-06-2006). Note-se que, recentemente, no caso *Herring v. United States*, U.S. 07-513 (14-01-2009) confirmou-se mais uma limitação à regra da exclusão mediante a aceitação da boa-fé da polícia (*good-faith exception to the exclusionary rule*), isto é, quando a polícia atua, na realidade e em concreto, com violação das regras constitucionalmente consagradas mas, sem essa consciência, atuando de boa-fé, impõe-se o afastamento da regra da exclusão da prova e do seu efeito à distância. Resumidamente em Gomes de Sousa, 2010: 26-31. Ou, ainda, resumidamente em Armenta Deu, 2011: 182 e 183.

74 Costa Andrade, 1992: 175 e 176; Morão, 2002: 11.

75 Costa Andrade, 1992: 178 e 316.

76 Grünwald citado por Costa Andrade, *idem*: 177.

77 Conforme evidencia a jurisprudência a questão que hoje se coloca não é a da aceitação do efeito à distância mas sim a definição do seu alcance, cf. *in* Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13 de dezembro de 2006, Processo 2876/2006-5.

a determinadas particularidades do caso concreto, tais como, o tipo de proibição de prova violada, o bem jurídico afetado<sup>78</sup>, e a necessidade de harmonização e concordância prática com outros valores e direitos constitucionalmente reconhecidos, à luz do caso concreto, desde que se deixe salvaguardado o conteúdo da dignidade da pessoa humana<sup>79</sup>.

Nestes termos, sustentamos, nos termos do art. 32.º, n.º 8, 1.ª parte, da CRP e do art. 126.º, n.º 1 e n.º 2, do CPP, que a utilização destes métodos proibidos de prova impõem a comunicação da proibição de valoração à prova mediata sempre que exista um nexo de causalidade objetiva entre a prova mediata e a violação da proibição de prova, na medida em que estamos perante os atentados mais intoleráveis à dignidade da pessoa humana. Já no que concerne aos interesses individuais que não contendem diretamente com a garantia da dignidade da pessoa, nos termos do art. 32.º, n.º 8, 2.ª parte, da CRP e dos artigos 126.º, n.º 3, e 167.º, ambos, do CPP, impor-se-á uma restrição do alcance do efeito à distância das proibições de valoração probatória<sup>80</sup>.

Por conseguinte, embora o legislador tenha consagrado o conceito de invalidade derivada, nos termos do art. 122.º, n.º 1, do CPP, pouco disse sobre o efeito à distância das proibições de prova, cabendo ao intérprete e aplicador

---

78 Costa Andrade, 1992: 314.

79 Neste sentido podemos encontrar Figueiredo Dias, citado por Morão, 2002: 37 e 38, notas de rodapé n.º 73 e 74.

80 Neste sentido Costa Andrade (1992: 315) defende, nas suas expressivas palavras que *“O efeito-à-distância parece, assim, configurar um momento nuclear do fim de proteção do art. 126.º do CPP na direção do arguido. Uma conclusão reforçada pela consideração suplementar e decisiva de que só o efeito-à-distância pode aqui prevenir uma tão frontal como indesejável violação do princípio nemo tenetur se ipsum accusare.”* Também Pinto Albuquerque (2008a: 322-324) defende que o vício da prova obtida mediante tortura, ofensa à integridade física e/ou mental, aplicação de tratamentos desumanos ou degradantes (art. 3.º da CEDH), ou mediante a aplicação de meios enganosos não podem ser valorados de forma alguma. Em termos que, igualmente, concordamos Morão (2002: 41, nota de rodapé b) adianta que sempre que se estiver perante interesses individuais, ainda que surjam como emanações de direitos fundamentais, será de admitir a sua limitação em função de interesses conflituantes desde que não se contenda com a garantia direta da dignidade da pessoa humana. Também a nossa jurisprudência é unânime na aceitação da distinção do alcance do efeito à distância nos casos em que se contende diretamente com a garantia da dignidade humana, como no caso de utilização da tortura para obter uma confissão (art. 126.º, n.º 1 e n.º 2, do CPP), dos casos em que estão em causa interesses individuais que não põem em causa essa garantia constitucional, sendo possível a sua restrição proporcional em função de interesses conflituantes (art. 126.º, n.º 3, do CPP). *Vide* neste sentido: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de fevereiro de 2008, Processo 07P4552; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de maio de 2004, Processo 04P774; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31 de janeiro de 2008, Processo 06P4805.

do direito a escolha da solução mais justa para cada caso concreto à luz do princípio da proporcionalidade<sup>81</sup>.

Pelo exposto, transpondo todos estes ensinamentos para o caso em análise, dir-se-á que o *fim de proteção da norma* que incrimina as fotografias ilícitas impede a exposição arbitrária das fotos mas não impõe a descon sideração dos depoimentos prestados por quem, anteriormente, visualizou as imagens, pois, ainda que se configurasse a utilização das imagens, pelos assistentes, inválidas, não se invalidaria o testemunho porque está, desde logo, afastada a tipicidade da segunda modalidade do crime de fotografias ilícitas que impõe a mediação das fotografias ou filmes, nos termos do art. 199.º, n.º 2, alínea b), do CP<sup>82</sup>, bem como o bem jurídico que se quis proteger, com a proibição estabelecida no art. 167.º, do CPP, estaria salvaguardado. Além disso esta solução sempre se preconizaria à luz da ponderação dos interesses em conflito, no caso concreto, restringindo-se, de modo razoável, o efeito à distância das proibições de prova<sup>83</sup>.

## VI. POSIÇÃO ADOTADA

Após a análise da facticidade do caso *sub judice*, bem como dos argumentos de direito tecidos pelos sujeitos processuais (arguidos e assistente) e da tomada de decisão do Tribunal *a quo* e do Tribunal *ad quem*, é possível assumir a nossa posição como concordante com a decisão proferida pelo Tribunal *ad quem*.

---

81 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de maio de 2004, cit.; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31 de janeiro de 2008, cit.

82 Porque de bastante relevo para o estudo que, aqui, desenvolvemos cita-se o exemplo análogo, a este propósito revelado por Costa Andrade (1999: 830) “*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, mesmo que ilicitamente produzida ou obtida. E isto quer a reprodução seja feita ipsis verbis ou relatando o seu conteúdo essencial. A responsabilidade do jornalista está afastada logo ao nível da tipicidade. Já seria diferente se o jornalista fizesse ouvir a gravação passando-a aos microfones da rádio ou da televisão.*”

83 Saliente-se que, atualmente, já se deixa antever uma possível formulação global europeia, em sentido convergente com a jurisprudência norte-americana, sobre a restrição do efeito à distância. A este propósito surge, paradigmaticamente, o Acórdão do TEDH, de 1 de Junho de 2010, caso *Gäfgen c. Alemanha*, Processo 22978/05. Neste caso o TEDH considerou que as proibições de valoração de prova têm um importante efeito dissuasor das condutas contrárias aos direitos fundamentais, bem como de preservação da integridade judicial. Todavia, há que proceder à limitação do efeito à distância atendendo aos circunstancialismos próprios de cada caso. Assim se a aplicação de tratamentos desumanos não podia ser tolerada, dado que o art. 3.º da CEDH consagra um direito absoluto, que não admite qualquer tipo de restrição, já no âmbito do direito à reserva da vida privada e do direito à imagem admite-se a restrição quando for necessário para a salvaguarda dos direitos e liberdades de terceiros, bem como o efeito à distância das proibições de prova terá, evidentemente, neste âmbito um alcance mais limitado. E, em termos similares, cf. Caso *Köpke c. Alemanha*, decidido pelo TEDH, em 5 de outubro de 2010, cit.

A questão que, pertinentemente, se colocou inicialmente consistiu na oportunidade de submissão dos particulares não pertencentes às instâncias formais de controlo, nem atuando sob a sua ordem e/ou direção, ao regime próprio das proibições de prova.

No que concerne a esta questão entendemos que o regime das proibições de valoração de prova é unidimensional, isto é, sempre que a utilização da prova for atingida pelos atentados aos direitos fundamentais, quer seja carreada para os autos pelas instâncias formais de controlo, quer seja carreada por um particular, impõem as regras próprias do Estado de Direito que não seja admissível a sua valoração processual.

A unidimensionalidade das proibições de valoração de prova, nos termos *supra* expostos, prende-se, por um lado, com a conotação substantiva das proibições de prova assente na matriz constitucional e, por outro lado, na necessidade de preservação da integridade judicial, na medida em que não podem os Tribunais aproveitar uma prova manchada pelo atentado à dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 32.º, n.º 8, da CRP conjugado com os artigos 1.º e 2.º, ambos da CRP.

Nesta esteira, o legislador estabeleceu as circunstâncias em que os aplicadores do direito não podem valorar as provas carreadas para o processo penal através da subordinação da admissibilidade processual de valoração das reproduções mecânicas à sua não ilicitude penal, nos termos do art. 167.º do CPP e 199.º, n.º 2, do CP.

Todavia, é nosso entendimento que mesmo que o legislador não estipulasse expressamente a necessidade de indagação da questão prévia da licitude/ilicitude penal sempre teria o Tribunal de proceder a esse juízo hermenêutico, atentos os limites à prova válida impostos pelas regras próprias do Estado de Direito.

Por conseguinte, no âmbito da investigação desenvolvida, foi por nós preconizado a regra de princípio da inadmissibilidade valorativa, no âmbito do processo penal, das provas obtidas de modo penalmente ilícito pelos particulares.

Por outro lado, evocamos a imprescindível chamada de atenção para as situações de proibição de valoração de provas independentes, isto é, quando, não obstante a prova tenha sido obtida de modo lícito, a sua utilização processual, por contender com os direitos de defesa do arguido ou com o seu direito à autodeterminação pessoal, possa culminar num ato ilícito, também, não será admissível a sua valoração processual.

Contudo é premente distinguir, entre, a conduta daquele particular que capta e/ou utiliza a imagem, de outrem, para fins arbitrários ou até ilícitos, da conduta daquele particular que capta e/ou utiliza a imagem, como prova, em processo penal, de modo a prevenir futuras lesões aos seus bens jurídicos ou para afastar uma agressão já perpetuada, bem como quando um particular em auxílio de terceiro capta e/ou utiliza a imagem que materializa o ato ilícito cometido pelo titular do direito à imagem.

Ora, se no primeiro caso retratado parece óbvio que o particular não poderá utilizar processualmente as imagens como prova, atendendo à ilicitude penal da sua conduta, nos termos do art. 199.º, n.º 2, do CP. Já no que concerne ao segundo caso a regra da inadmissibilidade processual de provas obtidas ilicitamente ou ainda que lícitamente obtidas mas a sua utilização redundando num ato ilícito deverá ceder quando a prova é carreada para o processo pela vítima do crime que atuou em legítima defesa ou direito de necessidade, na medida em que o particular atuou ao abrigo de uma causa de exclusão da ilicitude, que pode ser a legítima defesa ou o direito de necessidade.

Deste modo, atenta a natureza dualista do crime de fotografias ilícitas, quando, nos termos do art. 199.º, n.º 2, alínea *b*), do CP, a utilização das imagens esteja coberta por uma justificação bastante deverá essa mesma justificação ser extensível ao âmbito do processo penal, dado que o próprio Código de Processo Penal (art. 167.º do CPP) admite a valoração processual quando as provas “*não forem ilícitas, nos termos da lei penal.*”

Por último, consideramos que caso se apreciasse inválida a utilização processual das imagens captadas pelos particulares poderia, contudo, ser valorado o depoimento daqueles que visualizaram, anteriormente, essas imagens e cujo conhecimento dos factos se funda nas preditas imagens, vislumbrando-se, deste modo, a não contaminação da prova proibida à prova mediata, isto porque *o fim de proteção da norma* do crime de fotografias ilícitas é a proteção da imagem, em si, e não qualquer outro direito, não tendo, aqui, aplicação, consequentemente, a doutrina do efeito à distância da prova proibida. Até porque está, desde logo, afastada a tipicidade da segunda modalidade de fotografias ilícitas que impõe a mediação das fotografias ou filmes, nos termos do art. 199.º, n.º 2, alínea *b*), do CP.

Além disso, a extensão do âmbito do efeito à distância das proibições de prova deverá ser mais limitado, em função dos interesses conflitantes, nos casos em que não se ofende o valor absoluto da dignidade humana mas, tão-somente, interesses individuais, como é o caso do direito à imagem, que não

contende diretamente com a garantia da dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 32.º, n.º 8, 2.ª parte, da CRP e do art. 26.º da CRP. Devendo-se operar, deste modo, a uma restrição proporcional do efeito à distância em função dos interesses conflitantes.

Nesta esteira, não nos podemos esquecer que os assistentes eram vítimas do crime de dano e pretendiam salvaguardar o seu direito à propriedade, utilizando, para o efeito, o sistema de videovigilância que lhes permitiu identificar os autores do crime. Pelo que, mesmo que não fosse válida a utilização das imagens, como prova, no âmbito do processo penal, sempre se imporá a restrição do efeito à distância das proibições de prova, tendo em conta a necessária ponderação dos interesses conflitantes à luz do princípio da proporcionalidade. Isto porque a captação e utilização das imagens pautou-se pela estrita necessidade e indispensabilidade para a salvaguarda do direito de propriedade do assistente. Não se pautando, conseqüentemente, por nenhum fim arbitrário nem contendente com a reserva da vida privada, simplesmente, as imagens substituem aquilo que qualquer pessoa poderia testemunhar, logo o testemunho daí advindo não deverá ser inválido. Além de que a restrição do direito à imagem não se afere censurável tendo em consideração os contornos próprios do caso concreto.

Ora, preconizamos, deste modo, uma solução intermédia e conciliatória, na medida em que admitimos a limitação, de modo razoável, das proibições de valoração e do efeito à distância quando se está perante uma proibição de prova relativa, uma vez que tratando-se de um direito fundamental de cariz individual o mesmo poderá ter que ceder face à necessária proteção de outros bens jurídicos de igual dignidade, desde que se deixe intocado o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana e se obedeça a um critério de estrita necessidade de acordo com o princípio da proporcionalidade. No fundo será necessário ponderar, caso a caso, entre o efeito dissuasor das proibições de prova e os custos a assumir pelo afastamento da prova.

Atento o exposto, cremos que bem esteve o Tribunal *ad quem* ao decidir valorar toda a prova carreada para os autos pelo assistente.

Saliente-se que a interpretação e aplicação da lei deve ser efetuada com bom senso, como fez o Tribunal *ad quem* que olhou para o caso concreto, e não somente segundo uma interpretação literal dos preceitos, como fez o Tribunal *a quo*. Até porque uma boa decisão sobre a matéria das proibições de prova só pode ser alcançada através da análise dos circunstancialismos próprios do caso concreto.

## CONCLUSÃO

O tema que abordámos neste trabalho está conexaso com a atual massificação e diversificação dos meios técnicos de captação e divulgação de imagens acessíveis à generalidade das pessoas. Centrando-se na questão que assola, cada vez mais, o quotidiano dos Tribunais e que consiste na indagação da admissibilidade de valoração de imagens, captadas por particulares, como prova, no âmbito do processo penal.

Assentámos, neste trabalho, o carácter unidimensional das proibições de valoração de prova em nome da preservação da integridade das decisões judiciais e das regras próprias do Estado de Direito que impõem limites à justiça funcionalmente eficaz.

Por esse motivo é correto que em princípio a lei comine com a consequência da ilicitude penal a captação e/ou utilização das imagens, mesmo que licitamente produzidas, contra a vontade do titular do direito à imagem.

Todavia não pode o intérprete aplicador do direito desligar-se da necessidade de indagação de possíveis razões justificativas da utilização das imagens. Na medida em que aquele que capta e utiliza a imagem do crime com a finalidade estrita de proteger a sua pessoa e/ou bens ou até a pessoa e bens de terceiro não deverá ser penalmente responsabilizado. Deste modo, a compressão do direito à imagem poderá surgir, a título excepcional, sempre que exista, no caso concreto, uma causa de justificação do facto, designadamente a necessidade de salvaguarda de outro valor ou direito constitucional e que passe pelo crivo do princípio da proporcionalidade, adequação e necessidade. O que poderá justificar, igualmente, a necessidade de restrição do efeito à distância da proibição de valoração das provas às provas mediatas.

Creemos que esta é uma solução sensata e que apela a que o direito, que surgiu para servir a sociedade e a conformar, não se subverta num direito desligado da realidade social e no subterfúgio dos direitos fundamentais.

Evidencie-se que o ponto de viragem da regra da exclusão probatória entendida de modo irrestrito numa verdadeira exceção está lançado, atenta a necessidade de ponderação de todos os interesses juridicamente relevantes no caso concreto. O que nos leva a equacionar a possibilidade de substituição da regra da exclusão por remédios civis e/ou disciplinares (consoante se trate de prova produzida por particulares ou pelos órgãos de perseguição criminal respetivamente) atento os elevados custos sociais de aniquilamento das provas quando não se afete de modo intolerável a dignidade da pessoa humana. Pelo que, talvez possamos responder a essa questão numa próxima investigação.

## BIBLIOGRAFIA

### Doutrina

AMBOS, Kai

2009 *O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira: com a perspectiva brasileira já de acordo com a reforma processual de 2008: leis 11.689, 11.690 e 11.719/ Kai Ambos, Marcellus Polastri Lima, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.*

ALMEIDA BENEVIDES, Electra Maria de

2002 *O direito à privacidade e processo penal com destaque para os métodos e meios de prova e sua obtenção*, Relatório de mestrado apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Orientador Professora Doutora Maria Fernanda Palma, Lisboa.

ARMENTA DEU, Teresa

2011 *La prueba ilícita: un estudio comparado*, 2.<sup>a</sup> edición, Madrid: Marcial Pons Ediciones.

BACHMAIER WINTER, Lorena

2010 “Investigación criminal y protección de la privacidad en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, in 2.<sup>o</sup> *Congresso de investigação criminal*, (Coordenação de Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes), Coimbra: Almedina, pp. 161-185.

CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital

2007 *A Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Artigos 1.<sup>o</sup> a 107.<sup>o</sup>, 4.<sup>a</sup> edição (revista), Coimbra: Coimbra Editora.

COSTA ANDRADE, Manuel

1984 “Sobre a valoração, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas, por particulares”, in *Estudos em homenagem ao Professor Eduardo Correia*, Coimbra: Universidade de Coimbra, número especial I, pp. 545-622.

1992 *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora.

1999 Anotação ao art. 199.<sup>o</sup> do CP – Gravações e fotografias ilícitas, *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte especial* (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 817-845.

COSTA OLIVEIRA, Francisco Carlos Pereira da

1995 *Da valoração de provas ilícitas em processo penal*, Relatório de mestrado em ciências jurídico-criminais, Lisboa, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo

2007 *Direito Penal -Parte geral*, Tomo I, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra: Coimbra Editora.

FERREIRA PATRONILHO, Sílvia Raquel

2001 *O regime jurídico das nulidades e as espécies de proibições de prova*, Relatório de mestrado para a cadeira de Direito Processual Penal apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Orientador Professora Doutora Maria Fernanda Palma, Lisboa.

GOMES DE SOUSA, João Henrique

2010 “Em busca da regra mágica”, in *Revista Julgar*, n.º 11, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 21-39.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos

2008 “Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita: el caso Hudson v. Michigan y el ocaso de la Exclusionary Rule en EEUU”, in *Revista de derecho y proceso penal*, Cizur Menor, v. 20, pp. 23-36.

LEAL-HENRIQUES, Manuel & SIMAS SANTOS, Manuel

2002 *Código Penal Anotado*, Vol. I, Parte geral, Artigos 1.º a 130.º, 3.ª edição, Lisboa: Rei dos Livros.

MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO

2009 *Código de Processo Penal: Comentários e notas práticas*, Coimbra: Coimbra Editora.

MORÃO, Helena

2002 *O efeito à distância das proibições de prova no direito processual penal português*, Relatório de mestrado para a cadeira de Direito Processual Penal apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

MOREIRA, Josemar

2007 *O princípio da proporcionalidade como eixo normativo de conflito de interesses: análise da prerrogativa de exercício de um direito fundamental em detrimento de outro e a produção de prova na ocorrência de condução sob o efeito do álcool*, Tese de mestrado em ciências jurídico-criminais apresentada à Universidade de Lisboa através da Faculdade de Direito, Orientador Professor Doutor Augusto da Silva Dias, Lisboa.

MUÑOZ CONDE, Francisco

2004 “Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal”, in *Revista penal*, Madrid, n.º 14, pp. 96-123.

PALMA, Maria Fernanda

1992 *A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos*, Volume II, Lisboa: M.F. Palma, 1990, Tese doutoramento em Ciências Jurídicas, apresentada à Universidade de Lisboa através da Faculdade de Direito.

PARECER da Procuradoria-Geral da República n.º 95/2003

2004 *Diário da República série II*, n.º 54, pp. 3699-3711;

PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo

2008a *Comentário ao Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.<sup>a</sup> edição atualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora.

2008b *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora.

RAUBER, Marcos Eduardo

2003 “A admissibilidade processual da prova ilícita pro societate com base na aplicação do princípio da proporcionalidade”, in *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n.º 50, pp. 181-201.

ROGALL, Klaus

2010 “A nova regulamentação da vigilância das telecomunicações na Alemanha”, in *2.º Congresso de investigação criminal* (Coordenação de Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes), Coimbra: Almedina, pp. 117-143;

SILVA RODRIGUES, Benjamim

2010 *Da prova penal: Bruscamente...A(s) face(s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal*, Tomo II, 1.<sup>a</sup> edição, Editora Rei dos Livros.

SOUSA MENDES, Paulo de

2004 “As proibições de prova no processo penal”, *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais* (Coordenação Maria Fernanda Palma), Coimbra: Editora Almedina, pp. 133-154.

### **Jurisprudência Portuguesa**

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 26 de janeiro de 2011, Proc. n.º 68/10.1PBLRA.C1, cujo relator foi Brizida Martins, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 29 de março de 2004, Proc. n.º 1680/03, cujo relator foi Maria Augusta, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 28 de setembro de 2009, Proc. n.º 239/06.5GAVNC.G1, cujo relator foi Anselmo Lopes, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 3 de maio de 2006, Proc. n.º 83/2006-3, cujo relator foi Carlos Sousa, Declaração de voto de vencido do Desembargador Mário Belo Morgado, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13 de dezembro de 2006, proc. n.º 2876/2006-5, cujo relator foi Ana Sebastião, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 27 de fevereiro de 2008, Proc. n.º 10898/2007-3, cujo relator foi Telo Lucas, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30 de outubro de 2008, Proc. n.º 8324/2008-9, cujo relator foi Margarida Veloso, <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16 de dezembro de 2008, proc. n.º 3968/2008-5, cujo relator foi Simões de Carvalho, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28 de maio de 2009, relativo ao proc. n.º 10210/2008-9, cujo relator foi Maria de Fátima Mata-Mouros, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 4 de março de 2010, Proc. n.º 1630/08.8PFSXL.L1-9, cujo relator foi Calheiros da Gama, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 14 de outubro de 2009, Proc. n.º 103/05.5GCETR.C1.P1, cujo relator foi Ângelo Morais, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 3 de fevereiro de 2010, Proc. n.º 371/06.5GBVNF.P1, cujo relator foi Eduarda Lobo, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15 de fevereiro de 1995, Proc. n.º 044846, cujo relator foi Silva Reis, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de maio de 2004, proc. n.º 04P774, cujo relator foi Pereira Madeira, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31 de janeiro de 2008, proc. n.º 06P4805, cujo relator foi Carmona da Mota, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de fevereiro de 2008, proc. n.º 07P4552, cujo relator foi Armindo Monteiro, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de março de 2010, proc. n.º 886/07.8PSLSB.L1.S1, cujo relator foi Santos Cabral, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28 de setembro de 2011, Proc. n.º 22/09.6YGLSB.S2, cujo relator foi Santos Cabral, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 81/2007, de 6 de fevereiro de 2007, Proc. n.º 871/2005, cujo relator foi o Conselheiro Paulo Mota Pinto e a Conselheira Maria Fernanda Palma (com declaração de voto de vencido), disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

### **Decisões do Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América**

Caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (251, U. S., 385, 1920), <http://www.supremecourt.gov>.

Caso *Nardone v. United States*, (308, U. S., 338, 1939), <http://www.supremecourt.gov>.

Caso *Wong Sun v. United States* (371, U. S., 471, 1963), <http://www.supremecourt.gov>.

Caso *Segura v. United States* (468 U. S. 796, 1983), <http://www.supremecourt.gov>.

Caso *Nix v. Williams* (467 U. S. 431, 1984), <http://www.supremecourt.gov>.

Caso *Hudson v. Michigan* (U.S. 04-1360), (15-06-2006), <http://www.supremecourt.gov>.

Caso *Herring v. United States* (U.S. 07-513) (14-01-2009), <http://www.supremecourt.gov>.

### **Decisões do TEDH**

Caso *Gäfgen c. Allemagne*, decidido em 1 de junho de 2010, em Grande Chambre (ou Tribunal Pleno na tradução portuguesa), Proc. n.º 22978/05, disponível em <http://www.echr.coe.int/>.

Caso *Köpke c. Allemagne*, decidido em 5 de outubro de 2010, pela secção V, Proc. n.º 420/07, disponível em <http://www.echr.coe.int/>.