

A VALORAÇÃO DAS GRAVAÇÕES DE ÁUDIO PRODUZIDAS POR PARTICULARES COMO PROVA NO PROCESSO PENAL¹

Catiuce Ribas Barin

ABSTRACT: *This paper deals with criminal procedural problems resulting from the use of audio records made by individuals as evidence in Court proceedings. In particular, it refers to a case where the recording was made by a lawyer, in order to broaden the debate on whether gathering this type of evidence violates legal boundaries. Since this issue is treated differently across jurisdictions, the paper makes reference to the exclusionary rule applied in the US, Germany, Spain and Brazil.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Análise circunstanciada do caso “Bragaparkes”. 1.1. Da factualidade. 1.2. Problemas jurídico-processuais penais suscitados pelo caso e a posição dos tribunais: a aplicação do direito aos fatos. 2. A valoração de gravações de áudio realizadas por particulares como prova no processo penal. 2.1. A valoração das gravações de áudio produzidas exclusivamente por particulares. 2.1.1. Gravações penalmente ilícitas. 2.1.2. Gravações penalmente lícitas: atípicas ou justificadas. 2.2. A valoração das gravações feitas por particulares em colaboração aos órgãos persecutórios estatais. 2.3. A peculiaridade de o autor da gravação ser advogado. 2.4. O efeito-à-distância da prova proibida. 3. A admissibilidade de valoração das gravações de áudio captadas por particulares no direito comparado. 3.1. Estados Unidos da América. 3.2. Alemanha. 3.3. Espanha. 3.4. Brasil. 4. A relativização da proibição de valoração das provas de áudio obtidas por particulares. 4.1. A ponderação de interesses à luz do princípio da proporcionalidade. 4.2. A valoração da prova no caso “Bragaparkes”. Conclusão.

INTRODUÇÃO

A questão da admissibilidade das provas ilicitamente obtidas por particulares não é tema recente no campo processual penal das proibições de prova. A temática ganha relevo em razão do crescente alargamento da intervenção dos privados na produção de provas penais. Com frequência debate-se sobre a valoração de provas angariadas ilicitamente por agentes privados (como as originadas de gravações de áudio), que desencadeiam ou possibilitam o avanço

¹ O trabalho que ora se apresenta corresponde ao relatório de mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no ano letivo de 2012/2013, no âmbito da disciplina de Direito Processual Penal, sob a regência do Senhor Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes.

de investigação policial ou de processo criminal, ou sobre o recurso constante aos homens de confiança/agentes encobertos, em que os particulares atuam em colaboração ou sob a orientação dos órgãos persecutórios estatais.

Nesse cenário de “privatização” da investigação, diante de gravações de áudio produzidas por particulares, do regramento constitucional e legal das proibições de prova, e da proteção jurídico-penal do direito à palavra, emerge a problemática do presente relatório: a gravação de áudio obtida exclusivamente por particular, sem autorização judicial e sem o consentimento do visado, mesmo que retrate a prática de crime, é meio (método) proibido de obtenção de prova e é admissível a sua valoração como prova no processo penal? Como desdobramentos: Havendo proibição de valoração da prova, ela é absoluta, ou poderá ser relativizada em virtude da condição da pessoa que realiza a gravação e da ponderação dos interesses e bens jurídicos em conflito no caso concreto? Ainda, em que termos se dá a valoração de gravações de áudio captadas por privado que atue em colaboração ou sob a orientação dos órgãos de persecução estatais?

No intuito de clarificar a abordagem da problemática apresentada, e considerando que o Direito aplica-se à faticidade específica de cada caso concreto, partimos da análise do caso “Bragaparkes” – que serviu de base ao desenvolvimento do trabalho – com o exame dos problemas jurídico-processuais penais suscitados que interessam diretamente ao estudo: a proibição de valoração da gravação de áudio produzida exclusivamente pelo particular (que, na hipótese, apresenta a singularidade de ser advogado), ante a sua ilicitude penal; e a alegada contaminação (em razão do efeito-à-distância das proibições de prova) das gravações subsequentes realizadas pelo privado em colaboração com órgãos estatais de investigação, verificando-se a posição dos tribunais em relação aos problemas apontados.

Na sequência, trataremos da valoração das gravações de áudio realizadas por particulares como prova no processo penal, quer nas hipóteses de captação exclusiva, quer em parceria com as instâncias formais de controle. Analisaremos, nesse âmbito, se a peculiaridade de o particular autor da gravação ser advogado traz novos contornos à problemática, influenciando na solução jurídica do caso. Ainda, abordaremos o efeito-à-distância das proibições de prova.

Dando seguimento, examinaremos o regramento das proibições de prova nos Estados Unidos da América (de referência obrigatória, já que as regras de exclusão têm origem nas decisões da Corte Suprema americana, e seu sistema tem influenciado vários outros países), na Alemanha (contraponto necessário por ser o berço da moderna construção do princípio da proporcionalidade,

que tem sido aplicado no âmbito das proibições de prova, e por sua influência no Direito Português), na Espanha (pela proximidade territorial e por possuir regramento semelhante na matéria), e no Brasil (pela resolução diferenciada da problemática proposta), verificando o tratamento dado por cada um desses ordenamentos jurídicos à valoração das gravações de áudio produzidas por particulares.

Por fim, analisaremos a possibilidade de relativização da proibição de valoração das provas de áudio obtidas por particulares, por meio da ponderação dos interesses e bens jurídicos em conflito no caso concreto. E, como derradeira averiguação, examinaremos a valoração das gravações de áudio no caso “Bragaparkes”.

1. ANÁLISE CIRCUNSTANCIADA DO CASO “BRAGAPARKES”

1.1. Da factualidade

Do circunstancialismo fático do caso “Bragaparkes”² dado como provado pelos tribunais portugueses³ extrai-se que DN⁴ era sócio-gerente da sociedade “A”, que detinha a maioria do capital social da sociedade “B”, a qual celebrou contrato de permuta de imóveis com a Câmara Municipal de Lisboa⁵, e, ainda, adquiriu um segundo lote de terreno, em razão de previsão contratual de direito de preferência.

2 Ao se tratar do caso “Bragaparkes”, analisar-se-á simultaneamente dois processos criminais originados em razão dos acontecimentos: 1) o instaurado contra DN para apurar o crime de corrupção ativa (Processo n.º 263/06.8JFLSB.L1); e 2) o instaurado em desfavor de RSF para averiguação do crime de gravação ilícita (Processo n.º 914/07.7TDLSB.L1-9). DN foi denunciado por corrupção ativa por ato ilícito e condenado pela 1.ª Vara Criminal de Lisboa, em 23-02-09, por corrupção ativa por ato lícito (art. 18.º, n.º 2, da Lei n.º 34/87); foi absolvido pelo Tribunal da Relação de Lisboa (doravante, TRL), em 22-04-10; e condenado pelo Supremo Tribunal de Justiça (doravante, STJ), em 20-01-12, por corrupção ativa por ato lícito; em 01-11-12, foi declarada a prescrição da pretensão punitiva estatal pelo TRL. RSF, por sua vez, foi denunciado pelo crime de gravações ilícitas (artigo 199.º, n.º 1, a, do CP), sendo absolvido pelo 4.º Juízo Criminal de Lisboa; e, posteriormente, condenado pelo TRL, em 26-04-2012. RSF recorreu para o STJ e para o Tribunal Constitucional (doravante, TC) e teve seus recursos indeferidos. Em novembro de 2012, apresentou queixa contra o Estado Português no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (doravante, TEDH), requerendo a análise da forma como foi condenado, não havendo, ainda, decisão da Corte Internacional.

3 Acórdãos do TRL de 22-04-2010 – Processo n.º 263/06.8JFLSB.L1; e de 26-04-2012 – Processo n.º 914/07.7TDLSB.L1-9. Disponíveis em www.dgsi.pt.

4 Os nomes das partes e das empresas foram suprimidos, por não interessarem à análise científica.

5 O contrato foi celebrado em julho de 2005.

Por discordar dos termos do contrato e julgá-lo lesivo aos interesses da autarquia de Lisboa, JSF ajuizou ação popular⁶ perante o Tribunal Administrativo e Fiscal de Lisboa (doravante, TAFL), postulando a declaração de nulidade da deliberação e das operações de loteamento dos terrenos, além de obter, em sede de Registro Predial, o registro da ação como inscrição às descrições prediais correspondentes aos terrenos. Nas eleições autárquicas seguintes, JSF elegeu-se vereador em Lisboa e, no âmbito da Câmara Municipal e em atos públicos, continuou a manifestar-se contrariamente às aludidas negociações, além de manter o patrocínio da ação popular e os registros nas inscrições dos terrenos.

Em face do atraso no desenvolvimento do projeto de construção para os terrenos, aliado aos custos financeiros daí advindos e à má imagem pública da empresa em razão das suspeitas de ilegalidades decorrentes das ações de JSF, DN formulou o propósito de corromper o vereador. Para tanto, sabendo que o advogado RSF (irmão do vereador JSF) tinha escritório nas mesmas instalações da sua advogada pessoal e das sociedades por ele participadas, DN telefonou⁷ para o local solicitando a RSF que marcassem uma reunião, para tratarem assunto de interesse comum e apresentação de uma proposta. O encontro⁸ ocorreu fora das dependências do escritório de RSF, no bar de um hotel, em Lisboa.

Nesse primeiro encontro, RSF, após se aconselhar com algumas pessoas, foi munido de instrumento para gravação da conversa, e acautelou-se de levar duas testemunhas, que ficaram à distância observando o diálogo. Na ocasião, DN propôs o pagamento de montante pecuniário ao vereador JSF, para que ele desistisse da ação popular e proferisse declarações públicas sustentando a lisura e a correção dos negócios travados por sua empresa e a autarquia municipal. A conversa entabulada foi gravada parcialmente, sem o conhecimento e consentimento de DN, e sem autorização judicial. A proposta de corrupção não foi captada, pois, quando realizada, o telemóvel utilizado para o fim já não procedia à gravação. Ainda no mesmo dia, RSF levou ao conhecimento de JSF a proposta recebida, tendo os dois acordado em recusá-la e dar conhecimento dos fatos à autoridade judiciária.

6 A ação foi ajuizada em julho de 2005.

7 O telefonema se deu em 18 de janeiro de 2006.

8 O encontro ocorreu no dia 22 de janeiro de 2006.

Instaurado processo criminal contra DN, RSF foi autorizado à prática de atos de colaboração, na invocação de ação encoberta, em coordenação com a Polícia Judiciária (doravante, PJ). No âmbito da ação encoberta, RSF, sob o pretexto de acertar detalhes da negociação, participou de outros dois encontros⁹ com DN, onde foi reafirmada a proposta de corrupção¹⁰, sendo as conversas gravadas em áudio.

1.2. Problemas jurídico-processuais penais suscitados pelo caso e a posição dos tribunais: a aplicação do Direito aos fatos

Dentre os problemas jurídico-processuais penais suscitados pelo caso, abordaremos aqueles que interessam diretamente à problemática do relatório. A começar pela questão da ilicitude penal da primeira gravação de voz realizada por RSF sem o consentimento do visado e sem autorização judicial, que foi disponibilizada aos órgãos persecutórios estatais quando os fatos foram levados ao conhecimento das autoridades, desencadeando-se o processo criminal. Essa gravação foi juntada e permaneceu anexada nos autos do processo criminal instaurado para apuração do crime de corrupção ativa. Contudo, foi tratada como ilegal pelos tribunais, e não foi valorada como prova no processo penal¹¹.

Em razão da tipificação do crime de gravações ilícitas, foi instaurado processo criminal contra RSF, autor da gravação, como incurso nas sanções do artigo 199.º, n.º 1, alínea *a*, do CP¹². Absolvido em 1.º Grau, por ter-se entendido que agiu ao abrigo do estado de necessidade, o Tribunal da Relação de Lisboa (doravante, TRL), julgando recurso dessa decisão, concluiu pela ausência da invocada excludente de ilicitude, condenando RSF¹³.

Ao fundamentar sua decisão¹⁴, o TRL sustentou, resumidamente: 1) que RSF não agiu desconhecendo o carácter proibido e punido da sua conduta, diante da factualidade do caso concreto e da particularidade de ser advogado;

9 Ocorridos em 24 e 27 de janeiro de 2006.

10 A proposta consistia no pagamento da quantia de duzentos mil euros.

11 Embora exista referência nas decisões dos tribunais que a gravação era ilegal, não tendo sido utilizado o seu conteúdo para fundamentar a condenação de DN no processo de corrupção, a gravação foi submetida, na fase de julgamento, à perícia pelo setor informático forense, para o fim de analisar as características do suporte digital, havendo menção, no Acórdão do TRL de 22-04-2010 – Processo n.º 263/06.8JFLSB.L1, p. 82, que o resultado do exame confirmou a genuinidade, neste ponto, do depoimento de RSF.

12 A denúncia não abrangeu a alínea *b* do dispositivo legal, referente à utilização da gravação.

13 Acórdão do TRL de 26-04-2012, Processo n.º 914/07.7TDLSB.L1-9.

14 Acórdão do TRL de 26-04-2012, Processo n.º 914/07.7TDLSB.L1-9.

2) que RSF não foi confrontado com situação de perigo, que somente existiria se ele próprio o criasse, indo ao encontro do corruptor; 3) que RSF teria presumido os propósitos do corruptor e, mesmo assim, acolhido o convite para o encontro, munindo-se de gravador, razão pela qual teria criado intencionalmente o suposto perigo; 4) que o perigo não era atual e iminente, já que tudo foi atempadamente criado e programado por RSF; 5) que, não havendo perigo ou tendo este sido criado intencionalmente por RSF, não existiria “conflito entre bens jurídicos”, pressuposto necessário à configuração do tipo justificador; e 6) que não haveria superioridade do interesse a salvaguardar, uma vez que o “direito à palavra” e o “direito ao bom nome”, enquanto bens jurídicos pessoais que hipoteticamente conflituariam, não merecem diferente valoração, particularmente no caso concreto.

Interessa-nos, ainda, a alegação de impossibilidade de valoração, porque nulas e ilegais, de todas as provas obtidas por recurso à ação encoberta (incluindo-se, aqui, as gravações de conversas entre presentes), porquanto decorrente de gravação ilegal (efeito-à-distância da prova proibida) e de violação do segredo profissional do advogado, em vista do disposto no artigo 87.º da Lei n.º 15/2005 (Estatuto da Ordem dos Advogados – doravante, EOA), com referência ao artigo 208.º da Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP).

O TRL apreciou as questões suscitadas, julgando-as improcedentes. Sinteticamente, afirmou¹⁵: a) a legalidade da ação encoberta, na medida em que suportada em denúncia apresentada perante a PJ e confirmada por RSF em declarações acostadas aos autos, e não na gravação ilegal; e b) a ausência de violação do segredo profissional de advogado, porque o conhecimento dos fatos da acusação por RSF não adveio do exercício da atividade profissional, por ser mandatário do autor da ação popular, mas, sim, por ser irmão deste, o que o tornava intermediário privilegiado da proposta de corrupção. Nesses termos, as gravações realizadas pelo particular em colaboração aos órgãos persecutórios estatais foram valoradas como prova no processo penal, servindo de fundamento à condenação de DN pelo crime de corrupção.

15 Acórdão do TRL de 22-04-2010 – Processo n.º 263/06.8)FLSBL1, que reproduz, em nota, a decisão proferida no Acórdão do mesmo Tribunal de 21-10-2008, pp. 88 e ss.

2. A VALORAÇÃO DE GRAVAÇÕES DE ÁUDIO REALIZADAS POR PARTICULARES COMO PROVA NO PROCESSO PENAL

2.1. A valoração das gravações de áudio produzidas exclusivamente por particulares

A questão da admissibilidade da valoração das provas obtidas ilicitamente por particulares marcou presença, desde o início, “no direito ‘clássico’ das proibições de prova”¹⁶. As proibições de prova¹⁷ representam mecanismos processuais de proteção de direitos fundamentais¹⁸, impondo limites à descoberta da chamada “verdade real ou material”, a qual não pode ser obtida a qualquer custo, mediante violação de direitos constitucionalmente protegidos e com desrespeito à garantia da dignidade da pessoa humana. As proibições de prova são, portanto, limitações autoimpostas pelo Estado ao conhecimento dos fatos dentro da investigação do processo penal¹⁹: a verdade material resta limitada às provas processualmente admitidas²⁰.

O direito processual penal é um verdadeiro direito constitucional aplicado²¹. Assim, as regras de proibição de prova encontram-se definidas em nível constitucional nos artigos 32.º, n.º 8, e 26.º, n.º 1, da CRP, e foram concretizadas pelo legislador ordinário no artigo 126.º do Código de Processo Penal (doravante, CPP) – ainda, no caso das gravações, no artigo 167.º do CPP.

A doutrina portuguesa dominante, de forma similar à alemã²², estabelece a clara distinção entre *proibições de produção de provas*²³, que seriam limitações ao

16 Costa Andrade, 2009-A: 127.

17 A obra precursora a tratar das proibições de prova é de Beling, intitulada *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozess*, de 1903. Costa Andrade, 2006: 20; Correia, 1999-A: 108; Silva, G. 2010: 170-171.

18 Todas as proibições de prova são reconduzíveis à proibição de abusos contra os direitos fundamentais das pessoas. Silva, G. 2006: 41.

19 Beling, 2009: 6; Beling *apud* Ambos, 2009: 59.

20 Ambos; Lima, 2009: 38-63.

21 Henkel *apud* Costa Andrade, 2006: 12; Henkel *apud* Figueiredo Dias, 2004: 74. Vide, ainda: Antunes, 2009: 745; Sousa Mendes, 2004: 137.

22 Ambos, 2009: 64-66.

23 As proibições de produção de prova subdividem-se em três espécies: a) proibições de *temas* probatórios (*Beweisthemaverbote*) – impedem a obtenção de prova sobre determinados fatos, b) proibições de *meios* probatórios (*Beweismittelverbote*) – proibem a produção de meios de prova determinados, e c) proibições de *métodos* probatórios (*Beweismethodenverbote*): impedem determinada forma de obtenção da prova. Ainda, classificam-se em *absolutas* e *relativas* (ou condicionais): as primeiras têm validade geral e imperativa; enquanto as segundas limitam a obtenção da prova a determinados requisitos e sujeitos. Sousa Mendes, 2004: 134-135; Roxin, 2012: 167-168; Costa Andrade, 2006: 90; Bertolo Rosa, 2010: 221-222.

modo de obtenção das provas, e *proibições de valoração de provas*, que impedem que determinados conhecimentos sejam objetos da sentença.

As regras de proibição de produção de prova, servindo à tutela dos direitos fundamentais e perseguindo fins de disciplina, dirigem-se às instâncias formais de controle, designadamente aos investigadores, Ministério Público e juiz de instrução, bem como aos sujeitos processuais e privados que atuem em colaboração com os órgãos persecutórios estatais²⁴.

No que respeita, por seu lado, à vinculação dos particulares às proibições de produção de prova, a doutrina é divergente: há quem defenda a vinculação, utilizando argumentos que vão desde a base constitucional e a prevalência da dimensão material-substantiva das proibições de prova à ausência de restrição expressa nos normativos legais²⁵; e quem sustente a não vinculação, sob o fundamento de que as proibições de produção de prova visam fins de disciplina (respeito dos direitos de liberdade), pelo que se dirigiriam preferencialmente aos órgãos de persecução penal estatais e aos demais sujeitos processuais, não se destinando aos particulares – que, por isso mesmo, não estão vinculados às normas do processo penal, salvo quando atuam sob ordens ou direção das instâncias formais de controle²⁶.

Aderimos ao entendimento de que os particulares não estão diretamente vinculados às regras processuais penais consagradoras das proibições de produção de prova, o que não significa dizer que não há limitações à obtenção de prova pelos privados. Nesse caso, o legislador remete-nos à tipificação dos ilícitos penais previstos no CP como tutela dos direitos fundamentais, de que é ilustrativo o normativo inserto no artigo 167.º do CPP.

Adentrando na questão das proibições de valoração da prova, o regime é unidimensional, aplicando-se indistintamente aos particulares e às instâncias formais de controle. Consubstanciando a produção de prova atentado aos direitos fundamentais, não poderá ser valorada no processo penal, independentemente de ter sido obtida pelos órgãos estatais de persecução penal ou por particulares²⁷.

24 Sousa Mendes, 2004: 138-141.

25 Defendendo a vinculação dos particulares ao artigo 126.º do CPP, vide Costa Andrade, 2006: 197-198; Albuquerque, 2011: 335; Silva, G. 2010: 173; Bertolo Rosa, 2010: 232; Mendes, 2011: 26; Neves, 2011: 314-315.

26 Sousa Mendes, 2004: 138-141; Martins, 2010: 29.

27 A unidimensionalidade das proibições de valoração de prova prende-se “com a sua conotação substantiva das proibições de prova assente na matriz constitucional e, por outro lado, na necessidade

No que toca ao valor probatório das reproduções mecânicas (incluindo-se, aqui, as fonográficas, fotográficas, cinematográficas ou por meio de processo eletrônico), o legislador ordinário condicionou expressamente, no artigo 167.º, n.º 1, do CPP, a valoração à sua não ilicitude nos termos da lei penal. Assim, estabelecem-se consequências distintas quanto à valoração de dois tipos de gravações realizadas por particulares: as penalmente lícitas e as penalmente ilícitas, que merecem análise em separado.

2.1.1. Gravações penalmente ilícitas

A primeira apreensão a ser feita do artigo 167.º, n.º 1, do CPP é a impossibilidade de valoração das gravações que consubstanciem ilícito penal, nos termos do artigo 199.º do CP. A regra é, portanto, a inadmissibilidade de valoração das gravações obtidas ilicitamente por particulares no processo penal.

O regime estabelecido pelo artigo 167.º, n.º 1, do CPP revela a opção do legislador ordinário de recusar prevalência ao interesse punitivo estatal na ponderação (de interesses) suscetível de justificar a conduta de gravação ilícita, de modo a autorizar sua valoração no processo penal. Assim, resultaria afastada a possibilidade de o julgador português invocar o referido interesse para eliminar a ilicitude de uma conduta que preencha a factualidade típica do artigo 199.º do CP, conforme se tem verificado na experiência jurídica germânica, ainda que em caso esteja a criminalidade grave²⁸.

Não obstante, há casos em que, posto de lado o interesse persecutório estatal, a valoração da gravação penalmente ilícita é necessária à salvaguarda de bens jurídicos ou direitos constitucionalmente protegidos de outros particulares²⁹

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.” Martins, 2010: 103. Em contrapartida, Muñoz Conde afirma que a valoração das provas obtidas mediante violação de direitos fundamentais admite muitos matices, tendo em conta a pluralidade de situações que as técnicas podem ser utilizadas, o que dificulta uma manifestação unitária acerca da admissibilidade da sua valoração como prova no processo penal, advindo consequências distintas no que toca à valoração das provas audiovisuais produzidas pelos órgãos do Estado daquelas produzidas exclusivamente por particulares. Munoz Conde, 2007: 43

28 Costa Andrade, 1984: 614-616. Recorde-se que, na Alemanha, a jurisprudência e doutrina maioritária admitem a valoração de provas – nesse medida se excluindo a ilicitude penal – em hipóteses de interesse punitivo particularmente qualificado, nas hipóteses de manifestações mais extremadas da criminalidade grave. Vide Costa Andrade, 1984: 615.

29 Nesse sentido é o entendimento de Figueiredo Dias, 2004: 59; Costa Andrade, 1984: 616-617; Mata-Mouros, 2011: 317; os quais admitem a ponderação de interesses nos casos de gravações ilícitas para a salvaguarda de bens jurídicos pessoais como a vida, a integridade física ou a liberdade (v.g., quando apenas a valoração da gravação particular ilícita pode possibilitar a absolvição de um inocente).

e, acrescentamos, da própria comunidade. Nessas situações excepcionais, o julgador dificilmente poderá se furtrar ao juízo de ponderação de interesses de natureza transprocessual.

2.1.2. Gravações penalmente lícitas: atípicas ou justificadas

A negação da ilicitude penal pode se dar, por primeiro, pela ausência de tipicidade, em razão da inexistência de lesão ao bem jurídico ou por não pertinência da lesão à área de tutela da norma incriminatória³⁰. Aqui tem lugar o acordo do portador do direito à palavra³¹, e assume relevo a construção da redução teleológica do tipo de sentido vitimodogmático, que tem recebido apoios credenciados na doutrina e jurisprudência, afirmando-se associada a incriminações dentre as quais se sobressai precisamente as gravações e fotografias ilícitas³². O ponto central desta construção é a repercussão no injusto penal da corresponsabilidade da vítima pelo sucedido, e nomeadamente se ela pode dar ensejo a exclusão do tipo ou da ilicitude³³.

No âmbito da redução teleológica do tipo de sentido vitimodogmático referente às gravações ilícitas cabem dois grupos de casos de exclusão de relevância típica em virtude do comportamento da vítima. Um primeiro grupo trata de fundamentar a exclusão da responsabilidade penal em relação às gravações feitas (sem o consentimento) pelas vítimas de crimes de extorsão, injúrias, ameaças, coação; pelos receptores de propostas de corrupção; ou por aqueles incitados “à prática de comportamentos ilícitos ou eticamente censuráveis”³⁴.

Dogmaticamente, a construção encontra suporte nos limites imanentes dos direitos fundamentais, nomeadamente no ponto de que a sua tutela jurídica deve ater-se à expressão positiva, ganhando reforço a partir do pensamento vitimodogmático. Nesse sentido, defende-se que o comportamento censurável (porque ilícito, imoral, descuidado, etc.) da vítima das gravações “determina a perda da dignidade penal e a caducidade (*Verwirkung*) da proteção

30 Costa Andrade, 1984: 619.

31 Costa Andrade, 2012: 1211.

32 Costa Andrade, 2012: 1218.

33 Roxin, 2008-A: 562.

34 Costa Andrade, 2012: 1218-1219.

jurídica”³⁵. Assim, como afirma Rogall³⁶, em relação ao ordenamento jurídico alemão, declarações sobre crimes cometidos e declarações por meio das quais são praticados crimes não cabem no âmbito da tutela do direito à reserva da vida privada. Esse pensamento foi reconhecido pela jurisprudência alemã em decisões clássicas da década de sessenta, que ficaram conhecidas como o “caso do gravador” e o “primeiro caso do diário”³⁷, mas é contestado pela doutrina majoritária, que aponta a justificação como instância apropriada para enquadramento dogmático das soluções de não punibilidade dos autores das gravações³⁸.

De outro lado, num segundo grupo de casos, a redução teleológica do tipo é imposta pelo comportamento anterior do titular do direito à palavra, que agora reivindica a tutela penal, mas que vinha, antes disso e em outros contextos, autorizando, de forma mais ou menos sistemática, a gravação e divulgação da sua voz ou imagem³⁹.

Nos casos de exclusão da tipicidade, entendemos que, em razão de as gravações não incorrerem na censura da ilicitude penal, poderá haver uma ponderação mais aberta aos interesses que reclamam a sua utilização e valoração como prova no processo, não devendo excluir-se, de plano, sua admissibilidade quando estiverem em causa manifestações gravosas e intoleráveis de criminalidade⁴⁰.

De forma secundária, as gravações podem escapar à ilicitude penal por justificação (causas de justificação), apresentando-se, nesse ponto e sob o prisma doutrinal, complexa e insegura⁴¹. As dificuldades verificam-se pelo espectro relativamente ampliado de dirimentes (para além das clássicas excludentes⁴²,

35 Costa Andrade, 2012: 1219.

36 Rogall, 2010: 127.

37 No primeiro caso, “sustenta o BGH: ‘Também o *direito à palavra falada* vale naqueles limites: quem os ultrapassa ilicitamente *renuncia ao domínio exclusivo sobre a sua palavra*’ (NJW 1960 1581). E no segundo: ‘o que se tutela com os direitos fundamentais é o desenvolvimento da personalidade e não a sua degradação’ (NJW 1964 1143).” Costa Andrade, 2012: 1219.

38 Para aprofundar as críticas acerca da construção, Costa Andrade, 2012: 1219-1220; Martins, 2010: 55-56.

39 Para estudo mais detalhado, Costa Andrade, 2012: 1220.

40 Nesse sentido é também o entendimento de Costa Andrade, 1984: 619.

41 Costa Andrade, 2012: 1221.

42 As clássicas excludentes (legítima defesa, direito de necessidade, exercício regular de um direito etc.) não esgotam, nessa área, as possibilidades de justificação. Figueiredo Dias, 2011: 460-461.

invocam-se, aqui, novas causas⁴³, como adequação social, ponderação de bens ou interesses⁴⁴, salvaguarda de interesses legítimos⁴⁵ e situação-de-quase-legítima defesa⁴⁶); por uma dispersão doutrinal e, em menor escala, jurisprudencial quanto ao enquadramento dogmático de um grupo de ilícitos típicos ou de casos concretos de justificação (“o que uns justificam como legítima defesa fazem-no outros a coberto do direito de necessidade, da adequação social, da situação-de-quase-legítima defesa, etc.”⁴⁷), e por uma necessidade de aplicar as clássicas causas de justificação a novas expressões de comportamento penalmente relevante, e não aos tradicionais ilícitos típicos de homicídio, ofensas corporais, etc.

Refletidas na jurisprudência e na doutrina, há situações como as gravações efetuadas pela vítima de crimes de extorsão, coação, injúria, das conversas entabuladas com o agente; ou por receptores de propostas de corrupção; ou, ainda, preordenadas para contrariarem previsíveis comportamentos processualmente fraudulentos e ilícitos, que revelam em comum o comportamento ilícito (ou no mínimo eticamente censurável) da pessoa cuja palavra é gravada. Nesses casos, inobstante a dispersão quanto ao enquadramento dogmático da causa específica de justificação⁴⁸, impera o consenso entre a doutrina e a jurisprudência “de que o autor dessas gravações não deve ser criminalmente sancionado”⁴⁹.

Diante desse quadro, antes de recorrermos a novas excludentes de ilicitude, devemos explorar todas as virtualidades das causas já existentes. Assim, evidenciam-se, em sede de enquadramento doutrinário da exclusão da

43 O crime de gravações ilícitas constitui-se numa das incriminações mais estritamente associadas a tentativas doutrinárias e jurisprudenciais de afirmação de novos princípios e critérios de redução teleológica ou justificação. Costa Andrade, 2006: 243.

44 Costa Andrade, 2006: 258. Esse critério parece ter sido adotado no Acórdão da Relação de Coimbra de 15-01-1997, Relator: Oliveira Santos.

45 Para estudo aprofundado, vide Roxin, 2008-A: 779-787.

46 O conceito foi cunhado e introduzido por Larenz, em 1957; consagrado pelo BGH, em 1958; e desenvolvido detalhadamente por SUPPERT. Costa Andrade, 2006: 258-259.

47 Costa Andrade, 2012: 1222.

48 A maioria dos autores prefere “buscar em sede de (i)licitude a fundamentação sistemática da não punibilidade das gravações em causa”. Costa Andrade, 2006: 257.

49 Costa Andrade, 2006: 255.

responsabilidade penal, novos enfoques das tradicionais justificativas, como o “estado de necessidade defensivo”⁵⁰ e o “estado de necessidade probatório”⁵¹.

Entretentes, a qualificação da gravação não se comunica necessariamente ao momento seguinte da utilização, ou seja, a licitude da gravação não implica a admissibilidade de sua valoração, como uma espécie de correlação à regra da proibição das gravações penalmente ilícitas⁵², em razão da interpretação dualista que se deve dar ao artigo 199.º do CP. Segundo essa interpretação, a utilização da gravação sem o consentimento de quem de direito configura igualmente ilícito penal, ainda que, a seu tempo, as gravações tenham sido licitamente produzidas⁵³.

A valoração das gravações lícitas quando ausente o consentimento não é, contudo, inviável. Excluída a ilicitude penal da gravação, a existência e a extensão da proibição de valoração dessa gravação justificada estão diretamente associadas à configuração ou não de ilícito penal. A questão ganha relevo quando entre a gravação e a sua posterior utilização a situação alterou-se e não subsiste a justificação. Deixando de subsistir a excludente originária, há lugar para duas soluções distintas: a) a utilização da gravação não escapa à censura da ilicitude penal, e, como regra, não poderá ser valorada, sobrando a relativização da proibição mediante uma ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto, nomeadamente nos casos de criminalidade mais gravosa; b) sobrevém causa de justificação diversa a permitir a utilização da gravação (*v.g.* “estado de necessidade probatório”).

A encerrar esse ponto, registramos que, no nosso entender, todas as hipóteses de gravações, sejam lícitas ou ilícitas, comportarão, com maior ou menor amplitude, valoração como prova no processo penal mediante uma ponderação dos interesses em causa no caso concreto.

50 Costa Andrade, 2012: 1224. Compartilhamos do entendimento de Figueiredo Dias no que toca ao fundamento do estado de necessidade defensivo reconduzindo-o ao estado de necessidade justificante (interventivo, agressivo): “o de conferir prevalência, numa situação complexa de conflito de bens e interesses, ao interesse que, numa consideração global da situação concreta, deva representar-se como o de maior valor”. Assim, ambas as figuras devem ser submetidas, no essencial, à regulamentação do artigo 34.º do CP, sem se recorrer ao argumento de que o estado de necessidade defensivo constituiu-se em causa supralégal de justificação, como defendem alguns. Figueiredo Dias 2011: 463.

51 Costa Andrade, 2012: 1224.

52 Costa Andrade, 1984: 617-618.

53 Costa Andrade, 2012: 1209-1210.

2.2. A valoração das gravações feitas por particulares em colaboração aos órgãos persecutórios estatais

Quando estão em causa ações de particulares que atuam em colaboração ou sob a orientação dos órgãos estatais de persecução penal, o regime das proibições de produção e valoração de provas imposto aos órgãos estatais estende-se integralmente aos particulares.

Assim, no caso das gravações de áudio produzidas por privados em parceria com os órgãos persecutórios estatais, devemos ter em conta o regramento da interceptação das comunicações entre presentes, que constitui valioso meio de obtenção de prova e importante aliado no combate à criminalidade, mas que exige, em contrapartida, a restrição de direitos fundamentais do visado⁵⁴. Para sua efetivação, devem ser atendidos os requisitos legais comuns às escutas telefônicas, por força do disposto no artigo 189.º do CPP. Como o n.º 1 do artigo 189.º do CPP fala em “interceptação das comunicações entre presentes”, parecem excluídas da possibilidade de gravação as conversações do indivíduo consigo próprio, já que, nessa hipótese, não haveria “presentes” e nem mesmo comunicação.

Diante da extensão do regramento das escutas telefônicas às interceptações de conversações entre presentes, somente um determinado catálogo de delitos – previstos no artigo 187.º, n.ºs 1 e 2, do CPP (dentre os quais se inclui o crime de corrupção por ato ilícito) – admite o manejo desse meio de prova, mediante prévia autorização judicial e nos demais termos dos artigos 187.º e 188.º, ambos do CPP. Ainda, a Lei n.º 5/2002, que dispõe sobre medidas de combate à criminalidade organizada e econômico-financeira, prevê a possibilidade de registro de voz e imagem, sem consentimento do visado (artigo 6.º), em relação aos crimes elencados no artigo 1.º, onde se insere a corrupção ativa (artigo 1.º, n.º 1, e).

Para além disso, em razão da referida extensão o legislador parece ter descurado da referência expressa aos espaços físicos em que podem ocorrer as interceptações das conversações entre presentes: enquanto as conversações telefônicas se dão em espaço previamente delimitado, as conversações entre presentes podem ocorrer em qualquer espaço físico, inclusive no âmbito

54 Costa Andrade aborda as vantagens e a danosidade social dos métodos ocultos de investigação, incluindo-se as gravações não consentidas e ocultas de conversas entre presentes. Costa Andrade, 2009-b: 525-555.

domiciliar. Essa problemática não será aprofundada neste relatório⁵⁵, assim como não será a questão da delimitação do conteúdo do que é “essencial”, “intimidade” e “privacidade”⁵⁶, porquanto temas que dariam ensejo à elaboração de outro(s) relatório(s).

Não podemos deixar, contudo, de referir que em sendo as conversações entabuladas em espaços públicos e/ou acessíveis a outras pessoas, não há violação da intimidade ou privacidade dos interlocutores, na medida em que a livre opção pelo local público ou aberto ao público implica na ausência de controle do acesso à conversa. Nos lugares abertos ao público que ofereçam espaços privativos, entendemos que, com prévia autorização judicial, será possível a gravação de conversas entabuladas nesses locais⁵⁷, ante a normatividade do artigo 189.º, n.º 1, do CPP, e a ausência de regulação específica sobre a hipótese.

Por fim, fazemos referência (ainda que sintética) à utilização de particulares pelos órgãos estatais para, mediante engano ou indução do investigado em erro, obterem (e gravarem) a confissão da prática de delitos. Caso assim ocorreu na Alemanha⁵⁸, oportunidade em que o Pleno do *Bundesgerichtshof* (doravante, BGH – Supremo Tribunal Federal de Justiça Alemão) afirmou que a proibição que estabelece o § 136 *a*) do *Strafprozessordnung* (doravante, StPO – Código de Processo Penal Alemão) de que se utilize de engano para obter a autoincriminação, somente é aplicável quando os próprios agentes dos órgãos persecutórios estatais empreguem-no diretamente, e não quando um particular, ainda que seguindo instruções da polícia, entabule conversa com o investigado e consiga manifestações que o incriminem. Analisando o caso, Roxin sustenta

55 Nesse ponto, necessário o estudo do sistema alemão, onde as escutas em domicílios particulares são chamadas “grandes escutas” (*Großer Lauschangriff*). Roxin, 2008: 85 e ss. E as gravações de conversas entre presentes podem ter lugar dentro de casa, fala-se de “grande devassa” (*grosse Lauschangriff*); ou fora de casa (*kleine Lauschangriff*). Costa Andrade, 2009b: 535.

56 Sobre essa problemática, também revela-se imprescindível a análise da jurisprudência e da doutrina alemã. Acerca da teoria das esferas, dificilmente haverá uma área com proteção tão intensa e absoluta que se sobreponha a todos os demais valores da ordem jurídico-constitucional, não admitindo qualquer violação. Por outro lado, é difícil configurar cada uma das esferas como compartimentos estanques sem inter-relação. Correia, 1999b: 48 (nota 12).

57 Nesse aspecto, há caso ocorrido em Madrid, em 1994, referente à colocação de aparato de gravação dentro de casa de banho pública, onde ocorriam transações de tráfico de estupefacientes. O Supremo Tribunal decidiu que mesmo no espaço fechado, individual, de uma casa de banho, é possível a colocação de aparelhos para gravação de conversações, desde que precedida de autorização judicial. Muñoz Conde, 2007: 63.

58 No caso, a polícia fez com que um amigo íntimo chamasse por telefone o investigado e, por meio da conversa, obtivesse sua confissão acerca da participação em crime (o que poderia ter se dado mediante a gravação de uma conversa entre presentes). A conversa era ouvida pela polícia num segundo telefone.

que o princípio *nemo tenetur* não somente proíbe a coação para declarar, como também pretende proteger o imputado de uma autoincriminação induzida pelo Estado por meio de erro⁵⁹. Aprioristicamente, parece correta a posição de Roxin. Não obstante, tendo em conta as diferentes matizes que podem ser apresentadas num caso concreto, a solução parece perpassar sempre pela ponderação dos interesses envolvidos, à luz do princípio da proporcionalidade.

2.3. A peculiaridade de o autor da gravação (particular) ser advogado

O fato de o particular autor da gravação de áudio ser advogado agrega peculiaridade ao caso, suscitando algumas questões específicas no âmbito penal, processual penal e na seara administrativo-disciplinar, ante a normativa deontológica da Ordem dos Advogados, nomeadamente o disposto no artigo 87.º da Lei n.º 15/2005 (EOA) que dispõe sobre o segredo profissional⁶⁰.

No processo criminal instaurado para apuração do crime de corrupção no caso “Bragaparkes”, alegou-se violação de segredo profissional⁶¹ em razão de RSF ser mandatário da ação popular e pertencer a mesma sociedade profissional da advogada que patrocinava os interesses de DN na mesma ação. Entendemos que andaram bem os tribunais portugueses, assim como o Conselho Deontológico da Ordem dos Advogados – numa primeira decisão⁶², ao não reconhecerem esta violação⁶³ em específico.

59 Roxin *apud* Muñoz Conde, 2008: 34.

60 O Código Deontológico dos Advogados da Comunidade Europeia (CCBE) consagra, no princípio geral 2.3.1., que o “segredo profissional é reconhecido como o direito e o dever primeiro e fundamental do Advogado”. Dispõe, ainda, o CCBE que “(...) é da essência da missão do advogado que ele seja depositário de segredos do seu cliente e destinatário de informações confidenciais. Sem a garantia de confidencialidade não pode haver confiança. O segredo profissional é, assim, reconhecido como direito e o dever primeiro e fundamental do advogado (...). Além disso, o sigilo profissional tem tutela penal no artigo 195.º do CP.

61 A violação de segredo profissional foi alegada no processo criminal referente ao crime de corrupção, e no âmbito disciplinar no Processo n.º 1065/2006 e Apenso 36/2008 do Conselho de Deontologia de Lisboa da Ordem dos Advogados.

62 Decisão proferida na 4.ª Secção do Conselho de Deontologia de Lisboa, em 15-12-10, no Processo n.º 1065/2006 e Apenso 36/2008, em que foi determinado o arquivamento dos autos, por inexistência de infração disciplinar.

63 A questão ainda está em apreciação na Ordem dos Advogados de Lisboa, sendo que o Conselho Superior da Ordem, 3.ª Secção, em decisão proferida em 08-07-2011, nos autos do Processo n.º 160/2011-CS7R, julgou parcialmente procedente recurso interposto pela advogada RM contra a decisão proferida na 4.ª Secção do Conselho de Deontologia de Lisboa, em 15-12-10, no Processo n.º 1065/2006 e Apenso 36/2008, ordenando o prosseguimento do processo com o proferimento de despacho de acusação contra o arguido. Na acusação formalizada, atribui-se a RSF a violação culposa de inúmeros normativos legais, inviabilizando-se, aqui, a análise de cada uma das violações alegadas, sob pena de excessivo alargamento do âmbito da problemática do presente relatório.

Na hipótese, o conhecimento dos fatos da acusação pelo advogado RSF efetivamente não adveio do exercício da sua atividade profissional, e sim por ser irmão do político visado pelo ato de corrupção, o que o tornava intermediário privilegiado da proposta corruptiva. Dentre os argumentos que dão sustentabilidade a essa afirmação, tendo em conta os fatos dados como provados no processo, destacamos que o corruptor, em momento algum, propôs um acerto lícito acerca da ação popular (que demandaria a atuação profissional do particular), e suas reivindicações ultrapassavam as questões judiciais – que seriam da alçada do profissional –, já que o corruptor desejava uma manifestação pública do vereador quanto à regularidade dos negócios da sua empresa. Para além dessas questões angulares, poderíamos argumentar que se o corruptor efetivamente objetivasse tratar com os mandatários da ação popular (RSF não era o único), teria, por primeiro, solicitado a intervenção e intermediação da sua advogada (mas, pelo contrário, preferiu deixá-la alheia às tratativas com RSF); por segundo, teria marcado a reunião com todos os mandatários da ação popular, e não apenas com o irmão do político; e, por fim (até mesmo para sua própria precaução, fosse lícito o seu intento), teria marcado a reunião no escritório profissional do particular, em dia laboral, e não num domingo, num bar de hotel.

Não olvidamos que nem sempre se revela tarefa fácil a fixação da fronteira entre a vida privada e profissional do particular, mas não podemos concordar com a afirmação categórica de que a atividade profissional aniquila a vida privada do agente. No caso tratado, parece evidente que o fator determinante para que o corruptor contatasse com RSF foi seu grau de parentesco com JSF. Essa era a condição que o tornava intermediário qualificado da proposta de corrupção, e foi por essa mesma condição – da vida privada – que ele atuou como agente encoberto.

Situação diversa ocorre quando o particular estiver na atuação profissional. Nesses casos, para além da questão da violação de segredo profissional, as hipóteses de valoração de eventual gravação produzida serão drasticamente reduzidas⁶⁴. Em regra, aliás, será inviável a valoração de gravação produzida por

64 Nesse ponto merece referência o n.º 4 do artigo 87.º do EOA, que estabelece que “o advogado pode revelar factos abrangidos pelo segredo profissional, desde que tal seja absolutamente necessário para a defesa da dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio advogado ou do cliente ou seus representantes, mediante prévia autorização do presidente do conselho distrital respectivo, com recurso para o Bastonário, nos termos previstos no respectivo regulamento.” E o n.º 5 do normativo que dispõem que “os actos praticados pelo advogado com violação de segredo profissional não podem fazer prova em juízo.”

advogado, quer exclusivamente, quer em colaboração com os órgãos de persecução penal (*v. g.*, gravação de confissão de crime por um cliente). A impossibilidade de valoração não pode ser, contudo, peremptória: há sempre considerar a possibilidade de uma ponderação de bens e interesses, mormente nos casos em que imprescindíveis à salvaguarda de direitos fundamentais de outros indivíduos, quando em causa criminalidade gravíssima. Consideremos a hipótese de um advogado gravar o planejamento por seu cliente de ato terrorista que resultará a morte de várias pessoas. Nesse caso, para a salvaguarda da vida das pessoas, entendemos possível a utilização/valoração da gravação, ainda que ilicitamente obtida e com violação do segredo profissional.

Para finalizar, tendo em conta que a valoração das gravações de áudio produzidas por privados está diretamente vinculada à questão da sua (i)licitude, ponderamos que a presunção de amplo conhecimento jurídico do advogado (inclusive das condutas caracterizadoras de ilícitos penais e das respectivas causas de justificação) não é absoluta. Isso porque as normas jurídicas permitem, como regra, interpretações diversas – daí a existência de questões jurídicas com sérias divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Assim, uma determinada conduta pode ser interpretada por alguns como ilícita e, por outros, como justificada. Tal afirmação encontra eco no próprio caso “Bragaparkes”, em que o julgador de 1.º Grau considerou justificada a conduta do advogado, enquanto o TRL, apreciando os mesmos fatos, entendeu pela inexistência da excludente. Nesse contexto, não podemos confiar mais nas regras de experiência do que na averiguação do real-concreto: “a prova é particularística, sempre”⁶⁵. Embora as regras de experiência estejam colocadas no mesmo plano (e até mesmo antes), pelo CPP, em relação à livre apreciação da prova, o pilar principal, inegavelmente, é a livre convicção da entidade competente. Assim, não se pode afirmar de forma peremptória que um advogado (ou pessoa com comprovada formação jurídica) jamais poderá se equivocar, por exemplo, ao interpretar os limites – ou mesmo a incidência – de uma causa de justificação.

2.4. O efeito-à-distância da prova proibida

A questão do efeito-à-distância⁶⁶ das proibições de prova foi inicialmente tratada pelo direito norte-americano, no caso *Silverthorne Lumber Co. v. United*

65 Sousa Mendes, 2010.

66 A expressão “efeito-à-distância” consiste na tradução portuguesa consagrada da palavra alemã *Fernwirkung*. Correia, 1999-A: 137; Sousa Mendes, 2013. Também denominado de tele-efeito ou efeito remoto. Morão, 2006: 576.

*States*⁶⁷, em 1920, por meio da conhecida *fruit of the poisonous tree doctrine*⁶⁸, onde se fixou que o vício da prova proibida primária propaga-se aos seus frutos, determinando a impossibilidade de utilização e valoração das provas secundárias⁶⁹.

O efeito remoto das proibições de prova não é, contudo, absoluto, admitindo exceções (consagradas paralelamente à sua criação e evolução⁷⁰), dentre as quais se destacam: (1) a *independent source exception* (exceção da fonte independente)⁷¹ – consagrada no caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*⁷², consoante a qual sempre que a prova secundária puder ser obtida por via autônoma e legal, independentemente da prova originária viciada, ela poderá ser admitida no processo penal⁷³; (2) a *attenuated connection* (conexão atenuada), afirmada no caso *Nardone v. United States*⁷⁴, segundo a qual as provas derivadas poderão ser admitidas no processo penal se a conexão entre as provas tiver tornado-se tão atenuada que tenha possibilitado dissipar a mácula, o vício⁷⁵; (3) a exceção *but for* (“a não ser”), originada do caso *Wong Sun v. United States*⁷⁶, a qual dispõe que não basta sustentar que todas as provas são frutos da árvore envenenada simplesmente porque não teriam sido descobertas não fosse as ações ilegais

67 251 U.S. 385, 40 S.Ct. 182, 64 L.Ed. 319 (1920). O caso envolve sonegação do pagamento de tributos federais pela sociedade comercial *Silverthorne Lumber*. No combate à fraude, agentes federais teriam apreendido, de forma ilegal, documentos nas instalações da empresa. A Suprema Corte decidiu que o conhecimento obtido pelo Estado, por meios ilícitos, não pode ser, por si, utilizado da maneira pretendida. O termo “frutos da árvore envenenada” foi utilizado, contudo, pela primeira vez, no caso *Nardone v. United States*, em 1939. Kamisar, 2002: 764.

68 Também conhecida como *taint doctrine* (doutrina da mácula). Sua equivalente germânica é denominada *Makel Theorie* (teoria da mácula).

69 Costa Andrade, 1984: 581-582; Costa Andrade, 2006: 170-171; Morão, 2006: 577.

70 Morão, 2006: 577; Sousa Mendes, 2013.

71 A exceção da fonte independente foi reafirmada no caso *Murray v. United States*, de 1988 – 487 U.S. 533, 108 S.Ct. 2529, 101 L.Ed.2d 472 (1988). Sousa Mendes, 2013; Thaman, 2011: 696.

72 251 U.S. 385. (1920). Thaman, 2011: 695.

73 LaFave, 2004 (vol. 6): 261; LaFave *apud* Sousa Mendes, 2013.

74 308 U.S. 338, 60 S.Ct. 266, 84 L.Ed. 307 (1939). Sousa Mendes, 2013; Thaman, 2011: 696.

75 LaFave, 2004 (vol. 6): 256; LaFave *apud* Sousa Mendes, 2013.

76 371 U.S. 471, 83 S.Ct. 407, 9 L.Ed.2d 441 (1963). Nesse caso, o arguido confessou os fatos após uma detenção ilegal, mas só o fez depois de ter sido posto em liberdade, tendo, na sequência, regressado voluntariamente à esquadra para confessar o crime. Diante dessa confissão, o Supremo Tribunal dos EUA decidiu que ela não estava contaminada pela prévia detenção ilegal, embora tenha reconhecido que *Wong Sun* não teria confessado os fatos se não tivesse sido detido. LaFave, 2004 (vol. 6): 258; LaFave *apud* Sousa Mendes, 2013.

da polícia⁷⁷; (4) a *inevitable discovery exception* (descoberta inevitável), fixada no caso *Nix v. Williams*⁷⁸, que trata de uma variação da “fonte independente”, diferindo desta na medida em que não exige que os órgãos de polícia tenham, de fato, “obtido as provas também através de uma fonte autónoma e legal, mas apenas que tivessem podido, hipoteticamente, fazê-lo, como foi esclarecido no caso *State v. Boll*, de 2002”⁷⁹; (5) a *good faith exception* (exceção da boa-fé), assente nos casos *United States v. Leon* (1984)⁸⁰, *Massachusetts v. Sheppard* (1984)⁸¹, *O.J. Simpson* (1994)⁸² e *Herring v. United States* (2009)⁸³, conforme a qual a prova supostamente ilícita é considerada legítima e válida quando o agente policial responsável pela sua obtenção tenha agido de boa fé, acreditando equivocadamente que o seu agir estava respaldado pela lei⁸⁴.

Na jurisprudência portuguesa, o efeito remoto foi reconhecido pela primeira vez, em 1993, pelo Tribunal Judicial de Oeiras (Sentença do 3.º Juízo, de 05-03-1993, Proc. n.º 777/91, 2.ª Secção), sendo, a partir de então, consagrado em vários julgados, bem como a necessidade de se lhe impor restrições. Ambas as questões foram analisadas pelo Tribunal Constitucional, merecendo referência o conhecido Acórdão n.º 198/2004, de 24-03-2004 (Moura Ramos), cujo entendimento foi confirmado na Decisão Sumária do TC n.º 13/2008, de 11-01-2008⁸⁵.

77 LaFave, 2004 (vol. 6): 258; LaFave *apud* Sousa Mendes, 2013.

78 467 U.S. 431, 104 S.Ct. 2501, 81 L.Ed.2d 377 (1984).

79 Sousa Mendes, 2013. A jurisprudência tem fixado limites à exceção da ‘descoberta inevitável’, sendo que, no próprio caso *Nix v. Williams*, a Suprema Corte dos EUA estabeleceu que a exceção só teria aplicabilidade se a acusação demonstrasse, com grau de probabilidade superior a 50% (*preponderance of the evidence*), que a informação teria sido inevitavelmente descoberta por meios legais. Sousa Mendes, 2013.

80 468 US 897 at 918-25. Thaman, 2011: 696.

81 Anyfantis, 2008: 86.

82 Anyfantis, 2008: 87; Ávila, 2007: 155-160.

83 000 U.S. 07-513. Na decisão proferida em 14-01-2009, aprovada com cinco votos, com a discordância de quatro. Gomes de Sousa, 2010: 29.

84 Stephen C. Thaman elenca, ainda, como exceção a *exigent circumstances* (*Danger in Delay*), a qual, segundo o autor, é universalmente reconhecida (prevista, inclusive, nas Constituições Alemã e Italiana), alertando que ela pode ser facilmente abusada, razão pela qual se deve buscar limitar a sua utilização como forma de prevenir sua manipulação. Para estudo detalhado: Thaman, 2011: 709-710. Na Alemanha, a doutrina maioritária aceita “a ideia dos ‘percursos de investigação hipotéticos’ (*hypothetische Ermittlungsverläufe*) como limitação do efeito-à-distância (*Fernwirkung*)”, havendo casos de reconhecimento na jurisprudência. Sousa Mendes, 2013.

85 Sousa Mendes, 2013.

No que toca à base legal do efeito-à-distância das proibições de prova no direito português, Helena Morão entende desnecessário o recurso à norma do art. 122.º, n.º 1, do CPP, bastando o fundamento constitucional consagrado no art. 32.º, n.º 8, da CRP⁸⁶. Nessa linha é o entendimento atualizado de Paulo de Sousa Mendes, que em escritos anteriores amparava o efeito-à-distância das proibições de prova no art. 122.º, n.º 1, do CPP, sustentando atualmente que esse dispositivo pode servir de argumento *a fortiori*, pois reconhecendo o tele-efeito das nulidades processuais quando está em causa, por exemplo, a violação de formalidades de prova, com mais razão deve assim proceder quando houver violação de direitos de liberdade⁸⁷.

3. A VALORAÇÃO DAS GRAVAÇÕES AUDIOVISUAIS CAPTADAS POR PARTICULARES NO DIREITO COMPARADO

3.1. Estados Unidos da América

Na temática das proibições de prova, o sistema estadunidense é de referência obrigatória, seja porque as regras de exclusão lá tiveram origem, seja porque têm influenciado a jurisprudência e a legislação de vários outros países⁸⁸.

As *exclusionary rules*, na medida em que se apóiam em precedentes, próprios do sistema da *common law*, são decorrentes de construções jurisprudenciais da Suprema Corte Americana a partir de casos concretos (*judge male rule*), em razão de atuações policiais irregulares violadoras das Emendas (ou Aditamentos, na melhor tradução) à Constituição IV, V, VI e XIV. Possuem, portanto, carácter fragmentário, sem regulação legal específica⁸⁹.

A regra de exclusão originou-se a partir da Quarta Emenda, criando um sistema de proteção à privacidade das pessoas contra as intromissões ilegítimas e abusivas do Estado nas atividades de investigação e perseguição de crimes. A verdadeira aparição⁹⁰ da regra de exclusão ocorreu em 1914, no caso *Weeks*

86 Morão, 2006: 596-601.

87 Sousa Mendes, 2013.

88 Ávila, 2007: 132.

89 Kamisar, 2002: 801-803. Vide, também, Thaman, 2011: 695.

90 O preceito da aludida Emenda foi pouco explorado até 1886, quando, no caso *Boyd v. United States*, a Suprema Corte afirmou que o exame forçado de papéis relacionados com a prática de crime violava a 4.ª Emenda e que, por isso, não podiam ser admitidos como prova. Contudo, em 1904, no caso *Adams v. New York*, a Corte Suprema deixou de aplicar o precedente *Boyd* e reafirmou a admissibilidade dos meios de prova sem averiguação da forma de sua obtenção. Ávila, 2007: 135.

v. United States. Tratava-se de procedimento penal, em curso perante tribunal federal de 1.^a instância (*District Court*), no qual agentes da polícia federal e estadual, em cooperação, haviam interceptado a correpondência e outros documentos do investigado, sem autorização judicial. O tribunal entendeu que houve violação à Quarta Emenda e, por isso, os documentos não poderiam ser utilizados, devendo ser excluídos. Não obstante, estendeu a regra de exclusão apenas aos agentes federais, deixando o regramento das condutas dos agentes estaduais à legislação correlata⁹¹, criando, assim, a ironicamente conhecida “teoria da bandeja de prata” (*silver plate doctrine*). Restava, assim, possível a admissão, em juízos federais, das provas obtidas por agentes estaduais em violação à Décima Quarta Emenda, caso não houvesse previsão da regra de exclusão na legislação estadual – na medida em que não estariam obrigados a respeitar a legislação federal⁹².

A plena incidência da regra de exclusão aos Estados Federados ocorreu no caso *Mapp v. Ohio* (1961)⁹³, em que a Suprema Corte afirmou que a prova ilícita obtida por agentes federais ou estaduais era invariavelmente inadmissível, elevando a regra de exclusão ao nível constitucional, apesar de não estar expressamente prevista na Lei Maior. A partir daí, a Suprema Corte passou a estender a regra de exclusão às lesões à Quinta⁹⁴ e à Sexta⁹⁵ Emendas.

Do exposto, extraímos que as regras de exclusão possuem uma finalidade precípua preventiva em relação à atividade investigativa dos órgãos oficiais de

91 A exceção do Estado Federado de Iowa, que foi o primeiro a criar uma regra de exclusão, os demais não possuíam vedações à admissão das provas ilícitas. Ávila, 2007: 136.

92 Há outras decisões importantes a partir do precedente *Weeks*: o caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (1920), que estendeu a proteção da Quarta Emenda às pessoas jurídicas e desencadeou a criação da *fruit of the poisonous tree doctrine*; o caso *Amos v. United States* (1921), que ampliou a inadmissibilidade dos documentos apreendidos para, também, objetos apreendidos ilícitamente; o caso *Byars v. United States* (1927), em que houve mitigação (embora ainda não revogação) dos efeitos da “teoria da bandeja de prata”, afirmando que quando os agentes estaduais são executores materiais de ações dirigidas por agentes federais, a eles se aplica a regra de exclusão; o caso *Wolf v. Colorado* (1949), que marca a transição da Corte à tendência de estender a regra para os Estados; e o caso *Elkins v. United States*, em que houve a revogação da “teoria da bandeja de prata” pela Corte Suprema. Ávila, 2007: 136-139. Para uma análise sistêmica das diversas decisões da Suprema Corte nessa área, vide Kamisar, 2002.

93 Kamisar, 2003: 121; Ávila, 2007: 140.

94 O destacado desenvolvimento da regra de exclusão na Quinta Emenda deu-se com o caso *Miranda v. Arizona* – 384 US 436 (1966). Cf. Thaman, 2011: 695 e 711-713.

95 No que se refere à Sexta Emenda, no caso *Gideon v. Wainwright* (1963), a Corte Suprema decidiu a necessidade de incorporação dessa emenda (direito à assistência por advogado) aos Estados Federados, por meio da Décima Quarta Emenda (garantia do devido processo), estabelecendo-se, assim, a obrigatoriedade de os Estados disponibilizarem advogado dativo aos acusados pobres.

persecução, e um efeito dissuasor (o *deterrence effect*), já que visam desencorajar condutas policiais ilícitas na obtenção de provas⁹⁶, sob pena de imprestabilidade do elemento de prova colhido em afronta às regras aplicáveis. Para além disso, afirma-se o imperativo da integridade judicial⁹⁷ (os tribunais não podem se tornar cúmplices da desobediência da Constituição).

Em razão dos seus fins de disciplina, as regras de exclusão dirigem-se aos órgãos estatais de persecução penal, e não aos particulares. Nesse tocante, merece referência o caso *Burdeau v. McDowell*⁹⁸, de 1921, em que o tribunal afirmou que a *exclusionary rule* não se aplicava a particulares que tivessem logrado obter a prova.

Em transposição, no caso “Bragaparkes”, a gravação inicial procedida por RSF seria valorada como prova no processo penal pelos tribunais americanos, já que adquirida de forma autônoma por um particular.

3.2. Alemanha

No direito alemão, as proibições de prova (*Beweisverbote*) são alicerçadas a partir de direitos individuais de índole material, presentes na *Grundgesetz* (doravante GG – Constituição da República Federal Alemã) de 1949, notadamente a intangibilidade da dignidade do homem (artigo 1.º), o livre desenvolvimento da personalidade (artigo 2.º), o sigilo das correspondências e comunicações (artigo 10.º), e a inviolabilidade do domicílio (artigo 13.º). Assim, priorizam a vertente substantiva dos direitos fundamentais, de modo que outras finalidades, como a lisura da atuação dos órgãos de persecução, são apenas indiretamente reguladas, de forma complementar.

Em razão da sua finalidade primordial, as *Beweisverbote* possuem leque amplo de destinatários, não se limitando às instâncias formais de controle, e abrangendo, também, os particulares. O BGH já decidiu que as proibições de prova alemãs vinculam o Estado e qualquer pessoa no domínio do tráfico jurídico privado⁹⁹.

96 Kamisar, 2003: 121; Gomes de Sousa, 2010: 27; Mendroni, 2010: 145.

97 Mendroni, 2010: 145; Gomes de Sousa, 2010: 27.

98 Nesse caso, *Joseph A. Burdeau* apossou-se de livros e documentos de *J. C. McDowell*, mediante invasão do seu escritório particular, violação de cofres privados e, bem assim, de gavetas de secretária trancadas, tendo-os entregue às autoridades estatais.

99 Costa Andrade, 2006: 141. Destacamos que os julgados do BGH que persistem como *leading cases* em matéria de proibições de prova – o *caso do gravador* e o *primeiro caso do diário* (decidido a 21 de Fevereiro de 1964) recaíram sobre provas obtidas por particulares. No mesmo sentido a decisão do BGH

O sistema processual penal alemão, concretizando a Constituição Federal, estabelece uma regulamentação sistemática das proibições de prova, destacando-se o artigo 136.º a) do StPO, que trata diretamente dos “métodos proibidos de prova”, prevendo um patamar jurídico mínimo de garantia contra violações às liberdades individuais.

Na doutrina alemã, é cada vez mais aceita a distinção formal entre *proibições de produção de provas (Beweiserhebungsverbote)*¹⁰⁰ e *proibições de valoração de provas (Beweisverwertungsverbote)*¹⁰¹. Dessa diferenciação emerge a conclusão de que a violação de uma proibição de prova, embora indique, não implica, forçosamente, a proibição de utilização dessa prova. Daí decorre o denominado princípio de abstração ou separação¹⁰², que, por sua vez, dá lugar à distinção entre proibições de utilização de prova dependentes e independentes: as primeiras decorrem do descato de uma proibição de produção de prova; já as segundas originam-se de uma violação direta e objetiva de normas constitucionais, de forma independente¹⁰³.

No que respeita às proibições de valoração da prova, para além das expressamente previstas no StPO, existem proibições de utilização de provas em leis especiais, e também não-expressas em lei, as quais se baseiam numa fundamentação material que remete à indagação do objeto das proibições de prova¹⁰⁴.

de 31.01.1973 (caso em que um casal gravou secretamente uma conversa com um terceiro, na qual restava evidenciada uma fraude fiscal, tendo posteriormente entregue a gravação às autoridades), que permitiu ao Tribunal a elaboração da *teoria dos três graus* ou *três esferas*. Costa Andrade, 2006: 155 e ss.

100 Alguns limites legais impõem-se à livre obtenção de provas, sendo consideradas inadmissíveis: a) determinados temas de prova (*die Beweismaterverbote*); b) certos meios de prova (*die Beweismittelverbote*); certos métodos de obtenção de prova (*die Beweismethodenverbote*); e d) provas produzidas sem autorização da autoridade competente (*die relativen Beweisverbote*). Roxin, 2012: 167-168.

101 Gössel, 1992: 399; Roxin, 2012: 167-173; Ambos; Lima, 2009: 85. A necessidade dessa distinção é defendida, dentre outros, por Amelung *apud* Costa Andrade, 1992: 145, nota 24, que sustenta que o Estado “veria a sua pretensão punitiva posta em perigo ou mesmo pura e simplesmente precluída sempre que, em nome da proibição da valoração, se lhe pudesse retirar das mãos um meio de prova de que poderia prevalecer-se para condenar um delinquente”. E, assim, “ao mal já produzido pela irregularidade processual acrescer-se-ia “um novo mal, agora pela via da proibição de valoração e que acabaria por atingir a comunidade”. Frise-se, ainda, que, enquanto a maioria da doutrina utiliza os termos valoração e utilização como sinónimos, Mata-Mouros refere que no direito alemão há proibições de produção de prova, de valoração de prova e de utilização de prova, distinguindo as proibições de valoração das proibições de utilização. Mata-Mouros, 2011: 309.

102 Jäger *apud* Ambos; Lima, 2009: 87.

103 Ambos; Lima, 2009: 87.

104 Em relação a esse ponto, várias teorias disputam a solução correta à problemática. Destacam-se, aqui, a teoria do âmbito ou círculo de direitos (*Rechtskreistheorie*), a doutrina do fim de proteção da norma (*Schutzzwecklehre*), e a teoria da ponderação (*Abwägungslehre*). V. Ambos; Lima, 2009: 102-109; Mata-Mouros, 2011: 308-370.

Tendo em conta o caso concreto objeto de estudo, a primeira consignação a ser feita é que, no direito germânico, os particulares estão vinculados ao regime das *Beweisverbote* (proibições de prova). A segunda, é que a codificação penal germânica tipifica a violação do direito à palavra reconduzido à sua confidencialidade, nos termos do § 201. Assim, a valoração das gravações de áudio produzidas por particulares dá-se com base na disciplina das proibições de valoração de prova do processo penal alemão, com a possibilidade da incidência da teoria da ponderação, num sopesamento das circunstâncias e interesses do caso concreto, incluindo-se o interesse persecutório estatal.

Com efeito, na esteira dos ensinamentos de Gössel, quer no que toca às proibições de prova atinentes à área da investigação relacionada com os atentados aos direitos fundamentais, ou às violações dos princípios fundamentais do processo, ou, ainda, às infrações dos demais preceitos que regulam a produção da prova, “é fundamentalmente a ponderação entre os interesses comunitários da perseguição penal e os interesses do arguido” que decide sobre a existência de uma proibição de valoração da prova, exceto se esta já é expressamente ditada pela própria lei, como ocorre, por exemplo, no caso do n.º 3 do § 136 *a*) da StPO. Procura-se determinar a gravidade da violação ou ainda apelar à ponderação como critérios complementares das proibições de valoração probatória¹⁰⁵.

Em resumo, no direito alemão, a valoração da prova acaba por depender da ponderação a fazer entre o sacrifício do bem jurídico do particular e o interesse público na perseguição penal. Assim, no caso “Bragaparques”, a decisão acerca da possibilidade (ou não) de valoração da prova produzida exclusivamente pelo particular perpassaria pela ponderação dos interesses envolvidos na situação.

3.3. Espanha

A Constituição Espanhola reconhece, no seu artigo 18.1, os direitos fundamentais à intimidade¹⁰⁶, à honra e à própria imagem. O CP espanhol, no artigo 197.1, tipifica a conduta de quem, “para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales” (inciso 1.º), “o intercepta sus telecomunicaciones o utilice artificios

105 Gössel, 1992: 410.

106 O direito à intimidade, enquanto bem jurídico independente, não tinha sido objeto de tutela jurídica por parte dos Códigos Penais anteriores à reforma do CP espanhol de 1995 (Lei Orgânica 10/1995).

técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación” (inciso 2.º)¹⁰⁷. Diante do normativo legal, a doutrina espanhola majoritária entende, como regra, que a gravação de som ou imagem que viole a intimidade ou desvende segredos de outro, ainda que procedida por um dos protagonistas ou intervenientes no fato, caracteriza o crime¹⁰⁸.

No que concerne à valoração de provas produzidas com violação a direitos fundamentais, o artigo 11.1 da Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) dispõe que não surtirão efeito as provas obtidas, direta ou indiretamente, com violação aos direitos ou liberdades fundamentais. A disposição não estabelece os critérios a serem seguidos quando, na obtenção do material probatório, incorre-se numa atuação ilícita distinta da vulneração de um direito fundamental, o que gera problemas¹⁰⁹. Essa proibição geral admite exceções, como a da fonte independente, do descobrimento inevitável e da boa-fé¹¹⁰. Além disso, não é aplicável de forma tão contundente, havendo parcela da doutrina espanhola que se inclina pela possibilidade de valoração da prova colhida mediante violação de um direito fundamental¹¹¹.

Não há, portanto, entendimento pacífico ou uniforme acerca das hipóteses de admissibilidade de valoração das gravações audiovisuais produzidas por particulares como prova no processo penal. Contudo, Muñoz Conde defende que se deve partir da tese da proibição de valoração da gravação obtida com violação do direito fundamental à intimidade, que configura infração penal. A despeito da tese de partida, considera que em casos excepcionais a gravação audiovisual produzida por particular pode ser utilizada e valorada no processo penal, nomeadamente quando o particular que realiza a gravação é vítima de um delito ou está atuando, ainda que fortuitamente, em benefício do ofendido. Nesses casos, a conduta estará amparada por uma causa de justificação, como estado de necessidade ou exercício regular de um direito, o que excluirá a ilicitude do crime de gravação ilegal¹¹². Parece certo que, nessas hipóteses,

107 Jorge Barreiro, 2002: 99-131.

108 Muñoz Conde, 2007: 73.

109 Aguilera Morales, 2008: 92 e 99.

110 Aguilera Morales, 2008: 100-105.

111 Muñoz Conde, 2007: 37

112 Muñoz Conde, 2007: 77.

deverá ser comprovada a autenticidade da gravação audiovisual produzida pelo particular e ela deve ser submetida ao contraditório, de modo a que possa ser valorada pelo julgador.

Assim, transpondo o caso “Bragaparkes” ao regramento jurídico espanhol, a gravação produzida exclusivamente pelo particular RSF poderia ser valorada como prova no processo penal, caso excluída a ilicitude penal da sua conduta, já que o particular efetuou a gravação atuando em benefício do agente visado por ato corruptivo, e objetivava a proteção de bens jurídicos próprio e do Estado, para além da responsabilização criminal do corruptor.

3.4. Brasil

A vedação probatória no Brasil vem consagrada no artigo 5.º, inciso LVI, da Constituição Federal (doravante, CF), que estabelece a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meio ilícito¹¹³. Assim, as provas obtidas com violação ao ordenamento jurídico não podem ingressar no processo; se, todavia, forem incorporadas aos autos, não poderão ser valoradas pelo julgador.

No âmbito infraconstitucional, a Lei 11.690/2008 deu nova redação ao artigo 157.º do CPP. O legislador ordinário não disciplinou, todavia, detalhadamente os métodos proibidos de prova, obrigando o julgador, quando da análise da admissão e valoração das provas, a verificar toda a legislação pertinente para concluir se foram ou não obtidas com violação de direitos, liberdades e garantias fundamentais previstas em normas constitucionais ou legais, consubstanciando prova ilícita¹¹⁴.

Embora o *caput* do artigo 157.º do CPP forneça a conceituação do que sejam provas ilícitas (“as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”), na doutrina não há consenso sobre a sua exata definição¹¹⁵. Além disso, a definição legal não parece ter sido a melhor, na medida em que olvida a distinção

113 O Supremo Tribunal Federal tem dado aplicabilidade ao preceito constitucional. Nesse sentido: RHC 90.376/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 17.05.2007. Esta norma constitucional visa a proteção de direitos fundamentais, razão pela qual o entendimento majoritário é que se dirige tanto aos órgãos de persecução penal como aos particulares. Silva, B. 2010: 105.

114 Sousa Mendes, 2013.

115 Alguns autores utilizam-se de expressões como provas proibidas, prova ilegal, prova ilegalmente obtida, prova ilicitamente obtida. SILVA, C. 2010: 13. Numa tentativa de conceituação: prova ilícita, em sentido estrito, é “a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade.” Grinover; Fernandes & Gomes Filho, 2011: 127.

estabelecida por Pietro Nuvolone entre provas ilícitas e ilegítimas¹¹⁶ (acolhida pela maioria da doutrina brasileira¹¹⁷), fazendo crer, equivocadamente, que as violações de normas processuais acarretam igualmente ilicitude da prova, devendo ser desentranhadas do processo. No entanto, o descumprimento da lei processual penal conduz à nulidade do ato de formação da prova, impondo a necessidade de sua renovação (artigo 573.º, *caput*, do CPP), diversamente da prova ilícita, em que há vedação absoluta do seu ingresso no processo penal e, conseqüentemente, da sua renovação e valoração pelo julgador. As disposições introduzidas nos §§ 1.º e 2.º do artigo 157.º do CPP, referentes à extensão dos efeitos da ilicitude da prova, são igualmente criticadas pela doutrina¹¹⁸.

Há várias correntes doutrinárias em matéria de provas ilícitas: uma, amplamente minoritária, defende a admissibilidade da prova ilícita com a consequente responsabilização de quem a obteve ilegalmente¹¹⁹; outra, em sentido oposto, sustenta a total inadmissibilidade das provas ilícitas (norma de exclusão); e, ainda, há a que admite a prova ilícita em situações excepcionais, diante de um juízo concreto de proporcionalidade e ponderação de bens e interesses envolvidos no caso concreto¹²⁰.

Quanto à admissibilidade e valoração processual das gravações de áudio produzidas por particulares, o CP brasileiro não prevê tipo penal que incrimine

116 Consoante distinção de Pietro Nuvolone, as provas ilícitas consubstanciam violação a normas ou princípios de direito material, sobretudo de normas constitucionais; enquanto as ilegítimas infringem normas processuais penais. Outra diferença entre os dois tipos de prova diz com o momento em que se configura a ilegalidade: nas provas ilícitas ocorre quando da sua obtenção, fora do processo; nas ilegítimas na fase de produção, dentro do processo. Além disso, é diversa a consequência das ilegalidades, na medida em que as ilícitas são inadmissíveis no processo (não podem ingressar e, se isso ocorrer, devem ser desentranhadas); e as ilegítimas são nulas, podendo a sua produção ser renovada, atendendo-se às regras processuais pertinentes. Gomes Filho, 2010: 393. Avólio, 2012: 43. Soares, 2011: 50. Ambos & Lima, 2009: 130.

117 Em sentido diverso, Nucci estabelece classificação própria: as provas ilícitas seriam o gênero, que englobaria as provas ilegais (quando há violação da norma penal), e as ilegítimas (quando restam violadas normas processuais penais). Nucci, 2011: 34.

118 Gomes Filho, 2010: 393; Sousa Mendes, 2013. Há quem defenda que as provas derivadas das ilícitas poderão ser utilizadas no processo, desde que observado o princípio da proporcionalidade. Essa é a posição de SILVA, 2010: 25

119 Baseia-se na teoria *male captum, bene retentum* – expressão utilizada por CORDERO *apud* SOARES, 2011: 55. Essa posição é adotada por Pedrosa *apud* Anyfantis, 2008: 64.

120 Essa corrente é muito bem aceita na jurisprudência brasileira – Soares, 2011: 58. E também na doutrina: há quem defenda que a aplicação do princípio pode se dar somente em favor do réu, e os que admitem ainda *pro societate*. Filiam-se à corrente intermediária: Nelson Nery Jr., Vicente Greco Filho, José Carlos Barbosa Moreira – Soares, 2011: 57-62.

a gravação – e posterior utilização – da palavra ou imagem, de forma similar ao previsto na legislação penal portuguesa.

No Brasil, diferenciam-se interceptações, escutas e gravações telefônicas ou ambientais¹²¹, entendendo-se que nas hipóteses de gravações telefônicas ou ambientais produzidas por um dos interlocutores ou por um terceiro, mas com o conhecimento e consentimento de um deles (as chamadas gravações clandestinas), a prova é lícita podendo conseqüentemente ser valorada no processo penal¹²². A divulgação da gravação somente será ilícita quando constituir o crime de divulgação de segredo (artigo 153.º do CP) e desde que não haja justa causa a descaracterizar a ilicitude¹²³. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal assentou, em diversos julgados¹²⁴, a licitude da prova nos casos de gravação clandestina, desde que não haja causa legal específica de sigilo, nem reserva de conversação¹²⁵.

Sinteticamente, o Supremo Tribunal sustenta a licitude das referidas gravações sob o fundamento de que essas hipóteses não estariam cobertas pela garantia do sigilo das comunicações telefônicas (inciso XII do artigo 5.º da CF), mas inseridas no âmbito de proteção do artigo 5.º, X, da Lei Maior (que dispõe sobre a proteção da intimidade e da vida privada). Assim, se qualquer dos interlocutores pode, em depoimento pessoal ou como testemunha, revelar o conteúdo de sua conversa, não há como reconhecer a ilicitude da prova decorrente da gravação ambiental¹²⁶.

121 Grinover; Fernandes & Gomes Filho, 2011: 166.

122 Mendroni, 2010: 143.

123 Grinover; Fernandes & Gomes Filho, 2011: 188.

124 Nesse sentido as seguintes decisões do STF: Habeas Corpus (HC) 91.613/MG – 15/05/2012, Segunda Turma, Relator: Min. Gilmar Mendes; DJe 17/09/2012; AGR/AI 560.223/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 28.4.2011; RE 402.717/PR, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJe 12.2.2009; AGR/AI 578.858/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 27.8.2009; QO-RG RE 583.937/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, DJe 17.12.2009; HC 75.338/RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, Pleno, DJ 25.9.1998; AI 232.123-Agr/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; AI 503.617-Agr/PR, Rel. Min. Carlos Velloso; HC 74.678/SP, Rel. Min. Moreira Alves; STF – Questão de Ordem no Inquérito 2.116/RORAIMA, Relator Min. Marco Aurélio, 15/09/2011, Plenário, DJe 29/02/2012. Disponível em www.stf.gov.br.

125 Da mesma forma, assinalando a licitude da captação da comunicação telefônica realizada por terceiro com o conhecimento de apenas um dos interlocutores: STF: HC 74.678/SP, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 15.8.1997; HC 75.261/MG, Rel. Min. Octávio Gallotti, Primeira Turma, DJ 22.8.1997. Disponível em www.stf.gov.br.

126 Em trecho do voto proferido nos autos do RE 402.717 (Dje 13.2.2009), o Ministro Cezar Peluso afirma: “(...) aquele que revela conversa da qual foi partícipe, como emissor ou receptor, não intercepta, apenas dispõe do que também é seu e, portanto, não subtrai, como se fora terceiro, o sigilo à comunicação, a menos que esta seja recoberta por absoluta indisponibilidade legal proveniente de obrigação”. Disponível em www.stf.gov.br.

Em conclusão, analisando a problemática do caso “Bragaparkes” à luz do Direito brasileiro, a gravação produzida exclusivamente pelo particular RSF seria irrestritamente valorada como prova no processo penal.

4. A RELATIVIZAÇÃO DA PROIBIÇÃO DE VALORAÇÃO DAS PROVAS AUDIOVISUAIS OBTIDAS POR PARTICULARES

4.1. A ponderação de interesses à luz do princípio da proporcionalidade

Conforme já deixamos consignado, o direito penal português tipifica tanto a conduta de gravar a palavra como a utilização da gravação. Assim, para além da questão da (i)lícitude da gravação, para que ela possa ser valorada como prova no processo penal devemos ultrapassar a ilicitude da utilização processual da gravação.

A despeito de as gravações serem lícitas ou ilícitas, se inexistentes o consentimento do visado ou causa de justificação específica para a utilização da gravação, a possibilidade de valoração perpassa invariavelmente pela conhecida teoria da ponderação (*Abwägungslehre*), que, aplicando o princípio da proporcionalidade, concretiza o interesse prevalente no caso concreto.

A ponderação de interesses, denominada na doutrina norte-americana de *balancing*¹²⁷, consiste num método que visa estabelecer relações de prevalência relativa entre elementos que se interrelacionam, a partir de critérios formais e materiais postos ou pressupostos pelo sistema jurídico¹²⁸. Ponderam-se, portanto, bens, princípios ou interesses, conforme os elementos que se encontrem em conflito na situação concreta.

Em todo processo da ponderação deve ser observado o postulado da proporcionalidade em sua tríplice dimensão (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)¹²⁹. A proporcionalidade deve guiar o aplicador do direito, de modo que se tenha a máxima realização dos interesses em causa, com o menor sacrifício possível de cada um deles.

Ao procedermos à ponderação, devemos verificar, num primeiro momento, a efetiva existência do conflito. Superada essa etapa, passamos à ponderação de interesses propriamente dita, onde se devem comprimir reciprocamente os interesses protegidos pelos princípios em disputa, objetivando obter um ponto

127 Novais, 2010: 645.

128 Binenbojm *apud* Barcellos, 2005: 109.

129 Barroso, 2006: 348.

ótimo, em que “a restrição a cada interesse seja a mínima indispensável à sua convivência com o outro”¹³⁰.

A despeito da teoria da ponderação de interesses ser amplamente adotada pela jurisprudência e defendida pela doutrina, várias críticas têm sido formuladas em seu desfavor¹³¹. Inobstante a procedência de algumas dessas críticas, a ponderação de interesses revela-se necessária e apresenta-se, ainda hoje, como a melhor técnica para a resolução de conflitos (de interesses), dada a coexistência de inúmeros direitos fundamentais e princípios constitucionais de igual importância e relevância, a exigirem as suas compatibilizações pelo julgador no caso concreto. Nas palavras de Jorge Reis Novais, “não há alternativa – ou, pelo menos não há alternativa preferível – à ponderação de interesses”¹³², quando está em causa a solução de conflitos ou colisões entre direitos fundamentais, rebatendo fundamentadamente as críticas formuladas¹³³.

Em sede de construção dogmática no âmbito do direito processual penal, nomeadamente na temática das proibições de prova, tem sido evidente a procura de soluções ancoradas na teoria da ponderação de interesses. Isso porque as proibições de prova constituem-se em instrumentos de defesa de direitos fundamentais individuais contra a atividade persecutória estatal. Logo, comumente contendem os interesses individuais e o da perseguição penal.

No âmbito do processo penal, a teoria da ponderação¹³⁴ parte da ideia de que a proibição de valoração de uma prova não pode estar pré-definida, antes pressupondo uma ponderação valorativa, a ser estabelecida diante do caso

130 Sarmiento *apud* Barroso, 2004: 102.

131 Dentre as principais críticas destacam-se: 1) há esvaziamento dos direitos fundamentais consagrados pelo ordenamento jurídico, na medida em que a ponderação de interesses torna-os relativos e subordinados a uma espécie de “reserva de ponderação” (entendimento sustentado por Peter Lerche, Richard Thoma e Hugo Black); 2) há inconsistência metodológica na ponderação de interesses, ante a ausência de critérios racionais e objetivos de decisão, possibilitando margem exagerada de discricionariedade ao julgador na escolha dos princípios prevalentes no caso concreto (posição de Friedrich Muller); 3) a ponderação de interesses transfere do legislador para o julgador o poder de realizar opções políticas em relação aos bens jurídicos e valores a serem prestigiados nas colisões entre princípios constitucionais, conferindo poder excessivo ao Judiciário, em detrimento do Legislativo (crítica de Jürgen Habermas). Sarmiento, 2005: 141-143. Para estudo aprofundado, v. Novais, 2010: 693-725.

132 Novais, 2010: 694.

133 As respostas não serão aprofundadas neste estudo. Para tanto, v. Novais, 2010: 693-816.

134 Dentre os defensores desta teoria encontram-se Rogall e Roxin, e na jurisprudência alemã encontram relevantes exemplos de aplicação dessa teoria. Mata-Mouros, 2011: 316. Roxin, 2012: 172-173.

concreto, entre o interesse individual e o da persecução penal¹³⁵. Aqui, as críticas à ponderação são reafirmadas, pondo-se em causa a sua correção axiológica-material e normativa, a adequação dogmática, a pertinência da fundamentação e enquadramento jurídico-constitucional, a falta de segurança jurídica e, especificamente, a condução à redução da possibilidade de proibição de valoração de prova nos crimes de especial gravidade¹³⁶.

Embora a contundência das críticas, entendemos que não podemos prescindir da ponderação, a qual não deve, contudo, ficar adstrita à gravidade do crime e ao bem jurídico violado com a obtenção da prova – reduzindo-se, por vezes, a uma comparação de penalidades do crime apurado e do praticado na obtenção da prova, como critica Muñoz Conde¹³⁷. Devemos considerar, na ponderação, todas as circunstâncias e interesses envolvidos no caso, mormente a condição de quem obteve a prova¹³⁸, os objetivos e interesses visados com a obtenção, e os bens que se pretendem salvaguardar com sua utilização no processo. Dessa forma, resta alargado o espectro de elementos relevantes a serem ponderados no caso concreto, o que pode conduzir a decisões com maior correção.

4.2. A valoração da prova no caso “Bragaparkes”

A análise do caso “Bragaparkes” restringiu-se aos dois processos criminais que interessavam diretamente à problemática proposta: o instaurado para apurar o crime de gravação ilícita (contra RSF), e o referente à averiguação do ilícito típico de corrupção ativa (em desfavor de DN). Cogitaremos a solução jurídica que entendemos mais adequada em cada um dos processos, examinando-os separadamente.

Diante do regime vertido no artigo 167.º do CPP (a admissibilidade de valoração processual da gravação perpassa pela questão da sua licitude/ilicitude material), começamos pela análise do processo criminal referente à gravação ilícita¹³⁹.

135 Rogall *apud* Mata-Mouros, 2011: 315.

136 Dentre os críticos destacam-se Grünwald, Hassemer, Wolter e Amelung. Mata-Mouros, 2011: 317.

137 Muñoz Conde, 2007: 77. Costa Andrade sustenta que, no que toca às gravações ilícitas, a gravidade do crime a perseguir não será, só por si e enquanto tal, razão bastante para legitimar a danosidade social da violação das proibições de prova. Costa Andrade, 1984: 616.

138 Há que se verificar a situação em que se encontra o particular que faz a gravação. Muñoz Conde, 2007: 77.

139 A denúncia não abrangeu a utilização da gravação.

Por primeiro, aderindo à construção dogmática da redução teleológica do tipo de sentido vitimodogmático¹⁴⁰, entendemos excluída a tipicidade da conduta do particular que efetuou a gravação. Com efeito, diante do que vimos dessa construção, ao utilizar o seu direito à palavra para a prática de crimes, o titular vê caducar o direito de proteção àquele bem jurídico, pois “o que se tutela com os direitos fundamentais é o desenvolvimento da personalidade e não a sua degradação”¹⁴¹. A despeito das críticas àquela construção, na hipótese das gravações ilícitas ela ganha relevo. Para além do exposto no ponto 2.2.2, recorremos, aqui, a uma linha argumentativa hermenêutica e filosófica: a aplicação do Direito já não se satisfaz com a subsunção e os silogismos próprios do positivismo jurídico; a interpretação/aplicação do Direito exige a ponderação de valores extrajurídicos, cumprindo o conceito de Direito na ideia do Direito, a qual “não pode ser outra a não ser a de justiça”¹⁴². No enfoque do caso concreto, não nos parece que a ideia do Direito seja a proteção da degradação do direito à palavra.

Para a hipótese de se considerar inviável a redução teleológica do tipo de sentido vitimodogmático, na horizontalidade do exposto no ponto 2.2.2 deste relatório, ousamos afirmar que a conduta do particular encontra justificação, com base na excludente do estado de necessidade defensivo¹⁴³, ou num critério geral de ponderação.

No caso, os fatos e os interesses em jogo não devem ser analisados de forma compartimentada (como o fez o TRL na sua decisão), sem a devida atenção a todo o peculiar contexto (do ilícito típico de corrupção) e aos bens jurídicos envolvidos/postos em perigo.

A análise atenta dos fatos dados como provados pelos tribunais revela que somente é possível imputar eventual criação de perigo a RSF, como fez o TRL, se desconsiderarmos que a ação inicial (iniciativa do encontro) partiu de DN, ao efetuar a ligação para RSF, formular convite e anunciar-lhe que teria proposta

140 Construção que funda a exclusão da responsabilidade penal das gravações feitas sem consentimento, pelas vítimas de crimes, com base na dogmática dos limites imanentes dos direitos fundamentais. Costa Andrade, 2006: 255-257.

141 *N/W* 1964 1143. Costa Andrade, 2012: 1219.

142 Radbruch, 2004: 47.

143 O estado de necessidade defensivo traz a especificidade de o agente defender-se de perigo que tem origem na pessoa que será vítima da ação necessitada, e que não configura a excludente de legítima defesa porque falta algum requisito do fato perigoso, como, por exemplo, a atualidade do perigo. Figueiredo Dias, 2011: 461.

a fazer, que seria do seu interesse; e de que havia outros bens jurídicos em jogo, nomeadamente do Estado. Com efeito, não podemos olvidar que desde esse primeiro momento (marcação do encontro), DN já tinha o propósito de corromper o vereador, sendo o encontro o meio para o fim específico de apresentação da proposta de corrupção.

Para além disso, entendemos que é descabida a censura do receptor da proposta de corrupção imputando-lhe a criação de perigo a bem jurídico próprio, quando adere a convite de encontro formulado por eventual agente corruptor, objetivando esclarecer as suas reais intenções¹⁴⁴. E, muito menos, se, em razão da suspeita da prática do ilícito, toma a precaução de gravar a conversa. Do contrário (e a vingar o entendimento do TRL), sempre que uma pessoa suspeitar que lhe será feita uma proposta de corrupção, não poderá se encontrar com o possível corruptor.

Ainda na linearidade da decisão do TRL, o agente visado no crime de corrupção fica sem meios para se precaver de um ato corruptivo. Tenhamos presente, por primeiro, que o crime de corrupção é peculiar, pois praticado com todos os cuidados para evitar vazamentos e responsabilização (como regra, reveste-se de caráter sigiloso, não sendo perpetrado na presença de testemunhas). Segundo, na realidade fática, comumente ocorrem duas situações: a) o corruptor estabelece um contato prévio, solicitando encontro reservado com o visado (ou intermediador da proposta), sem que seja desvelada a intenção criminosa (como no caso dos autos); ou b) a proposta é feita de imediato, sem nenhum contato prévio do corruptor com o visado.

Em ambos os casos, a intervenção estatal no sentido de autorizar judicialmente a gravação da conversa é de difícil (por vezes, impossível) verificação. No primeiro caso, se nenhum ilícito típico foi praticado, em que termos se fundamentaria a decisão judicial justificadora da intervenção estatal: na mera suspeita de uma pessoa.

No segundo caso, como a proposta é feita de imediato sem contato antecedente, resta inviabilizada a existência de prévia autorização judicial para a gravação da conversa. E, na prática, ou o visado (ou terceiro que atue em seu benefício) está com o gravador previamente ligado à chegada do corruptor, ou dificilmente logrará gravar a conversa, já que a ligação de qualquer aparelho no

144 Nesse ponto, o Ministério Público, nos autos do processo de corrupção, ponderou que não é exigível de qualquer particular, pelo ordenamento jurídico globalmente considerado, que, face a receio de eventual proposta de corrupção, não corresponda à solicitação de encontro, antes, sim, devendo ser-lhe reconhecido o direito de conhecer as reais intenções do agente, até para melhor defender-se ou a terceiros.

meio desta levantará suspeitas ao corruptor, prejudicando a colheita da prova. A não ser assim, as gravações de atos de corrupção somente terão vez por meio do acaso ou quando houver repetição da proposta corruptiva.

Nesse contexto, entendemos justificado o não recurso inicial às autoridades públicas (policial e judicial) e a necessidade de RSF de, diante da suspeita, preparar o instrumento da gravação. É mais: da peculiaridade do crime de corrupção e da necessidade de se precaver contra futuras inversões de papéis quanto à autoria do ato de corrupção emerge a necessidade, racionalidade e adequação do meio utilizado para a salvaguarda dos bens em perigo – a gravação da conversa entre presentes. Antecipando eventual argumentação de que a gravação é desnecessária ante a possibilidade de o ouvinte transmitir, com suas próprias palavras, o conteúdo da conversa, replica-se que o depoimento do autor da gravação não tem a mesma força probatória e fidedignidade da gravação.

No que toca aos interesses em conflito e à superioridade do interesse a salvaguardar – análise que já serve a aplicação da excludente do critério geral de ponderação – sustentamos que o exame não pode ficar restrito ao “direito à palavra” do corruptor *versus* o “direito ao bom nome” do autor da gravação (para o caso de o corruptor querer “inverter” os papéis no ato da corrupção), e a conseqüente lesão do primeiro *versus* o perigo de lesão do segundo, como ocorreu no caso “Bragaparkes”.

A ação do visado (ou de terceiro em seu nome) pelo ato de corrupção objetiva a proteção da autonomia intencional do Estado¹⁴⁵ e, por vezes (como no caso em apreço), em *ultima ratio*, do próprio patrimônio público, que pode resultar lesado. Não desconhecendo as divergências doutrinárias acerca da possibilidade de defesa de bens jurídicos da comunidade/Estado, aderimos aos entendimentos de Figueiredo Dias e Germano Marques da Silva no sentido de que é inteiramente possível essa defesa¹⁴⁶.

145 Almeida Costa, 2001: 661 e 681. Frederico de Lacerda da Costa Pinto afirma que se pode aceitar que “o bem jurídico tutelado por todas as incriminações da corrupção é ‘a legalidade da administração’”. Pinto, 1998: 522.

146 Figueiredo Dias, 2011: 442. Defendemos que para além da autonomia intencional do Estado e do patrimônio público, cabe a defesa do meio ambiente, da saúde pública, etc. A não ser assim, ter-se-iam situações inusitadas ou irrazoáveis, como, *v.g.*, não se admitir que um particular, em ato de contenção, agredisse levemente pessoa que estivesse prestes a detonar explosivos na ponte Vasco da Gama ou na Torre de Belém (patrimônio público), mas sem risco a vidas humanas, além de outras hipóteses que podem reivindicar a intervenção legítima de particulares em defesa de bens jurídicos do Estado/comunidade. Figueiredo Dias traz o exemplo de alguém que comete fato típico ambiental de valor relativamente pequeno para afastar um perigo atual e significativo de contaminação ambiental. Figueiredo Dias, 2011: 442.

Assim, temos a ponderar, de um lado, “o direito à palavra” de DN consubstanciadora da prática de um crime (se a questão dos limites imanentes dos direitos fundamentais não operar uma redução teleológica do tipo no sentido vitimodogmático, deve ao menos ser considerada na ponderação), gravada fora de ambiente privado/íntimo por pessoa estranha ao círculo de confiança/intimidade do titular. De outro lado, releva, primordialmente, a autonomia intencional do Estado¹⁴⁷, e, secundariamente, a defesa do patrimônio público e do “direito ao bom nome” do autor da gravação.

A gravidade e danosidade dos crimes também indicam qual o interesse a prevalecer. O crime de corrupção¹⁴⁸, verdadeira chaga nos Estados de Direito democráticos, assume especial relevo no caso concreto, na medida em que não estava em causa um diminuto ato de corrupção (lembramos que as ações visadas envolviam manifestações públicas de um político e desistência de ação popular que discutia a legalidade de negócio que envolvia vultosa soma de euros), o que revela interesse persecutório elevado. Diante disso e consumados ambos os ilícitos típicos (de corrupção ativa e gravação ilícita), parece-nos evidente a prevalência dos interesses em razão dos quais se procedeu à gravação da palavra.

147 O interesse do particular com a gravação era impedir a corrupção, salvaguardando a autonomia funcional do Estado e o patrimônio público, pois, na medida em que levasse os fatos ao conhecimento das autoridades, restaria publicizado o intento de DN, evitando novas tentativas de corrupção (tenhamos presente que DN referiu que tinha experiência nessas questões, conforme gravações constantes nos autos).

148 A corrupção é um crime tão grave e prejudicial aos Estados de Direito Democráticos que extravasa as suas fronteiras, constituindo, a sua repressão, uma preocupação das organizações internacionais. Tendo por objectivo assegurar a prevenção e a repressão da corrupção, surge, no plano internacional, um conjunto de instrumentos jurídicos: a) Convenção relativa à luta contra a corrupção em que estejam implicados Funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados – membros da União Europeia, de 1997, ratificada por Portugal em 2000; b) Convenção da OCDE contra a corrupção de agentes públicos estrangeiros nas transacções comerciais internacionais, de 1997, ratificada por Portugal em 2000; c) Convenção Penal Contra a Corrupção do Conselho da Europa, de 1999, a que Portugal aderiu em 2002; d) O Protocolo Adicional à Convenção Penal Contra a Corrupção do Conselho da Europa, de 2003, assinado por Portugal na respectiva data de abertura; e) Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, de 2003, a que Portugal aderiu em 2007; f) Código Internacional de Conduta das Nações Unidas para Funcionários Públicos, de 1996, anexo à Resolução da Assembleia Geral da ONU n.º 51/59, de 12 de Dezembro de 1996. Há que mencionar, também, as recomendações feitas ao Governo de Portugal pelas instâncias internacionais especializadas, nomeadamente pelo *Group of States Against Corruption* – Grupo de Estados Contra a Corrupção do Conselho da Europa (GRECO), pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), pelo Grupo de Acção Financeira Internacional (GAFI) e pelas Nações Unidas. Ainda, merece menção a aprovação, pela Comissão Europeia, em 6 de Junho de 2011, no contexto da execução do Programa de Estocolmo, de um conjunto de medidas visando estabelecer um a abordagem comum anticorrupção. Por fim, destaque-se o pacote de combate à corrupção que entrou em vigor em Portugal em 1.º março de 2011, além de o crime estar incluído no rol dos que autorizam medidas estatais mais severas de investigação e combate (artigo 1.º, n.º 1, letra e, da Lei n.º 5/2002).

Nesse contexto, consideramos justificada a conduta de RSF, seja pelo estado de necessidade defensivo, seja por um geral *critério de ponderação de interesses*¹⁴⁹.

Por fim, ainda que desprezassemos a exclusão da tipicidade e da ilicitude, a condenação encontraria óbice na presença de causa de exclusão da culpa, a saber, a falta de consciência do ilícito não censurável¹⁵⁰, haja vista a dispersão doutrinária e jurisprudencial existente na matéria. Nessas condições, ante a inexistência de entendimento uníssono e uniforme, havendo várias posições doutrinárias credenciadas, passível de sustentação que o particular errou quanto aos limites da causa de justificação (estado de necessidade), encontrando seu agir correspondência num ponto de vista de valor juridicamente relevante.

Fixada a solução jurídica no processo criminal referente à gravação ilícita, passamos à análise da possibilidade de valoração da gravação produzida exclusivamente pelo particular no processo-crime referente à apuração do crime de corrupção ativa.

Sustentamos que, independentemente da licitude ou não da conduta da gravação, sempre haverá a possibilidade, em maior ou menor grau, de ponderação dos interesses em causa. No juízo de ponderação, para além da gravidade do ilícito típico e do bem jurídico violado com a obtenção da prova, defendemos que se deve tomar em consideração todas as circunstâncias do caso, nomeadamente a condição de quem obteve a prova, os interesses objetivados e os bens que se pretende salvaguardar com a utilização da prova no processo.

No caso “Bragaparkes”, o particular procedeu à gravação em nome do agente visado pela corrupção, objetivando a proteção da autonomia funcional do Estado e, de forma secundária, do próprio património público e do seu

149 Costa Andrade, 2006: 258. Esse critério, ao que parece, foi adotado no Acórdão da Relação de Coimbra de 15-01-1997, Relator: Oliveira Santos, em caso similar ao presente, em que estava em causa a gravação de conversa de agente que pretendia contratar o autor da gravação para agredir terceiros, em troca de dinheiro. A gravação foi realizada com conhecimento prévio das intenções do contratante e visava denunciá-lo criminalmente e evitar que viesse a contratar outras pessoas para o mesmo fim. Nesse caso, restou afastada a ilicitude da gravação. Associação Sindical dos Juizes Portugueses. Colectânea de Jurisprudência. Ano XII, Tomo I. Coimbra, Palácio da Justiça, 1997, pp. 58-62.

150 Ao tratar dos requisitos necessários à verificação da aludida causa, Figueiredo Dias afirma que a falta de consciência do ilícito não censurável verifica-se nas situações em que a questão da ilicitude concreta (seja se considerada a valoração em si mesma, seja quando ela se conexas com a complexidade ou novidade da situação) revele-se discutível ou controversa. Não por controvérsias morais, mas porque conflituam vários pontos de vista juridicamente relevantes. Figueiredo Dias, 2011: 638-640. No âmbito da valoração processual das gravações de áudio e imagem, as principais divergências doutrinárias radicam no entendimento divergente do sentido e alcance dos pressupostos das causas de justificação, além de estar associada a tentativas de afirmação de novos critérios de redução teleológica ou justificação. Costa Andrade, 2006: 259.

bom nome, bem como obter a responsabilização do corruptor, impedindo, via reflexa, a corrupção¹⁵¹.

Para além disso, ainda que se afirme que o interesse persecutório do Estado deve ser colocado entre parênteses na ponderação, entendemos que ele não pode ser desconsiderado por completo, assim como as consequências particularmente gravosas do crime. Soa contraditório que o Estado e os organismos internacionais editem medidas e pacotes de combate à corrupção, inclusive incentivando a sua denúncia, mas quando um particular assim procede, angariando prova que, embora atente contra o direito à palavra do autor, vem a comprovar sua denúncia, essa prova não seja valorada (e, pior, venha o particular a ser condenado por gravação ilícita). Já assentado que não está em causa um crime de corrupção de somenos importância, mas que, para além de mudança de comportamento no âmbito da Câmara Municipal, visava principalmente a desistência de uma ação judicial que questionava a legalidade de negócio envolvendo milhões de euros, o interesse persecutório, na hipótese, é elevado. De outro lado, o bem a ser restringido é a palavra do corruptor, consubstanciadora de uma proposta espúria.

Ponderados nesses moldes os interesses em causa, concluiríamos pela admissibilidade da valoração da gravação no caso concreto. Não obstante, há uma peculiaridade que exclui essa possibilidade: a gravação não captou a proposta de corrupção em si. Diante disso, não se justifica a utilização e valoração da gravação como prova no processo, já que, na prática, nada agregaria à modificação da solução jurídica adotada pelo tribunal no processo que apurava o crime de corrupção.

Não obstante, embora os tribunais tenham tratado a gravação como ilícita não utilizando o seu conteúdo para fundamentar a condenação de DN pelo ato corruptivo, fizeram, de forma sutil, menção à perícia realizada na gravação pelo setor informático forense, para análise das características do suporte digital, aduzindo que ela confirmava nesse ponto a genuidade do depoimento de RSF¹⁵². Daí a necessidade de a prova proibida não permanecer anexada aos autos, sob pena de influenciar (ainda que veladamente) a convicção do julgador.

151 Podemos afirmar que há um dever de cidadania de evitar a corrupção. No caso, levando a prova ao conhecimento das autoridades, restaria publicizado o intento de DN e evitadas novas tentativas de corrupção.

152 Acórdão do TRL de 22-04-2010 – Processo n.º 263/06.8JFLSB.L1, p. 82.

De forma derradeira, andaram bem os tribunais portugueses ao não reconhecerem que a gravação produzida pelo particular teria contaminado às demais provas angariadas via ação encoberta (efeito-à-distância da prova proibida). Ainda que se reconhecesse a contaminação, restaria, na hipótese, a exceção da fonte independente, já que as provas secundárias podiam ser obtidas por meio autônomo e lícito, qual seja, o depoimento do particular prestado às autoridades estatais.

CONCLUSÃO

A obtenção de determinada prova da infração penal – que desencadeie ou possibilite o avanço de investigação ou processo criminal – pode se dar por meio de gravação de áudio produzida por particular, sem autorização judicial e sem o consentimento do visado, à custa da violação do direito à palavra. Ainda, é possível que provas sejam obtidas por privado atuando em colaboração aos órgãos de persecução penal. Essas hipóteses são retratadas no caso “Bragaparques”, acrescidas da peculiaridade de o particular ser advogado (1.1).

Dentre os problemas jurídicos suscitados no caso referência, releva à problemática do relatório a questão da valoração da gravação de áudio produzida exclusivamente pelo particular; a alegada contaminação, em razão do efeito-à-distância das proibições de prova, das provas subsequentes obtidas pelo privado em colaboração aos órgãos estatais de investigação; e a suposta violação do segredo profissional do advogado. Ao apreciarem essas questões, os tribunais portugueses não valoraram como prova a gravação produzida de forma exclusiva pelo privado, porque ilícita; não reconheceram a contaminação das provas secundárias; e, ao final, condenaram o autor do crime de corrupção, e o particular, pelo crime de gravações ilícitas, em razão do primeiro registro de voz por ele efetuado (1.2).

No tratamento da problemática, sustentamos (em consonância com doutrina abalizada) que as regras de proibição de produção de prova servem à tutela dos direitos fundamentais e dirigem-se às instâncias formais de controle, bem como aos privados que atuem em colaboração ou sob a orientação dos órgãos persecutórios. Não vinculam diretamente os particulares, mas estes não gozam de autonomia e liberdade irrestritas na obtenção da prova penal: há limitações que correspondem aos ilícitos típicos previstos no CP como tutela dos direitos fundamentais. Quanto à valoração da prova, o regime é unidimensional, aplicando-se indistintamente aos particulares e aos órgãos estatais, pois, consubstanciando a produção da prova atentado aos direitos fundamentais,

não pode ser valorada no processo penal. No que toca especificamente ao valor probatório das reproduções mecânicas, verificamos seu condicionamento ao regime vertido no artigo 167.º, n.º 1, do CPP (à sua não ilicitude nos termos da lei penal). Assim, estabelecem-se consequências distintas em relação às gravações penalmente ilícitas e as lícitas (2.1).

Quanto à valoração das gravações ilícitas, a regra é a inadmissibilidade de valoração das gravações ilicitamente obtidas por particulares. Essa regra poderá, no nosso sentir, ser relativizada em casos excepcionais em que, posto de lado o interesse persecutório estatal, a valoração da gravação é necessária à salvaguarda de bens jurídicos ou direitos constitucionalmente protegidos de outros particulares e da própria comunidade. Nessas hipóteses, entendemos que o julgador não poderá se furtar ao juízo de ponderação de interesses de natureza transprocessual (2.1.1).

No que toca às gravações lícitas, há que perquirir, por primeiro, a razão pela qual escapam à ilicitude penal. Se a negação se der pela ausência de tipicidade (acordo do titular do direito à palavra, redução teleológica do tipo de sentido vitimodogmático), como a gravação sequer incorreu na censura da ilicitude penal, há lugar para uma ponderação mais aberta aos interesses que reclamam a sua utilização e valoração como prova no processo penal, nomeadamente quando estiverem em causa manifestações gravosas e intoleráveis de criminalidade (2.1.2).

Por outro lado, as gravações podem escapar à ilicitude penal por justificação, que se tem apresentado, pela ótica doutrinal, complexa e instável, notadamente pelo leque ampliado de dirimentes (para além das tradicionais excludentes, cujas virtualidades devem ser exploradas ao máximo, invocam-se novas causas); e por uma dispersão doutrinal e, em menor escala, jurisprudencial, quanto ao enquadramento dogmático da justificação diante de situações como as gravações efetuadas pela vítima (ou visado) de crimes de extorsão, coação, corrupção e injúria, das conversas entabuladas com agente, que têm em comum o comportamento ilícito do titular da palavra. A despeito da dispersão quanto ao enquadramento dogmático da causa específica de justificação, impera o consenso entre a doutrina e a jurisprudência de que o autor dessas gravações não deve ser responsabilizado criminalmente, com o que concordamos integralmente (2.1.2).

Tendo em conta a interpretação dualista dispensada ao artigo 199.º do CP, a licitude da gravação não implica necessariamente a admissibilidade de sua valoração, havendo uma proibição de valoração de prova independente.

A existência e a extensão da proibição de valoração da gravação justificada está diretamente associada à configuração ou não de ilícito penal. A questão ganha complexidade se, entre a gravação e a sua posterior utilização, a justificação originária (da gravação) deixa de subsistir. Nesse caso, há espaço para duas soluções diversas: a) a utilização da gravação não escapa à censura da ilicitude penal, e, como regra, não poderá ser valorada, admitindo-se, contudo, a relativização da regra mediante a ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto, quando em causa está criminalidade mais gravosa; b) sobrevém causa de justificação distinta a permitir a utilização da gravação (2.1.2).

No que toca à valoração das gravações produzidas por privados atuando em colaboração ou sob a orientação dos órgãos estatais de persecução penal, o regime das proibições de produção e valoração de provas previsto em relação aos órgãos estatais estende-se integralmente aos particulares. Assim, devem restar atendidos os requisitos legais comuns às escutas telefônicas por força do disposto no artigo 189.º do CPP (2.2).

O fato de o privado autor da gravação ser advogado agrega peculiaridade ao caso, suscitando questões específicas ante a normativa deontológica da Ordem dos Advogados, nomeadamente a que trata do segredo profissional. A solução das questões perpassa pela averiguação de o advogado ter tomado conhecimento dos fatos ou atuado em razão da sua condição profissional ou da vida privada. Na primeira hipótese, para além da violação de segredo profissional, as possibilidades de valoração de gravação por ele produzida serão drasticamente reduzidas àquelas imprescindíveis à salvaguarda de direitos fundamentais de outros indivíduos, quando em causa criminalidade gravíssima. Por outro lado, se agiu em virtude de circunstância da vida privada, a prova será valorada nos moldes de como seria para qualquer agente privado (2.3).

Por interessar à problemática, analisamos o efeito-à-distância das proibições de prova, consagrado inicialmente no direito norte-americano, por meio da conhecida *fruit of the poisonous tree doctrine*, que determina que o vício da prova proibida originária propaga-se às provas secundárias, inviabilizando suas valorações. O efeito comporta exceções (destacamos a *independent source*, a *attenuated connection*, a exceção *but for*, a *inevitable discovery*, e a *good faith exception*) afirmadas paralelamente à sua criação e evolução. No direito português, o efeito remoto encontra base legal no art. 32.º, n.º 8, da CRP e, de forma secundária, no art. 122.º, n.º 1, do CPP, tendo sido reconhecido pela primeira vez na jurisprudência portuguesa em 1993, restando, a partir de então, consagrado em vários julgados, assim como a necessidade de restringi-lo (2.4).

Ao agregarmos a análise do direito comparado, verificamos o tratamento dado por outros ordenamentos jurídicos à valoração de gravações de áudio produzidas por privados. Nos Estados Unidos da América (de referência obrigatória, quer porque lá tiveram origem as regras de exclusão, quer pela influência do seu sistema em vários outros países), as *exclusionary rules* são comandos de disciplina que possuem finalidade preventiva (visam desencorajar violações a direitos por parte da polícia), dirigindo-se, portanto, aos órgãos persecutórios estatais, e não aos particulares. Logo, as provas obtidas autonomamente pelos privados podem ser valoradas no processo penal, ou seja, a gravação produzida exclusivamente pelo particular, no caso “Bragaparkes”, comportaria valoração (3.1).

Na Alemanha, as proibições de prova (*Beweisverbote*) priorizam a vertente substantiva dos direitos fundamentais, de modo que outras finalidades, como a lisura da atuação dos órgãos persecutórios estatais, são apenas indiretamente reguladas. Diante da sua finalidade precípua, as *Beweisverbote* apresentam o âmbito de destinatários alargado, não se limitando às instâncias formais de controle, mas abrangendo também os particulares. Assim, a valoração das gravações de áudio produzidas por privados dá-se com base na disciplina das proibições de valoração de prova, onde há lugar para a incidência da teoria da ponderação, incluindo-se o interesse persecutório estatal no sopesamento dos interesses do caso concreto. Nesse contexto, a decisão acerca da possibilidade de valoração da prova produzida exclusivamente pelo particular no caso “Bragaparkes” perpassaria pela ponderação dos interesses em causa (3.2).

No direito espanhol assume relevo a regra prevista no artigo 11.1 da Ley Orgánica del Poder Judicial, a qual comporta exceções. Não há entendimento doutrinário unânime quanto às hipóteses de admissibilidade de valoração das gravações audiovisuais produzidas por particulares como prova no processo penal. Não obstante, parece-nos que, transpondo o caso “Bragaparkes” ao regramento jurídico espanhol, a gravação produzida pelo privado poderia ser valorada se excluída a ilicitude penal da sua conduta (3.3).

No Brasil, a previsão constitucional da inadmissibilidade, no processo, das provas ilícitamente obtidas aplica-se indistintamente ao Estado e aos particulares. Como não há, na legislação penal, tipificação da gravação da palavra, as gravações produzidas por um dos interlocutores ou por terceiro por ele autorizado constituem prova lícita. Assim, à luz do Direito brasileiro, a gravação produzida exclusivamente pelo particular, no caso “Bragaparkes”, seria irretroatamente valorada como prova no processo penal (3.4).

Verificamos, em sede de construção dogmática no âmbito das proibições de prova, a notória procura de soluções ancoradas na teoria da ponderação de interesses à luz do princípio da proporcionalidade. As proibições de prova constituem-se em instrumentos de proteção de direitos fundamentais individuais contra o Estado, e não raras vezes os interesses individuais contendem com os da atividade persecutória estatal. Embora a contundência das críticas entabuladas em relação à teoria da ponderação, não podemos dela prescindir. Na ponderação, para além da análise da gravidade do crime e do bem jurídico violado com a obtenção da prova, devemos considerar todas as circunstâncias e interesses envolvidos no caso, nomeadamente a condição de quem obteve a prova, os objetivos e interesses visados com a obtenção, e os bens que se pretendem salvaguardar com a sua utilização no processo. Assim, alargado o espectro de elementos relevantes a serem ponderados no caso concreto, teremos decisões com maior correção (4.1).

Das reflexões levadas a cabo no decorrer do relatório, buscamos formatar a solução jurídica à problemática da valoração das gravações de áudio retratada no caso “Bragaparkes”, analisando cada um dos processos autonomamente. Em razão da previsão normativa do artigo 167.º do CPP, começamos pelo exame do processo criminal referente à gravação ilícita. Nesse caso, defendemos a exclusão da tipicidade da conduta do particular, com base na construção dogmática da redução teleológica do tipo de sentido vitimodogmático. Não desconhecendo as críticas feitas à construção, caso se considere inviável a redução, sustentamos a justificação da conduta do particular, quer com base no estado de necessidade defensivo, quer num geral critério de ponderação de interesses. Por fim, ainda que se desconsiderasse a exclusão da tipicidade e da ilicitude, sobraria causa de exclusão da culpa: a falta de consciência do ilícito não censurável, tendo em vista a dispersão doutrinária e jurisprudencial existente na matéria. Por todo o exposto, não cabe a responsabilização penal do privado pela gravação de áudio que realizou (4.2).

A encerrar a análise, ponderados todos os interesses, concluiríamos pela admissibilidade da valoração da gravação obtida pelo privado no caso concreto, não fosse a peculiaridade de não ter captado a proposta de corrupção. Nesse contexto, não se justifica a valoração da gravação como prova, pois em nada modificaria a solução jurídica dada pelo tribunal no processo penal de corrupção. Derradeiramente, é acertada a valoração pelos tribunais portugueses das gravações obtidas pelo privado em colaboração com os órgãos persecutórios estatais, pois a gravação inicial não logrou contaminar às provas

secundárias (efeito-à-distância), que não se originaram daquela. De qualquer forma, sobraria, nesse ponto, o recurso à exceção da fonte independente, já que possível a obtenção das provas secundárias por meio lícito, qual seja, o depoimento do particular prestado às autoridades estatais (4.2).

BIBLIOGRAFIA

AGUILERA MORALES, Marien

2008 “Regla de exclusión y acusatório”, in: Bachmaier Winter, Lorena (coord.). *Proceso penal y sistemas acusatórios*, Madrid: Marcial Pons.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de

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

ALEXY, Robert

2011 *Teoria dos Direitos Fundamentais*, tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros Editores.

ALMEIDA COSTA, A

2001 “M. Comentário aos crimes cometidos no exercício de funções públicas (Arts. 372.º a 374.º do CP)”, in Figueiredo Dias, Jorge de, *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial, Tomo III: Arts. 308.º a 386.º*. Coimbra: Coimbra Editora.

ANTUNES, Maria João

2009 “Direito Processual Penal – ‘Direito Constitucional Aplicado’”, in *Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 745-754.

ANYFANTIS, Spiridon

2008 *Provas Audiovisuais: sua valoração no processo penal*, Belo Horizonte: Fórum.

AMBOS, Kai

2009 “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán”, in *Las prohibiciones probatorias*, Bogotá: Editorial Temis.

ASSOCIAÇÃO SINDICAL DOS JUÍZES PORTUGUESES

1997 *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XII, Tomo I. Coimbra, Palácio da Justiça.

ÁVILA, Humberto

2004 *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 3.^a ed., São Paulo: Malheiros.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de

2007 *Provas ilícitas e proporcionalidade*, Rio de Janeiro: Lumen Juris.

AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato

2012 *Provas Ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*, 5.^a ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais.

BARCELLOS, Ana Paula de

2005 *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro: Renovar.

BARROSO, Luís Roberto (Org)

2006 *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro: Renovar.

2004 *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo: Saraiva.

BENEVIDES, Electra Maria de Almeida

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, orientadora Professora Doutora Maria Fernanda Palma, Lisboa.

BELING, Ernst

2009 “Las prohibiciones de prueba como limite a la averiguación de la verdad en el proceso penal”, in *Las prohibiciones probatorias*, Bogotá: Editorial Temis, pp. 03-56.

BÉRTOLO ROSA, Luís

2010 “Consequências processuais das proibições de prova”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, Ano 20, n.º 2, pp. 219-278.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes

2004 *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora.

CARBONELL, Miguel

2007 *Teoria del Neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*, Madrid: Editorial Trotta.

CORREIA, João Conde

1999 *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, Coimbra: Coimbra Editora.

1999 “Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações (artigo 32 n.º 8 2.ª parte da CRP)”, *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 20, n.º 79, pp. 45-67.

COSTA ANDRADE, Manuel da

1984 “Sobre a valoração, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas por particulares”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Estudos em Homenagem ao Professor Eduardo Correia)*, Coimbra, n.º especial 1, pp. 545-622.

2006 *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, 1.ª ed. reimp., Coimbra: Coimbra Editora.

2009a *Bruscamente no verão passado. A reforma do Código de Processo Penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora.

- 2009b “Métodos ocultos de investigação (*plädoyer* para uma teoria geral)”, in *Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 525-555.
- 2012 “Comentário ao Art. 199.º do Código Penal”, in Figueiredo Dias, Jorge de (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial, Tomo I: Arts. 131.º a 201.º*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.
- FIDALGO GALLARDO, Carlos
- 2003 *La regla de exclusión de pruebas inconstitucionalmente obtenidas en los Estados Unidos de América*, España: La Ley.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de
- 2004 *Direito Processual Penal* (Clássicos Jurídicos), 1.ª ed. reimp., Coimbra: Coimbra Editora.
- 2011 *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª ed. reimp., Coimbra: Coimbra Editora.
- GÖSSEL, Karl-Heinz
- 1992 “As Proibições de Prova no Direito Processual Penal da República Federal da Alemanha”, tradução de Manuel da Costa Andrade do original “Die Beweisverbote im Strafverfahrensrecht der BRD”, GA 91, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 2, n.º 3, pp. 397-441.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antônio Magalhães & FERNANDES, Antônio Scarance
- 2011 *As nulidades no processo penal*, 12.ª ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais.
- GOMES DE SOUSA, João Henrique
- 2010 “Em busca da regra mágica: O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a universalização das regras de exclusão de prova”, *Revista Julgar*, n.º 11, pp. 21-39.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães
- 2010 “A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n.º 85, pp. 393-410.
- LAFAVE, Wayne R. & ISRAEL, Jerold H
- 2010 *Criminal Procedure*, 2.ª ed, St. Paul-Minn.
- LAFAVE, Wayne R.
- 2004 *Search and Seizure – A Treatise on the Fourth Amendment*, vol. 6 (Sections 11.1 through 11.7: Administration of the Exclusionary Rule), 4.ªed., New York: Thomson Reuters.

- LEAL-HENRIQUES, Manuel & SANTOS, Manuel Simas
 2004 Código de Processo Penal Anotado. Volume I. 2.^a ed., Lisboa: Rei dos Livros.
- LIMA, Marcellus Polastri
 2009 *O Processo Acusatório e a Vedação Probatória: perante as realidades brasileira e alemã: com a perspectiva brasileira já de acordo com a reforma processual de 2008 – Leis 11.689, 11.690 e 11.719*, Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- JORGE BARREIRO, Agustín
 2002 “El delito de descubrimiento y revelación de secretos en el Código Penal de 1995. Un análisis del artículo 197 del CP”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid: Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, n.º 6, pp. 99-131.
- KAMISAR, Yale
 2003 “In Defense of the Search and Seizure Exclusionary Rule”, in: *26 Harv. J. L. & Pub. Pol’y* 119, pp. 119-140.
 2002 *Modern criminal procedure: cases, comments & questions* (Yale Kamisar, Wayne La Fave, Jerold Israel e Nancy King), 10.^a ed., St. Paul: West Publishing Co.
- MARTINS, Milene Viegas
 2010 *A admissibilidade de valoração de imagens captadas por particulares como prova no processo penal*, Dissertação (Mestrado em Direito Profissionalizante – Ciências Jurídico-Forenses), Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa.
- MATA-MOUROS, Mária de Fátima
 2011 *Juíz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal*, Coimbra: Almedina.
- MENDES, Elisa Solange Gome
 2011 *As provas ilícitamente obtidas por particulares*, Relatório de estágio de mestrado, Ciências Jurídico-Criminais (Direito Processual Penal), orientador Paulo de Sousa Mendes, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2011.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni
 2010 *Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais*, São Paulo: Atlas.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel
 1999 *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona: Bosch.
- MORÃO, Helena
 2006 “O efeito à distância das proibições de prova no direito processual penal português”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 16, n.º 4.
- MUÑOZ CONDE, Francisco
 2008 “De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo”, Buenos Aires: Hammurabi.

- 2007 *Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*, 2.^a ed., Buenos Aires: Hammurabi.
- NEVES, Rita Castanheira
- 2011 *As ingerências nas comunicações eletrónicas em processo penal: natureza e respectivo regime jurídico do correio electrónico enquanto meio de obtenção de prova*, Coimbra: Coimbra Editora.
- NOVAIS, Jorge Reis
- 2010 *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora.
- PINTO, Frederico de Lacerda da Costa
- 1998 “A intervenção penal na corrupção administrativa e política”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Volume XXXIX, n.º 2, pp. 519-527.
- RADBRUCH, Gustav
- 2004 *Filosofia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes.
- ROGALL, Klaus
- 2010 “A nova regulamentação da vigilância das telecomunicações na Alemanha”, in Palma, Maria Fernanda; Dias, Augusto Silva; Mendes, Paulo Sousa (coord.). *2.º Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra: Almedina, pp. 117-143.
- ROXIN, Claus
- 2008a *Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, tradução de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas.
- 2008b *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*, Buenos Aires: Hammurabi.
- 2009 “Sobre o desenvolvimento do Direito Processual Penal alemão”, in *Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 385-398.
- 2012 *Strafverfahrensrecht – Ein Studienbuch*, 27.^a ed., München: C.H. Bech.
- SARMENTO, Daniel
- 2005 *Interesses Públicos versus interesses privados*, Rio de Janeiro: Lúmen Juris.
- SILVA, Bruno César Gonçalves da
- 2010 *Da prova ilicitamente obtida por particular no processo penal*, Campinas, SP: Servanda Editora.

SILVA, César Dario Mariano da

2010 *Provas Ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, comissão parlamentar de inquérito (CPI) e sigilo*, 6.^a ed. São Paulo: Atlas.

SILVA, Germano Marques da

2006 “Produção e Valoração da Prova em Processo Penal”, *Revista do CEJ*, Lisboa, n.º 4, pp. 37-53.

2010 *Curso de Processo Penal. Vol. II*, 5.^a ed. rev. e atual, Lisboa: Verbo.

SOARES, Fábio Aguiar Munoz

2011 *Prova ilícita no processo: de acordo com a nova reforma do Código de Processo Penal*, 1.^a reimp., Curitiba: Juruá.

SOUSA MENDES, Paulo de

2004 “As proibições de prova no processo penal”, in: Palma Maria Fernanda (coord.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina.

2010 “A Prova Penal e as Regras da Experiência”, In Costa Andrade, Manuel, Antunes, Maria João e Sousa, Susana Aires de, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume III, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 997-1011.

2013 *Conferência Internacional sobre Proibições de Prova no Direito Comparado – Comparative Exclusionary Rules*, Lisboa, Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

THAMAN, Stephen C.

2011 “Constitutional Rights in the balance: modern exclusionary rules and the toleration of police lawlessness in the search for truth”, in 61 *University of Toronto Law Journal*, pp. 691-735.