U.PORTO

2.º Ciclo de Estudos em Direito

Ciências Jurídico-Criminais

Da Admissibilidade Como Meio de Prova em Processo Penal das Gravações e Fotografias Recolhidas por Particulares

Margarida Sousa Martins

M

2021

Resumo

Este estudo insere-se no âmbito das proibições de prova e trata do tema da admissibilidade, em processo penal, das gravações e fotografias recolhidas por particulares como meio de prova em processo penal. Por imposição legal, para que as reproduções mecânicas sejam admitidas no processo têm de ser consideradas não lícitas, nos termos do direito penal substantivo. Deste modo, equacionaremos a aplicação de causas de exclusão da ilicitude, como a legítima defesa e o estado de necessidade, bem como da tipicidade, em ordem a admitir a valoração das reproduções mecânicas no processo. Cremos, contudo, e procuraremos demonstrar a nossa posição, que a não ilicitude da reprodução será alcançada através do pensamento vitimodogmático. A conduta ilícita-típica da «vítima» da captação das respectivas palavras ou imagem determinará a falta de merecimento de tutela das suas concretas palavras criminosas e imagem na comissão do crime e apenas dessas.

Abstract

This study is focused on the issue of the inadmissibility of evidence and more particularly on the matter of admissibility as evidence in a criminal procedure of recordings and images captured by victims of crimes or third parties acting on behalf of victims. We will reflect on the legality of the victim's or third party's conduct to establish whether the evidence should or should not be admissible in a court of law. Legitimate self-defense as well as right of necessity could be used so that the conduct would not be considered unlawful and, therefore, the recordings or images would be accepted. However, we do think the lawfulness of the victim's or third party's conduct might be established attending to the victim's behavior, *i.e.,* the conduct of the individual whose image or voice has been captured. The unlawfulness of the latter's conduct would determinate the loss of legal protection concerning the commission of the crime. Thus, there would be no right, and therefore no illegal action, to one's image or voice while committing a crime and on that precise instance.

Siglas e Abreviaturas

Ac.	Acórdão
AUJ	Acórdão de Uniformização de Jurisprudência
CC	Código Civil Português
CP	Código Penal Português
CPP	Código de Processo Penal Português
CRP	Constituição da República Portuguesa
OPC	Órgãos de Polícia Criminal
RPCC	Revista Portuguesa de Ciência Criminal
StPO	Código de Processo Penal Alemão
TC	Tribunal Constitucional
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto

ÍNDICE GERAL

Resumo i

Abstract ii

Siglas e Abreviaturas iii

Índice Geral iv

Introdução 1

1.º Capítulo – Proibições de Prova 3

Função e destinatários 3

2.º Capítulo – A proibição de valoração do art. 167º, nº 1, do CPP 6

I. Sobre a admissibilidade das reproduções mecânicas 6

II. Apreciação crítica do art. 167º, nº 1, do CPP 11

III. Âmbito da remissão operada para o Direito Penal Substantivo 16

3.º Capítulo – O art. 199º CP: as gravações e as fotografias ilícitas 18

I. O princípio do bem jurídico como critério de legitimação e delimitação do «conteúdo de imputação» da norma penal 18

II. Âmbito de tutela típica do art. 199º CP 24

1. A tutela penal do direito à palavra falada 26

2. A tutela penal da imagem 30

4.º Capítulo – A exclusão da ilicitude como requisito da admissibilidade das reproduções mecânicas 34

I. A ilicitude penal 34

II. O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28-05-2019 41

1. Legítima Defesa 43

2. Direito de Necessidade 46

3. Outras dirimentes da responsabilidade penal 49

5.º Capítulo – A exclusão da tipicidade da conduta que procede à captação da imagem 52

O enquadramento em lugar público e em factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente 52

6.º Capítulo – A exclusão da tipicidade das gravações *prima facie* ilícitas – redução teleológica do tipo penal 56

I. Delimitação do âmbito de tutela típica de sentido vitimodogmático 57

II. A vitimodogmática – proposta de uma solução 60

III. Entendimento da doutrina e da jurisprudência 71

Conclusão 78

Bibliografia 79

Introdução

Com o presente estudo propomo-nos reflectir sobre o tema da admissibilidade das gravações, fotografias, bem como de outros produtos de meios técnicos de captação mecânica da voz e imagem, como meio de prova, no processo penal estadual. Trata-se de um tema inserido no mais vasto universo das proibições de prova que convoca, para além de institutos de natureza processual, questões indelevelmente pertinentes à dogmática penal substantiva. De facto, a previsão processual penal de que partimos – o artigo 167º CPP – coloca na dependência da solução penal material a decisão da admissibilidade do meio de prova em processo penal. O carácter *ilícito* da reprodução obstará à *utilização* e *valoração* do meio de prova. Questão cimeira é, portanto, determinar se a conduta consistente na reprodução do meio de prova está em conformidade ou em contrariedade a uma norma de determinação jurídico-criminal.

A nosso ver, e esse foi o caminho trilhado nas páginas que se seguem, temos, por conseguinte, de partir de considerações substantivas acerca da ilicitude penal, a que não serão alheias questões atinentes à delimitação dos bens jurídicos protegidos pelas incriminações penais, às causas justificativas e, também, de atipicidade. Deste modo, ancorámos o nosso entendimento da problemática em causa numa concepção de *ilícito pessoal* cuja imputação a um sujeito impõe, no âmbito dos delitos dolosos – que são os que consideramos pertinentes no âmbito do nosso estudo –, a afirmação do «domínio-da-não-impossibilidade-do-facto», critério de imputação objectiva, que determina que o acto consistiu na «realização de uma pessoa» e, portanto, assume relevância jurídico-penal. Trata-se de um critério, mais do que natural-empírico, verdadeiramente normativo, pelo que igualmente se impõe a análise do conteúdo de imputação.

Neste âmbito, surge em destaque a extensão da tutela conferida aos bens jurídicos – nomeadamente da imagem e da palavra falada, inexoravelmente postos em causa com os meios de prova objecto deste nosso estudo, pese embora outros bens jurídicos possam ser convocados, como os atinentes à privacidade em sentido lato –, onde cremos que considerações vitimodogmáticas poderão ter lugar, por sua vez estribadas no princípio de *ultima ratio* da intervenção jurídico-criminal e encontrando arrimo na tese dos limites imanentes dos direitos fundamentais. A intervenção da vitimodogmática, ao delimitar o conteúdo de imputação jurídico-penal, promovendo uma redução teleológica do tipo incriminador, permite, logo em sede de tipicidade, resolver o que, de outro modo, apenas em sede de causas justificativas

poderia encontrar solução e, assim, determinar a admissibilidade dos meios de prova em processo penal. Cremos, contudo, e procuraremos demonstrá-lo, que não será necessário empreender novas construções das figuras clássicas de justificação, nomeadamente do requisito da «actualidade», que tantos problemas levantaria em sede de legítima defesa, uma vez que, logo em sede de tipicidade, será de afirmar a irrelevância da conduta de um prisma jurídico-penal.

Eis o caminho que nos propomos percorrer, sem que, contudo, nos esqueçamos dos riscos que uma admissibilidade irrestrita destes meios de prova poderá implicar. De facto, e procuramos desde já advertir, não pugnamos por uma visão securitária, onde a vigilância de uns cidadãos sobre os outros passasse a ser a regra e a prevenção a máxima reguladora dos comportamentos humanos. Não somos, de modo algum, defensores da instituição de um pan-óptico e repudiamos qualquer tipo de realidade orwelliana, com consequências tão nefastas para a realização do ser com o outro e, na medida em que também qualquer reduto de privacidade desapareceria, consigo próprio. Somos da firme convicção que, para o íntegro desenvolvimento da pessoa, e consequente afirmação da sua dignidade, não se poderá jamais sufragar a instituição de uma sociedade exasperadamente vigilante.

Posta esta advertência, justificamos a escolha do nosso tema com a sua relevância e actualidade, a que se junta a premência numa resposta sólida susceptível de oferecer uma maior certeza e segurança jurídicas num tema que, até ao momento, se tem caracterizado pelo ensaio de uma miríade de respostas por parte da doutrina e da jurisprudência, onde a nota caracterizadora é sobretudo a da dispersão e centrifugicidade de soluções. Trata-se, assim, de um tema sobre o qual não foi ainda passada a pátina dos temas que congregam uma maioria de entendimento e que se revelam, por isso, pacíficos e estabilizados. Propomo-nos, numa palavra, ensaiar uma resposta para o problema que nos ocupa, lançando uma nova luz para um tema que se apresenta assaz controvertido.

1.º Capítulo – Proibições de Prova

Função e destinatários

As proibições de prova surgem, no Processo Penal português, como verdadeiros limites à descoberta da verdade material. Desempenham uma função tuteladora dos Direitos Fundamentais, pelo que lhes é assacada uma função substantiva, representando limites intransponíveis à descoberta da verdade material, que terá sempre de ser uma verdade processualmente válida.

No âmbito das *proibições de prova*, distinguem-se as *proibições de produção de prova*[1] das *proibições de valoração da mesma*. Enquanto a *proibição de produção* concerne ao método de aquisição da prova, a *proibição de valoração* respeita à utilizabilidade da mesma em Processo Penal. Quanto a estas últimas, há ainda que proceder à destrinça entre *proibições de prova dependentes* e *proibições de prova independentes*, aquelas resultando de uma *proibição de produção de prova* e estas últimas ditando autonomamente a inutilizabilidade no processo do meio de prova, independentemente de o meio de aquisição estar ou não inquinado[2] [3].

Esta demarcação interna das *proibições de prova* importa sobremaneira do ponto de vista dos seus destinatários. Embora não se divise unanimidade nas soluções avançadas pela doutrina

---

[1] Dentre estas distinguem-se as *proibições de temas de prova* (*v.g.*, art. 137º CPP), *as proibições de métodos de prova* (*v.g.*, art. 126º CPP) e as *proibições de meios de prova* (*v.g.*, art. 134º, nº 2, do CPP). A este propósito, cf. COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, p. 90.

[2] No âmbito das considerações tecidas sob o ponto «Descontinuidade no interior do sistema processual penal», aponta COSTA ANDRADE, *in* «Sobre a valoração, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas por particulares», *in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, número especial, volume I - Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia, pp. 37-39, que «Identificada uma *proibição de produção de prova*, está longe de se poder considerar em definitivo solucionado o problema da valência da respectiva prova em sede de valoração. Numa primeira consideração das coisas, nada mais sugestivo do que acreditar que a violação duma regra de produção de prova haja de desencadear a proibição da valoração da prova obtida em contravenção (…) nada aparentemente mais óbvio que a interpretação das proibições de prova como expressões cristalizadas e codificadas da renúncia do direito à "verdade" correspondentemente mediatizada. (…) Uma concepção cuja consistência não resiste, porém, a uma consideração mais atenta das questões pertinentes.» Refere o autor que aquela descontinuidade é, desde logo, evidenciada pelas proibições de valoração de prova *independentes*, «isto é, proibições de valoração que não têm atrás de si qualquer violação duma proibição de produção de prova. Para além disso e sobretudo, – e diferentemente do que tende a acontecer, v.g., com as chamadas *exclusionary rules* do direito americano – nem sempre a violação de uma proibição de produção de prova é sancionada com a proibição da valoração da prova obtida.

[3] Pensemos, *v.g.*, no caso de, na decorrência de uma busca que seguiu os trâmites legais, ser apreendido um diário pessoal. Poderá questionar-se se o mesmo poderá ser valorado, ou se, pelo contrário, a sua valoração representaria uma «*abusiva* intromissão na vida privada» - cf. art. 32º, nº 8, da CRP (itálico nosso), caso em que deverá ser cominada uma proibição de valoração. Nota CAIADO MILHEIRO - Anotação ao artigo 167.º do Código de Processo Penal, *in Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, tomo II, p. 535, que «a conformidade com as regras de obtenção de uma determinada prova não significa que os documentos que daí advenham possam ser utilizados sem um novo crivo valorativo *in concreto*. É o que emerge do ac. TC 607/2003 que analisou uma situação em que a apreensão foi legítima, mas o "documento diário" implicava uma análise adicional em relação à sua aptidão probatória *naquele* processo».

e jurisprudência portuguesas, parece haver uma maior tendência para considerar que os particulares não estão sujeitos às proibições de *obtenção* da informação probatória, sendo estas, em primeira linha, dirigidas às instâncias formais de controlo[4]. Entanto, dada a prevalência da dimensão material-substantiva das proibições de prova – à semelhança do que ocorre no sistema alemão[5] –, impõe-se que não haja uma irrestrita admissibilidade das provas obtidas por particulares. Assim, por exemplo, quando a informação probatória trazida ao processo tenha sido obtida por um particular mediante tortura (art. 126º CPP), dúvidas não haverá quanto à insusceptibilidade da mesma ser utilizada, dada a mácula de proibição de valoração que sobre ela, indelevelmente, recairá. E esta solução encontra apoio no art. 126º CPP, que não contém qualquer referência aos seus destinatários, da qual se pudesse concluir estar o preceito adscrito à actuação das instâncias formais de controlo, à semelhança do que ocorre no sistema americano de proibições de prova.

Com efeito, as *exclusionary rules* do direito americano têm como exclusivos destinatários os órgãos das forças policiais e os particulares que ajam no interesse e às ordens das instâncias formais de controlo penal.[6][7][8] No entanto, e como referimos, o modelo português aproxima-se do modelo tedesco, em que a nota caracterizadora é a da tutela dos direitos fundamentais. Esta sua dimensão substantiva importa a não adstrição das mesmas às instâncias formais de controlo,

---

[4] Como refere JOSÉ NEVES COSTA, «Provas Ilicitamente Obtidas por Particulares», *in Prova Penal Teórica e Prática*, p. 193, refere que, «no que respeita à questão de saber se os particulares são ou não destinatários das proibições de *obtenção* de prova, a doutrina e a jurisprudência não têm sido unânimes: esta última divide-se encontrando-se decisões em ambos os sentidos e, entre aquela primeira, parece vir prevalecendo a posição nos termos da qual as normas de proibição de prova são essencialmente normas de disciplina dos poderes públicos, defendendo-se que, nos casos de ilicitude na obtenção de provas por particulares, está em causa uma proibição de *valoração* e não de *produção* de prova.» (itálicos nossos).

[5] Ao contrário do que ocorre no sistema americano, onde as proibições de prova (*exclusionary rules*) têm uma dimensão sobretudo processual, preordenada à tutela do *due processo of law*.

[6] Segundo BRADLEY (*apud* COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições…*, p. 144), «verdadeiramente decisiva em debate na fase do processo americano relativa à admissibilidade dos meios de prova é, assim, determinar se terá ou não ocorrido uma violação da lei por parte da polícia». No caso *Elkins v. United States*, 1960, concluiu o *Supreme Court* que as proibições de prova configuram «*the only effectively available way*» para garantir a disciplina da actividade policial.

[7] JOSÉ NEVES COSTA, *ibidem*, pp. 174-175, relata que no caso *Burdeau v. McDowell*, em 1921, «o Tribunal deixou bem claro que estas regras não se aplicam a particulares quando fossem estes a obter à sua custa as provas, adoptando uma concepção estritamente processual da *Fourth Amendment*, a qual se destinaria exclusivamente a regular a actividade da polícia. (…) E esta jurisprudência mantém-se até hoje, sendo entendimento no Direito Processual Penal norte-americano federal que as investigações dos particulares e as provas por eles obtidas não estão sujeitas ao escrutínio da *Fourth Amendment*, nem à *exclusionary rule*, encontrando-se bastante viva na jurisprudência do *Supreme Court* a chamada "Burdeau rule". Assim, nos Estados Unidos da América, pelo menos a nível federal, parece que são admissíveis em julgamento penal as provas obtidas por particulares com base, por exemplo, em fraude, coacção, invasão da privacidade ou da violação da vida privada, sendo certo que são particularmente cobiçadas provas como fotografias, vídeos, gravações ou diários pessoais, pelo seu elevado valor probatório.»

[8] Solução diferente é sufragada no Estado do Texas, em que se considera que as *exclusionary rules* se aplicam a qualquer pessoa e não apenas às instâncias formais de controlo – *ibidem*, p. 176.

podendo mesmo ter como destinatários particulares.[9] Para além do *primeiro caso do diário*, é também de fazer relevar, nesta sede, a decisão do *caso do gravador*, de 1960, em que o BGH se pronunciou pela inadmissibilidade da valoração de uma gravação ocultamente realizada por um particular, precisamente, em homenagem aos direitos de personalidade do arguido, sem, contudo, ter ignorado que os mesmos não são insusceptíveis de restrição.[10] É, pois, neste quadro de matiz substantiva de proibições de prova que nos moveremos, passando, de seguida, para a análise do artigo 167º CPP, que prevê uma proibição de *valoração* de prova, nuclear para o nosso objecto de estudo, e que tem indubitavelmente como destinatários, para além das instâncias formais de controlo, os particulares, sendo em relação à valoração das provas recolhidas por estes últimos que dedicaremos a nossa reflexão.

[9] Veja-se a esse propósito a decisão no *primeiro caso do diário*, em que, com fundamento na dignidade humana e no livre desenvolvimento da personalidade, arguiu o BGH: «Eles vinculam o Estado e todos os seus órgãos *bem como qualquer pessoa no domínio do tráfico jurídico privado*.» (itálico nosso). Assim também no aresto de 1973, em que o Tribunal Constitucional Alemão verteu de forma mais acabada a *teoria dos três graus*: «tem sido jurisprudência constante deste Tribunal Constitucional o entendimento de que a Lei Fundamental reconhece ao cidadão individual uma área inviolável de livre conformação da vida privada, de todo em todo subtraída à intromissão e devassa dos agentes públicos ou *privados*.» (itálico nosso). *Vide ibidem*, pp. 141-142.
[10] *Idem*, *ibidem*, p. 183.

2.º Capítulo - A proibição de valoração do art. 167º, nº 1, do CPP

I. Sobre a admissibilidade das reproduções mecânicas

Dispõe o artigo 167º CPP, no seu nº 1, que «as *reproduções* fotográficas, cinematográficas, fonográficas ou por meio de processo electrónico e, de um modo geral, quaisquer reproduções mecânicas só valem como prova dos factos ou coisas reproduzidas se [as *reproduções*] não forem ilícitas, nos termos da lei penal». (itálico nosso).

A primeira observação que nos propomos fazer é a de que o artigo, pese embora esteja epigrafado de «valor probatório», «não estabelece qualquer tipo de prova tarifada. Não se fixa uma espécie de *quantum* probatório deste "género" de prova documental. O que se preceitua são os elementos essenciais, a *conditio sine qua non*, para a reprodução mecânica ter aptidão probatória, ou seja, poder ser valorada».[11]

O preceito afigura-se-nos bastante peculiar, uma vez que estriba a proibição de valoração de prova que estatui na ilicitude da *reprodução* (= utilização), onde vai envolvida uma remissão para os juízos valorativos do direito penal substantivo. Deste modo, o ordenamento jurídico processual mostra-se permeável aos juízos de valor do direito penal material, preterindo do seu juízo próprio, enformado pela sua axiologia, conformando a sua solução (processual) de acordo com determinado *output* de direito material. Deste modo, se refere, a propósito deste preceito, ser estabelecida uma «continuidade» entre o Direito Penal Substantivo e o Direito Processual Penal.[12]

De facto, o art. 167º CPP impõe uma condição essencial para que a reprodução mecânica seja admitida no Processo Penal: que a mesma (que configura uma «*utilização*») não seja ilícita, nos termos do direito penal material. A novidade do preceito consiste precisamente nessa ligação que parece estabelecer entre, por um lado, juízo de ilicitude material/prova proibida e, por outro, juízo de licitude material/prova permitida. A continuidade não é, todavia, biunívoca:

---

[11] CAIADO MILHEIRO - Anotação ao artigo 167.º do Código de Processo Penal, In GAMA, A. [et al.] – *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, tomo II, p. 532.

[12] Referindo-se ao então 179º CP [actual 199º CP] dizia COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições…*, p. 238, citando MAUNZ/DÜRIG/HERZGOD, que se trata de um «axioma normativo que denuncia o propósito do legislador português em prestar homenagem à "unidade moral do direito em relação aos valores fundamentais da nossa ordenação jurídica: o que foi obtido de forma jurídico-material ilegal, por lesão da esfera da intimidade, permanece igualmente ilegal (e não valorável no processo estadual)"». Acrescenta COSTA ANDRADE (*ibidem*) que aquele normativo «assume consequentemente a representação do direito penal como *ultima ratio* da protecção dos bens jurídicos fundamentais. O que equivale a adscrever aos bens jurídicos tutelados pelo direito penal substantivo uma proeminência e prevalência de princípio sobre os interesses imanentes ao processo penal. E a reconhecer às respectivas normas uma dignidade que não se compadeceria com descontinuidades abertas precisamente no processo penal estadual.»

ao passo que a ilicitude da reprodução, segundo um juízo valorativo penal material, determinará a proibição de valoração do meio de prova, não é por a reprodução ser considerada lícita (ou não ilícita) que a mesma será admitida como meio de prova.

Desta forma, parece-nos que do preceito resulta que a reprodução *ilícita*, nos termos do direito penal substantivo, não é admissível. Já a reprodução *lícita* (ou *não ilícita*) será *admissível* como meio de prova no processo penal, o que não significa que vá ser, de facto, *admitida*, sendo ainda necessário que passe pelo crivo valorativo que convoca os interesses e fins que presidem ao processo penal.

Seguindo aqui o entendimento de CAIADO MILHEIRO, a não ilicitude penal substantiva da reprodução mecânica é condição essencial (= condição necessária) para a prova ser *admissível*. Mas já não será condição suficiente para o meio de prova ser *admitido*, pois a não ilicitude «não afasta outros critérios gerais sobre a admissibilidade probatória (v.g. necessidade, obtenibilidade, proporcionalidade, tempestividade), nem tampouco as regras próprias das proibições de prova»[13]. Destarte, a única conexão passível de ser estabelecida (através do disposto no art. 167º CPP) é a da ilicitude material com a não admissibilidade processual.

Em suma, e em termos esquemáticos, analisamos o preceituado no art. 167º, nº 1, do CP como impondo dois crivos para a admissibilidade da *reprodução* (= utilização) mecânica no processo penal:

1. Se a reprodução mecânica *não* configura um ilícito penal → o meio de prova é *prima facie admissível* (passa o primeiro teste, exigência exclusiva do artigo 167º CPP);

2. Efetuado um juízo de ponderação que leve em conta os critérios gerais de admissibilidade dos meios de prova, bem como as regras das proibições de prova → o meio de prova será *admitido* ou o meio de prova *não* será *admitido*.

Como referimos, aquele primeiro crivo constitui uma especificidade do art. 167º CPP, que recebemos com alguma perplexidade. De facto, estabelece o preceito que a não ilicitude penal material é condição necessária da admissibilidade das reproduções mecânicas como meio de prova no processo penal. O resultado do direito penal substantivo não surge como elemento a levar em conta no juízo ponderativo que se faça sobre a admissibilidade do meio de prova, mas como condição *prévia* que ter-se-á de dar por verificada (a não ilicitude) antes de qualquer juízo de ponderação. Parece-nos, assim, que este art. 167º, nº 1, do CPP se afasta da análise

[13] CAIADO MILHEIRO, *ibidem*, p. 532.

casuística de que, muitas vezes, depende a cominação de uma proibição (de valoração) de prova, nomeadamente de uma das teorias chamadas à colação para apurar sobre a admissibilidade da valoração da prova em geral – a teoria da ponderação de interesses[14] –, uma vez que subtrai o resultado do juízo valorativo do direito penal substantivo de qualquer ponderação, erigindo-o em *conditio sine qua non* da admissibilidade da reprodução mecânica como meio de prova no processo penal. Destarte, em vez de ser o juízo normativo-penal mero elemento, a par de outros, cujo funcionamento fosse deles coevo, de aferição da admissibilidade de um meio de prova, é o elemento (o único) que irá determinar se este é ou não *admissível*, mostrando-se, desta forma, a nosso ver, o processo penal excessivamente serviente às valorações de direito material.

No entanto, de *iure constituto*, não cremos que outro possa ser o entendimento do art. 167º, nº 1, do CPP. De acordo com a nossa interpretação do preceito, o legislador foi peremptório na estatuição, prevendo uma solução de carácter geral e abstracto, sem dúvida, à revelia da análise casuística que se entende dever presidir às proibições de prova. No que toca ao primeiro crivo que referimos, o juízo em concreto é, a nosso ver, inexplicavelmente afastado.

Atentando na letra do preceito, lemos que as reproduções mecânicas serão admissíveis como meio de prova quando não sejam ilícitas nos termos do direito penal. A ilicitude surge, destarte, reportada à *reprodução*. A remissão para o juízo valorativo do direito penal substantivo sobre a eventual contrariedade à norma jurídico-penal cinge-se à averiguação da *conduta do agente que reproduz*, vale dizer, *utiliza* aquilo que foi captado por meio técnico mecânico. Com isto pretendemos sublinhar que o modo de *obtenção*, isto é, a licitude ou ilicitude na obtenção, não é considerado para efeitos da estatuição do artigo 167º, nº1, do CPP. Esta previsão normativa veda a admissibilidade no processo penal das *reproduções* ilícitas, abstraindo do modo como foram adquiridas. A questão da obtenção não será, contudo, asséptica, sendo tida em consideração no segundo crivo que referimos. De facto, será um elemento a entrar no juízo de ponderação que irá determinar se a prova *admissível* (porquanto a *reprodução/utilização* não configura um ilícito penal) será *admitida*.[15]

[14] Esta teoria pretende dar uma resposta à questão da admissibilidade da valoração de determinado meio de prova naqueles casos em que a lei é omissa, portanto, em que não estatui uma proibição de valoração, aos casos de proibições de valoração independentes e, ainda, às questões dos *conhecimentos fortuitos* e do *efeito-à-distância*. Podem ainda ser chamadas, em ordem a contribuir para a dissolução do problema, as teorias da *esfera jurídica*, do *fim de protecção da norma*, dos *procedimentos hipotéticos de investigação* e dos *direitos de domínio sobre a informação*. Cf. COSTA ANDRADE, «Proibições de Prova em Processo Penal», p. 190 e, do mesmo autor, *Sobre as Proibições…*, p. 100.

[15] Continuamos a interpretar o art. 167º CPP nos mesmos moldes de CAIADO MILHEIRO, *ibidem*, p. 534.

Afastamo-nos, neste ponto, do entendimento de COSTA ANDRADE, na parte em que o autor menciona ser o art. 167º um exemplo, a par do art. 126º e art. 189º CPP, de uma previsão legal em que «a lei comina expressamente a violação de uma proibição de produção de prova com a drástica sanção da proibição de valoração»[16]. Não podemos estar de acordo com o autor, no que se refere ao nº 1 do art. 167º do CPP, na medida em que, como já dissemos, e no que concerne aos *particulares*, o legislador não estabelece um *modus* específico de aquisição da prova, consubstanciando uma proibição de valoração *independente*[17]. O meio de prova não será admissível quando a respectiva *utilização*, por meio de *reprodução*, constitua um ilícito-típico. Estender o juízo de ilicitude ao modo de obtenção do meio probatório seria, por um lado, ignorar que o preceito se reporta tão-só ao momento da valoração, abstraindo do modo de aquisição, bem como, por outro lado, corresponderia a decantar das incriminações previstas no CP regras de produção de prova com eficácia face aos particulares.

Parece-nos, dizíamos, que o juízo de ilicitude, para o qual remete o art. 167º, nº 1, do CPP, está adscrito à questão da *reprodução*. A justificação para esta opção legislativa – de cingir o juízo de ilicitude à *utilização* – podemos divisá-la no facto de o momento da *utilização* ser aquele que se concretiza sob a égide do processo penal. Já a questão da *obtenção* é um *prius* lógico e cronológico face ao momento da *utilização* do material adquirido como meio de prova no processo, sendo, portanto, algo que está «*fora*» do processo penal, que lhe é «*externo*». Não obstante, e como já referimos, será, contudo, um elemento que será chamado ao processo para efeitos da ponderação a ser feita sobre a admissibilidade do meio de prova.

Assim, somos levados a concluir que o juízo do direito penal sobre a contrariedade da conduta à norma jurídico-penal, quando esteja em causa a *obtenção*, não será de molde a proibir a admissão do meio de prova no processo penal. Trata-se de uma questão a ser *re*analisada pelas valorações próprias do processo penal que, na prevalência dos interesses que jogam no sentido da admissão da prova, não transigirá com o juízo penal substantivo. Por outro lado, no que concerne à *utilização*, este último juízo é inexorável, porquanto subtraído a qualquer ponderação de interesses. Como já afirmámos, o legislador foi peremptório na solução que entendeu dar ao problema. De facto, a ilicitude da reprodução surge como «limite [inultrapassável] à descoberta da verdade material».[18]

---

[16] COSTA ANDRADE, «Sobre a Valoração…», p. 38.

[17] É, aliás, o entendimento do autor do qual ora discordamos, que afirma, no que concerne às gravações produzidas por particulares, «apenas poderem relevar em sede de *proibição de valoração*», acrescentando que «elas só podem dar origem a uma verdadeira proibição de valoração de prova independente.» – *ibidem*, p. 72.

[18] CAIADO MILHEIRO, *ibidem*, p. 534.

Mas, pese embora CAIADO MILHEIRO afirme ser a licitude condição necessária para a valoração do meio de prova, não considera que esta deva ser aferida «de uma forma neutra», mas na sua conexão com o processo penal, enformada pela sua axiologia. Ora, trata-se de um ponto em que nos distanciamos do autor. Desde logo, porque nunca a questão da (i)licitude é ajuizada «de uma forma neutra», sendo sempre reportada a um juízo normativo que se funda na axiologia e teleologia próprias do direito penal. Se com aquela expressão o autor pretendia mencionar a ausência da valoração própria do processo penal, que entende dever estar presente, pese embora concordemos com a solução por ele avançada, entendemos que, *de iure constituto*, é indefensável. Ainda que *de iure condendo* nos pareça o caminho acertado – a solução sobre a admissibilidade de um meio de prova dever ser enformada pela axiologia do processo penal – a verdade é que o preceito do art. 167º, nº 1, do CPP é peremptório na remissão que opera para o direito penal substantivo: são as valorações deste e não do processo penal que irão determinar se a *reprodução* é ou não ilícita. Aliás, e contra a leitura do autor, podemos afirmar que os fins que presidem ao processo penal são inaptos na qualificação de um comportamento como lícito ou ilícito. Coisa diferente será afirmar que, porque o direito processual penal constitui um sistema autónomo, auto-referente, possuidor de uma axiologia própria, pode aceitar ou não os juízos do direito penal substantivo, também ele um sistema autónomo, enformado por valores próprios e auto-referente[19]. Por outras palavras, o facto de uma conduta ser penalmente ilícita não tem por implicação necessária que o meio de prova que essa conduta logrou obter seja inadmissível no processo penal. Ou seja, independentemente do carácter lícito ou ilícito da conduta que logrou a obtenção de determinado meio de prova, o processo penal, tendo em conta os interesses nele presentes e a teleologia que lhe preside, poderá admitir a «prova ilícita», bem como não admitir a «prova *substantivamente* lícita». No entanto, e como já referimos, a lei é, neste preceito, segundo a nossa interpretação, clara na continuidade que estabelece entre a ilicitude penal substantiva e a não admissibilidade do meio de prova em processo penal, pelo que, ainda que concordemos com o autor de uma perspectiva *de iure condendo* – reiteramos –, já não o podemos acompanhar quando este entende ser a solução que decorre do direito positivo.

O autor referido procura reforçar a conclusão a que chega na interpretação do art. 167º, nº 1, do CPP, por meio da análise do nº 2, do mesmo artigo. Este último dispõe que não serão consideradas ilícitas as reproduções mecânicas que estejam em conformidade com o disposto no título III do livro III («Da prova»). Escreve o autor que «assiste-se assim a uma interligação

[19] COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições…*, p. 41, al. b).

entre a ilicitude "nos termos da lei penal" e a não obediência a normativos processuais de produção de prova»[20] e que «o respeito pelo formalismo processual sempre confere licitude à utilização da reprodução mecânica no processo penal como *condição* para a sua valoração».[21] Embora reconheçamos valia a esta argumentação, desde logo, porque nos levaria ao método de encontrar a solução, para a questão da admissibilidade do meio de prova, que reputamos como o mais adequado, e que é aquele que tem em conta o sistema de valores próprio do processo penal, não cremos que a conclusão a que se chegue na interpretação do nº 2 deva influir na do nº 1. Na verdade, pese embora o nº 2 constitua uma especificação do nº 1 – recortando, de entre as situações previstas no nº 1, os casos em que o conteúdo objecto da reprodução mecânica, a ter lugar no processo penal, foi obtido pelas autoridades judiciárias e OPC, no cumprimento das regras processuais e, por isso, se considera ter sido a sua conduta *lícita* –, nem todas as situações enquadráveis no nº 1 partilham da lógica subjacente ao nº 2. De facto, este último, tendo por objecto o comportamento das instâncias formais de controlo, estabelece uma correspondência entre licitude e obediência às regras de produção de prova. Ora, tal correspondência já não poderá ser estabelecida quando estejam em causa condutas dos particulares, uma vez que estes não são destinatários dessas regras. Acrescentamos, ainda, que nos parece que o cumprimento das normas processuais de produção de prova, previstas no título III, do livro «Da prova», consubstancia a conformação da actuação das autoridades judiciárias e dos OPC dentro dos limites traçados pelas «*autorizações legais*», portanto, por uma causa de exclusão da própria tipicidade, que encontra a sua sede, precisamente, na dogmática penal substantiva.

II. Apreciação crítica do art. 167º, nº 1, do CPP

Partindo da interpretação que fazemos do art. 167º, nº 1, do CPP – de a *reprodução* mecânica não ser admissível como meio de prova no caso de a conduta do agente que reproduz constituir um ilícito criminal –, que entendemos ser a única compatível com a sua letra, várias são as perplexidades que o preceito nos suscita.

Desde logo, não entendemos esta tomada de posição do legislador pela «continuidade» entre o direito penal substantivo e o direito processual penal quando a «descontinuidade», em sede de proibições de prova, constitui – e com boas razões – a regra. Na verdade, estão em causa sistemas autónomos, que convocam valores diferentes e se pautam, portanto, por uma teleologia distinta. Não só a descoberta da verdade material consubstancia um dos fins do processo penal,

[20] *Ibidem*, p. 535.
[21] *Idem, ibidem.*

como será de acordo com o juízo ponderativo, feito *em concreto*, atendendo aos interesses e fins que estão em jogo no *concreto* processo, que se deverá ajuizar sobre a admissibilidade dos meios de prova. Nesta senda, a ilicitude da conduta que logrou a obtenção ou de que é alvo a utilização de determinado meio de prova deveria ser chamada à balança que pesa os interesses em jogo no processo, mas como um elemento, a par dos demais convocáveis, por cuja irrelevância se decidiria quando os interesses votados à admissibilidade do meio de prova assumissem preponderância face aos interesses que se lhes opusessem. Se *A* testemunhar um episódio de violência doméstica ao perpetrar um assalto à casa de *B* e *C*, pese embora a sua aquisição probatória se tenha dado num momento em que tentava o cometimento de um ilícito-típico (de furto qualificado), não se compreenderia que, em processo movido contra *C*, por violência doméstica, *A* não fosse chamado como testemunha ao processo para depor sobre os factos.

Acresce o facto de aquela «continuidade» entre os dois sistemas introduzir complexidade a uma questão que já não se afigura simples, parecendo-nos ser mesmo permeável a uma confusão de conceitos. A reprodução mecânica surge-nos como «prova ilícita», mas a prova, enquanto meio de prova, ainda que possa pressupor uma série de actos até se condensar num resultado probatório, não é uma conduta e, como tal, não é susceptível de um juízo de ilicitude. A prova, em si, não é lícita nem ilícita; já a conduta que se destina à sua obtenção ou utilização é susceptível desse juízo. A prova será *proibida* ou *admissível*. Caso se confundisse a *conduta* destinada, por exemplo, à obtenção de determinada informação probatória com o *resultado* probatório em si, que constituirá o objecto de valoração, poderíamos facilmente ser levados a concluir que onde tivesse sido desrespeitada a regra de produção de prova ou uma proibição de obtenção de prova, na medida em que os comportamentos em causa fossem de molde a ser considerados criminalmente ilícitos, o resultado probatório estaria inquinado, o que impossibilitaria o seu conhecimento, por estatuição de uma proibição de valoração. Mas o *resultado*, ainda que logrado através de uma *conduta ilícita*, não é, em si, passível de um juízo desse jaez.

Assim fosse, haveria uma total congruência entre o juízo do direito penal substantivo e o juízo sobre a admissibilidade do meio de prova em processo penal, uma vez que licitude/admissibilidade e ilicitude/inadmissibilidade seriam conceitos correspondentes. Contudo, e como nos ensina COSTA ANDRADE, esta «congruência entre os dois ramos do direito é (…) prejudicada pela *tensão centrífuga* dos sentidos que presidem aos juízos de *ilicitude*

penal, por um lado, e às *proibições de prova*, por outro».[22] Na senda do pensamento do mesmo autor, teremos de reconhecer uma diferente extensão àqueles dois juízos, provenientes de dois sistemas que, ainda que comunicantes, se caracterizam pela sua autonomia e axiologia próprias.[23]

Outro fosse o entendimento e seriam incompreensíveis as proibições de prova que não pressupõem a existência de uma conduta ilícita (p. ex., não valoração de um diário íntimo apreendido numa busca que respeitou todos os trâmites legais) ou as situações em que, não obstante a ilicitude da conduta que logrou a aquisição de material probatório, o mesmo é admissível no processo (p. ex., a situação que referimos *supra* do ladrão cujo testemunho é depois produzido no processo). Por outro lado, as «descontinuidades» existentes no seio do próprio processo penal seriam também elas incompreensíveis. Pensamos nas designadas «proibições de prova independentes» e nos casos em que a proibição de produção de prova não é seguida de uma proibição de valoração da prova obtida.[24]

Ora, no caso do art. 167º, nº 1, do CPP, não somos capazes de desvelar os interesses em homenagem aos quais a «continuidade» entre o direito penal material e o direito processual penal foi estabelecida. Pese embora ofereça uma solução clara para as reproduções mecânicas *ilícitas*, o que, nas palavras de COSTA ANDRADE, potencia uma «redução da complexidade», não nos parece que a mera simplificação da tarefa do intérprete seja (ou deva ser) um interesse que deva assumir relevo nas respostas oferecidas pelas normas ordinárias. De facto, não percebemos a aproximação entre aqueles dois sistemas, uma vez que as proibições de prova, assumindo um cariz material-substantivo, estão preordenadas à tutela de direitos fundamentais e estes podem ser lesados sem que para a lesão haja concorrido uma conduta penalmente ilícita. O ilícito penal, por sua vez, centra-se no desvalor de acção, na conduta atentatória das normas jurídico-penais protectoras de bens jurídicos, que relevará mesmo quando não haja sido atingido o estado da consumação. Numa palavra, as proibições de prova atendem ao *resultado* – ao grau de danosidade do ponto de vista dos direitos fundamentais –, enquanto o ilícito se foca na *acção*, que releva, ainda quando não seja sequenciada por qualquer lesão. Acresce o facto de a tutela de bens jurídicos cometida à norma incriminadora não implicar necessariamente a inutilização probatória das informações que a conduta criminosa logrou alcançar. No exemplo do furto qualificado, a aplicação de uma pena pelo furto na forma tentada satisfará, em princípio, as

[22] COSTA ANDRADE, «Sobre a Valoração…», p. 30.
[23] Pese embora, como já referimos, o autor apontar, no caso do art. 167º, nº 1, do CPP uma «continuidade» entre os dois ramos do direito, *ibidem*, p. 53-54.
[24] *Ibidem*, pp. 37-40.

exigências de tutela do bem jurídico, sem que seja necessário prescindir de todos os resultados da conduta delitiva, nomeadamente a informação probatória que foi adquirida.

Deste modo, postergamos a interpretação do art. 167º CPP que, na remissão que opera para o direito penal substantivo, lhe atribui a intenção de dirimir uma colisão entre direitos subjectivos e fundamentais, por um lado, e interesses do Estado na perseguição penal, por outro, em favor dos primeiros.[25] Em termos breves, a produção de um resultado lesivo de bens jurídicos, erigidos a partir de direitos fundamentais, não configura necessariamente um ilícito penal. Assim, quando a lei processual penal impõe como condição para a admissão de material probatório no processo de que o material em causa não haja sido captado de forma *ilícita*, a lei processual não pode estar a tomar posição ou a dirimir uma colisão entre direitos fundamentais, por um lado, e interesses do Estado, por outro. Tal leitura só é compatível quando se pretenda ver no ilícito – não uma conduta que exprime um sentido de inimizade pelas normas de determinação jurídico-penais, mas – uma categoria dogmática que se afirma pela produção de resultados desvaliosos. Mais uma vez, notamos uma confusão de conceitos. A protecção face a lesões dos direitos é prosseguida pelo instituto das proibições de prova. A ilicitude penal substantiva nem sempre oferecerá a mesma tutela que as proibições de prova: nos casos em que não é ultrapassado o estado da tentativa numa conduta com relevo criminal, portanto em que não chega a verificar-se uma lesão de bens jurídicos ou de quaisquer direitos, o direito penal não se abstém de intervir, sancionando a conduta; nos casos em que há lesão de bens jurídicos ou direitos, mas a conduta lesiva não traduz uma desobediência voluntária à norma, o direito penal abstém-se de actuar. Já as proibições de prova, independentemente do carácter lícito ou ilícito da conduta, poderão arredar a valoração do meio probatório. Preordenadas à tutela dos direitos fundamentais, poderão ser mesmo destinadas a meios de prova cujo conhecimento e valoração no processo implique uma actualização ou aprofundamento da lesão de determinados direitos fundamentais. É sobretudo no âmbito dos designados *direitos de domínio sobre a informação*[26], onde se incluem os direitos à imagem e à palavra, que esta discrepância - entre o juízo do direito penal substantivo e o do direito processual - ganha notoriedade.[27] De facto,

[25] Este o entendimento de COSTA ANDRADE, «Sobre a reforma do código penal português - Dos crimes contra as pessoas, em geral, e das gravações e fotografias em particular», *in Estudos comemorativos do 150º Aniversário do Tribunal da Boa-Hora*, p. 113, onde afirma que «o artigo 167º do Código de Processo Penal representa a consagração positivada de uma via de superação normativa do conflito entre os interesses subjectivizados pelo sistema do processo penal e o direito à palavra no contexto da comunicação directa ou face-a-face», «o que equivale a adscrever ao *direito à palavra*, tutelado pela lei penal substantiva, uma proeminência e prevalência de princípio sobre os interesses imanentes ao processo penal.»

[26] Construção erigida por AMELUNG - *vide* COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições…*, pp. 48-50.

[27] COSTA ANDRADE, «Proibições de prova em processo penal», p. 183-184.

ainda que não tenha existido um desvalor de acção na obtenção da informação, a sua valoração no processo pode representar «uma nova e autónoma lesão do direito de personalidade»[28], pelo que será necessário ponderar acerca da sua admissibilidade como meio de prova.[29]

Pretender estabelecer uma correspondência entre a ilicitude penal e as proibições de prova, na medida em que se divise nos dois institutos um fim comum, o da protecção de direitos fundamentais, poderá significar um enviesamento na análise do que é o ilícito. De facto, o ilícito não se confunde, como já dissemos, com a violação de direitos subjectivos. Tal identificação implicaria definir a ilicitude em função dos danos ou do desvalor de resultado, o que não é compatível com uma concepção de ilícito *pessoal*.[30]

Na verdade, pode haver violação efectiva dos direitos à imagem e à palavra falada sem que haja uma conduta ilícita. Desta forma, não podemos concordar com a interpretação do art. 167º, nº 1, do CPP no sentido de lhe apontar a finalidade de resolução de uma eventual colisão entre os direitos à imagem e à palavra falada, por um lado, e os interesses do Estado na prossecução das finalidades do processo penal, por outro. Aliás, parece-nos que tal conclusão seria incompreensível, não só tendo em conta o facto de a lei processual penal ter apenas tomado posição sobre uma colisão que poderia surgir no caso das *reproduções mecânicas*, mas também atendendo ao facto de a nossa jurisprudência constitucional – na falta de uma inibição legal como aquela de que vimos tratando – ter vindo, ao longo dos anos, a admitir restrições a direitos fundamentais mais conexos com a esfera íntima da pessoa, em ordem a permitir a aquisição e valoração de provas no processo penal.[31]

---

[28] COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições…*, p. 47. No mesmo sentido, *vide* PAULA COSTA E SILVA e NUNO TRIGO DOS REIS, *Efeitos Lícitos da Prova Ilícita em Processo Estadual e Arbitral*, p. 64.

[29] Quando a obtenção haja sido ilícita, AMELUNG procura ultrapassar a proibição de valoração através da análise da *titularidade do direito de domínio sobre a informação*. Quando hajam sido violados os *pressupostos materiais* que regulam a obtenção do meio de prova, é produzida uma «situação de informação que não é aprovada pela ordem jurídica», pelo que é a pessoa concretamente atingida que tem o domínio sobre a informação. Quando, ao invés, hajam sido desrespeitados os *pressupostos formais* que regem a aquisição da informação probatória, não há uma «detenção ilícita da informação», por parte do Estado, pelo que a mesma poderá ser valorada. *Vide* COSTA ANDRADE, *«Bruscamente no verão passado», a reforma do Código de Processo Penal*, p. 143.

[30] Refere, a este propósito, MARIA FERNANDA PALMA - *A Justificação por Legítima Defesa como Problema de Delimitação de Direitos* – a alternativa já ultrapassada e que se foca no objecto do comportamento ilícito – entre *ilicitude subjectiva*, enquanto reportada à violação de direitos subjectivos, e *ilicitude objectiva*, consistindo esta na violação do direito objetivo. «Numa tal base, a agressão ilícita significava a *violação de direitos* que justificaria a respectiva defesa ou, em oposição, somente a *contrariedade à norma jurídica* que protegeria bens.» (itálico nosso). O primeiro entendimento conduzia a um entendimento de *ilícito* de conteúdo ilimitado, algo incompatível com o princípio da legalidade por que se tem de pautar o direito penal. O segundo entendimento foi o que se foi forjando e afirmando na dogmática jurídico-penal, tendo-se pacificado a concepção do ilícito enquanto contrariedade a uma norma de determinação jurídico-penal.

[31] Ver o relatório apontado por MOTA PINTO, «A protecção da vida privada na jurisprudência do Tribunal Constitucional», *Jurisprudência Constitucional*, nº 10; bem como, no concernente ao campo especificamente processual-penal, MARIA FERNANDA PALMA, «Tutela da vida privada e processo penal: realidades e perspectivas constitucionais», *ibidem*. Ver, ainda, a reflexão de LUÍSA NETO acerca dos «Acórdãos do Tribunal Constitucional

Ora, parece-nos, ainda, que o legislador, ao subtrair a questão da admissibilidade dos meios de prova, pelo menos numa primeira fase, dos juízos próprios do sistema processual penal, estatuindo que o penalmente ilícito não será processualmente admissível, está a colocar um limite à descoberta da verdade material, comprimindo o direito à prova e, deste modo, o direito a uma tutela judicial efectiva, erigido em bem jurídico, e consagrado no art. 20º CRP, sem que essa restrição nos pareça em conformidade, em todos os casos que surjam, com o princípio da proporcionalidade, previsto no art. 18º, nº 2, da CRP, analisado nas suas três vertentes: necessidade, adequação e proibição do excesso. Pensamos na hipótese de um estado de necessidade probatório, p. ex., em que uma gravação licitamente obtida, porquanto com o consentimento do titular do direito, consiste no único meio de prova apto a confirmar determinado enunciado factual; contudo, porque o titular do direito não fornece o seu consentimento para a respectiva *utilização*, materializada na reprodução mecânica, o seu conteúdo não poderá ser revelado, sob pena de estarmos perante um acto ilícito (cf. art. 199º, nº 1, al. b), do CP) e, portanto, a reprodução não poder ser valorada (art. 167º, nº 1, do CPP). Parece-nos que, neste exemplo, o direito à prova, enquanto direito subjectivo de índole processual, é atingido no seu núcleo essencial.

III. Âmbito da remissão operada para o Direito Penal Substantivo

Tendo em conta que o nosso trabalho se cinge à questão da admissibilidade das gravações, filmes e fotografias como meio de prova em processo penal, pese embora outras incriminações previstas na lei criminal possam assumir relevo, certamente o assumirão as incriminações previstas no art. 199º CP, votadas à tutela dos bens jurídicos inexoravelmente postos em causa com as reproduções mecânicas: a palavra falada e a imagem.

Este preceito do CP, que iremos analisar de seguida, refere-se à *obtenção* (cf. nº 1, al. a) e nº 2, al. a)) e à *utilização* (cf. nº 1, al. b) e nº 2, al. b)) de gravações, filmes e fotografias. Uma vez que entendemos que a remissão operada pelo art. 167º CPP para o direito penal substantivo está adstrita à *utilização*, na consideração do art. 199º CP, para efeitos de aferição da (i)licitude da *reprodução* (= *utilização*) - da gravação, filme ou fotografia -, que irá determinar se o meio de prova é ou não admissível, apenas importará analisar os comportamentos típicos previstos

nº 213/2008 e 486/2009: a prova numa sociedade transparente», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, a.8, onde a autora refere, a propósito do conteúdo do direito à reserva da vida privada, do qual se emanciparam e autonomizaram os direitos à imagem e à palavra falada (os direitos que constituem o alvo da nossa atenção com este trabalho), que vivemos «num tempo em que provavelmente o desenho de uma esfera autónoma de realização de cada cidadão resulta tão ou mais ameaçado em termos que decorrem da eficácia horizontal - da comunidade - do que as que tradicionalmente correspondiam às ameaças estaduais - eficácia vertical.» (p. 317).

na al. b) do nº 1 e al. b) do nº 2 daquele preceito do CP. Isto para efeitos da análise do primeiro crivo, que referimos *supra*. Já no que concerne ao segundo crivo, uma vez que entendemos que o modo de obtenção será relevante no juízo ponderativo levado a cabo em ordem a determinar se o meio de prova, *prima facie* admissível - porque a sua reprodução não consubstancia um ilícito nos termos da lei penal -, será, de facto, admitido, a al. a) do nº 1 e al. a) do nº 2 do art. 199º CP, serão tidas em consideração.

Portanto, para efeitos de determinar se o meio de prova é admissível (= 1º crivo), teremos de atentar na remissão que o art. 167º, nº 1, do CPP, faz para o art. 199º CP, para o seu nº 1, al. b) e nº 2, al. b). Quando esteja em causa uma conduta ilícita-típica subsumível a qualquer destas alíneas, o meio de prova não poderá ser *reproduzido* (= *utilizado*) no processo penal. Referimo-nos à *utilização de gravações sem consentimento do titular do bem jurídico* (art. 199º, nº 1, al. b), do CP) e à *utilização de imagens contra a vontade do titular do bem jurídico* (art. 199º, nº 2, al. b), do CP), à míngua de uma causa justificativa, penal ou geral, ou de uma causa de exclusão da própria tipicidade.

No que concerne à *utilização de imagens contra a vontade do titular do bem jurídico* (art. 199º, nº 2, al. b), do CP), porquanto não é exigido *consentimento*, isto é, uma manifestação de vontade do visado no sentido de autorizar ou não autorizar a referida reprodução, mas tão-só que não expresse a sua vontade mostrando-se contra a dita reprodução, parece-nos que não poderemos deixar de afirmar a existência de uma *presunção negativa de vontade* quando o conteúdo objecto da reprodução seja revelador da prática de uma infracção criminal, por parte do titular do direito à imagem.

3.º Capítulo – O art. 199º CP: as gravações e as fotografias ilícitas

I. O princípio do bem jurídico como critério de legitimação e delimitação do «conteúdo de imputação» da norma penal

Propomo-nos agora abordar a questão substantiva, analisando o art. 199º CP, com pertinência ao objecto do presente estudo, e que o art. 167º CPP convoca. Essa abordagem será centrada no bem jurídico, porque, como já foi dito, as proibições de prova, no sistema jurídico português, assumem uma dimensão prevalentemente material-substantiva, pelo que será através da escalpelização dos bens jurídicos tutelados sob a égide daquele preceito que se delimitará o seu âmbito de tutela típica e eficácia, estabelecendo, desse modo, a fronteira entre a admissibilidade do meio de prova e a proibição de valoração cominada pelo art. 167º CPP. Assumirão pertinência, neste âmbito, as causas de exclusão da ilicitude e da própria tipicidade.[32]

Partindo da interpretação que fazemos do artigo 167º CPP – de a admissibilidade da valoração das reproduções mecânicas, em Processo Penal, estar dependente da sua conformidade com o juízo de licitude (ou não ilicitude) sancionado pelo Direito Penal Substantivo – cremos ser inexorável, no âmbito do nosso estudo, a análise do art. 199º CP. Na verdade, em ordem a aferir da licitude (ou não ilicitude) das reproduções mecânicas (= «utilização» das fotografias, filmes e gravações), temos, por força da própria previsão do art. 167º CPP, de recorrer às previsões jurídico-penais materiais, *in casu*, ao referido preceito do CP.

Não se entenda, observando o protagonismo que conferimos à análise do art. 199º CP, que vemos no art. 167º CPP uma remissão exclusiva para aquele preceito do direito penal. Simplesmente, cingindo-nos ao objecto do nosso estudo – centrado na questão da admissibilidade das gravações, filmes e fotografias recolhidas por particulares como meio de prova em processo penal – destacaremos a previsão que, sob a sua égide, tutela os bens jurídicos que são indubitavelmente postos em evidência quando estão em causa as reproduções mecânicas – o direito à palavra falada e o direito à imagem. Isto, insistimos, sem prejuízo de poderem estar também em causa, na panóplia de casos concretos oferecidos ao intérprete-aplicador, outros bens jurídicos, consistentes, nomeadamente, em diferentes desdobramentos da privacidade que, por sua vez, convoca a incriminação prevista no artigo 192º CP.

Ao propormo-nos analisar o âmbito de tutela típica do art. 199º CP damos por assente as seguintes premissas de ordem geral: (a) que as normas penais substantivas estão votadas à tutela

[32] Este tema será tratado *infra*.

dos bens jurídicos essenciais à vivência pacífica em comunidade[33]; (b) que é a protecção do bem jurídico-penal critério de legitimação e fiscalização dos preceitos do direito penal substantivo[34]; (c) que essa tutela é subsidiária e fragmentária, por força do princípio da proporcionalidade, previsto no art. 18º, nº 2, da CRP[35]; (d) e que a conduta lesiva dos direitos fundamentais erigidos em bens jurídicos, arredada do âmbito de tutela típica do preceito penal, por força, precisamente, da subsidiariedade e fragmentariedade que caracterizam este ramo do Direito, não configurando o atentado a nenhuma norma (não obstante o resultado lesivo), não será passível de um juízo de ilicitude (penal), não chegando, sequer, a atingir o estrato da tipicidade.

Procurando desenvolver estas premissas, começamos por reiterar a nossa adesão à teoria do bem jurídico (a). As normas penais, pese embora se definam como normas de conduta destinadas a conformar o comportamento dos seus destinatários, cuja violação se basta com uma acção desvaliosa – abstraindo, portanto, da produção de um resultado lesivo –, são normas que têm por escopo a protecção dos bens jurídicos essenciais à vida pacífica em comunidade, isto é, a tutela de «todas as condições e finalidades necessárias ao livre desenvolvimento do indivíduo, à realização dos seus direitos fundamentais e ao funcionamento de um sistema estatal construído em torno dessa finalidade».[36]

Não obstante o objecto imediato da norma jurídico-penal ser a conduta humana, através da proibição ou imposição (no caso dos delitos omissivos) de determinados comportamentos, trata-se de um expediente operativo que visa lograr a protecção dos bens jurídicos com dignidade penal. Na verdade, consiste no único expediente possível, atendendo ao facto de o direito penal ter por exclusivas destinatárias das suas normas as pessoas e o seu juízo valorativo

---

[33] Seguimos, aqui, a *perspectiva teleológico-funcional e racional*, que veio superar as concepções *positivista-legalista*, *positivista-sociológica* e *moral social* na definição do conceito material de crime e, assim, responder à questão da «legitimação material do direito penal, isto é, à questão de saber qual a fonte de onde promana a legitimidade para considerar certos comportamentos humanos como crimes e aplicar aos infractores sanções de espécie particular.» Para maiores desenvolvimentos, *vide* FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal - Parte Geral*, Tomo I, 3ª ed., pp. 121-130 (121), em especial, pp. 129-130, onde o autor mostra a sua adesão à posição que deixámos em texto, isto é, que a função do direito penal consiste na tutela de bens jurídico-penais.

[34] Referindo-se ao bem jurídico como «padrão crítico das normas constituídas ou a constituir», *vide* FIGUEIREDO DIAS, *ibidem*, p. 132, onde o autor defende que se trata de um conceito trans-sistemático, porque só assim susceptível de ser erigido em critério legitimador daquele que vem a ser o direito positivo; e, ainda, ROXIN, «O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova», *in RPCC*, Ano 23, Nº 1, pp. 12-21.

[35] FIGUEIREDO DIAS, *ibidem*, pp. 146-148; e ROXIN, *ibidem*, pp. 25-26, onde o autor afirma que «a pena, tida como a mais grave das sanções, só deve ser convocada quando outros meios menos gravosos se mostrem insuficientes. Em causa está o princípio da subsidiariedade [que decorre do princípio da proporcionalidade] que, como máxima limitativa da intervenção penal, ocupa o mesmo plano do princípio do bem jurídico e possui um significado político-criminalmente equivalente. Por conseguinte, pode reconhecer-se ao direito penal a função de "protecção subsidiária de bens jurídicos"». (p. 25).

[36] ROXIN, *ibidem*, p. 12.

depender de um centro de imputação de vontade, a cuja liberdade possa ser atribuída uma conduta culposa e, dessa forma, efectivada a responsabilidade penal.

Contudo, importa não perder de vista que, na ausência de bem jurídico, a proibição ou imposição de uma conduta carece de legitimação. E isto, precisamente, porque a norma penal, comando normativo que contende com a liberdade geral de acção dos sujeitos (restringindo-a), estar vocacionada – ainda que de forma mediata – para a protecção de bens jurídicos.

Na senda da concepção do princípio do bem jurídico, reconhece-se ser ele o critério de aferição da legitimidade da intervenção do legislador ordinário na criminalização dos comportamentos, pelo que o entendimento normativista de JAKOBS, nos termos do qual a função do direito penal é a reafirmação da vigência da norma, conduz a um sem sentido e, potencialmente, a uma prepotência do legislador, porquanto a sua discricionariedade, liberta de qualquer padrão crítico, facilmente se transmutará em arbitrariedade. De facto, para este autor, a função do direito penal não consiste na protecção de bens jurídicos – a vida, a liberdade, a propriedade, etc., enquanto factos empíricos –, mas sim na tutela do comando proibitivo (ou impositivo) que diz "não mates!", "não violes!", "não roubes!", portanto, da vigência da norma[37]. Entendimento de inspiração hegeliana, faz corresponder ao facto criminoso a violação da norma; a sanção penal, enquanto reacção ao comportamento atentatório da norma, restituir-lhe-á a sua vigência. Em termos esquemáticos, consiste a norma numa *afirmação*, a sua violação encerra uma *negação* e a *síntese* provém da negação da negação, portanto, da *reafirmação da vigência da norma*. Pese embora não seja de negar a função, não exclusiva, cometida à pena, num sistema de prevenção geral positiva, de reposição da vigência da norma[38], certo é que esta não é tutelada como um fim. Como referimos, a norma é o meio (o expediente técnico) para a protecção dos bens jurídico-penais. A sua reafirmação visa restituir a vigência a determinado mecanismo (a norma de conduta) reputado essencial para a finalidade que o direito penal serve, que, reiteramos, é a protecção das condições mínimas essenciais à vida livre e pacífica em comunidade.[39]

---

[37] *Apud* ROXIN, *ibidem*, pp. 10-12. Para uma perspectiva crítica da concepção de JAKOBS, para além de ROXIN, *vide* FIGUEIREDO DIAS, *ibidem*, p. 91 (§ 66) e «O "direito penal do bem jurídico" como princípio jurídico-constitucional implícito», p. 260, onde afirma que «a protecção da vigência da norma terá de ter por pressuposto material primário a protecção de um bem jurídico-penal, não podendo surgir como fonte autónoma de legitimação, mas unicamente como finalidade derivada e secundária face à protecção de um bem jurídico-penal claramente definido».

[38] FIGUEIREDO DIAS, *ibidem*, p. 90 e ss.

[39] Como refere ROXIN, *ibidem*, «a reafirmação da norma não é um fim em si mesmo; antes está destinada a contribuir para a prevenção no futuro de lesões reais, individuais e sociais (ou seja, ofensa a bens jurídicos). Por conseguinte, a pena serve, em última instância, a protecção de bens jurídicos, carecendo de sentido na ausência deste fim». (p. 11).

Tendo em consideração que a função que desempenha o deverá ser em termos *minimalistas*[40], será também de repudiar o entendimento de STRATENWERTH, que, perspectivado a partir da legitimidade da ameaça penal, não fundamenta a punição no facto de a conduta atentar contra determinados bens jurídicos, mas na inobservância de «normas de conduta fundamentais, consensualmente aceites pela sociedade»[41]. Parece-nos que esta concepção, tal como a de JAKOBS, potencia a prepotência do legislador, neste caso, fazendo prevalecer o princípio da maioria sobre o princípio do bem jurídico, também ele de matriz constitucional. Se bem atentarmos nesta ideia de imposição das «condutas fundamentais consensualmente aceites pela sociedade», apercebemo-nos de que tal implica conferir ao direito penal mais do que uma função minimalista, vale dizer, mais do que uma função de preservação das condições mínimas essenciais à vivência livre e pacífica em comunidade. O direito penal deixa de se ater à preservação dessas condições mínimas, portanto, a um papel de «mínima intervenção» nos direitos fundamentais das pessoas, passando a desempenhar um papel activo de promoção de determinadas condutas que a maioria reputa como as mais adequadas. Tal entendimento, para além de desconforme à axiologia e teleologia do direito penal, é também, de um ponto de vista normativo-jurídico, inconcebível no nosso quadro constitucional, por contrariar os princípios basilares que o sustêm, desde logo, aqueles com previsão expressa na Lei Fundamental: a dignidade da pessoa humana (art. 1º CRP), o princípio do Estado de Direito Democrático (art. 2º CRP), a integridade moral da pessoa (art. 25º CRP), o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 26º CRP), a liberdade geral de acção (art. 27º CRP) e o princípio da proporcionalidade na restrição de direitos, liberdades e garantias (art. 18º, nº 2, da CRP). O «dever-ser» jurídico, traduzido nas normas jurídicas, não se confunde com a norma social. Não é por um comportamento ser considerado socialmente «normal» e desejável pela maioria, que o comportamento considerado «desviante» ou «marginal» deva ser sancionado pelo direito penal. No nosso entendimento, o direito penal não deve assumir uma função de

[40] Afirma FIGUEIREDO DIAS (*ibidem*, p. 140), partindo da concepção liberal estribada no pensamento do «contrato social», que «o Estado só deve tomar de cada pessoa o *mínimo* dos seus direitos e liberdades que se revele indispensável ao funcionamento sem entraves da comunidade.» E este pensamento encontra raízes já no Iluminismo, época em que BECCARIA, partindo da ideia de «contrato social» - «As leis são as condições sob as quais os homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em um contínuo estado de guerra e de gozar uma liberdade inútil pela incerteza de ser conservada. Eles sacrificaram parte dela para gozar o restante com segurança e tranquilidade» -, acaba defendendo, em *Dos Delitos e das Penas*, precisamente, este princípio da mínima intervenção do poder estatal nos direitos fundamentais dos cidadãos, afirmando que «todo o acto de autoridade de um homem sobre outro homem que não derive da *absoluta necessidade* é tirânico.» e que «é, pois, certo que cada um não quer colocar no depósito público senão a *mínima* parte possível, aquela apenas que baste para induzir os outros a defendê-lo. O conjunto destas partes *mínimas* possíveis forma o direito de punir; *tudo o mais é abuso* e não justiça; é facto, mas *não é já direito*.» (itálicos meus).

[41] *Apud* ROXIN, *ibidem*, pp. 26-28.

promoção de determinado modelo de sociedade, o que resultaria, aliás, numa «tirania da maioria» incompatível com um Estado que se reputa democrático[42]; antes, deverá assegurar, nas sociedades actuais, caracterizadas pelo pluralismo, as condições *mínimas* - voltamos a insistir - necessárias ao livre desenvolvimento de cada pessoa, isto é, nos termos que cada pessoa reputar como os mais adequados à sua concretização, desde que não ponha em causa o direito ao livre desenvolvimento do outro ou as condições necessárias a esse desenvolvimento.

A segunda premissa de que partimos (b) - o bem jurídico ser o critério legitimador de uma norma jurídico-penal - consubstanciamo-la no princípio da proporcionalidade (art. 18º, nº 2, da CRP): onde uma norma não tenha por finalidade a protecção de determinado bem jurídico, a cominação de uma pena como ameaça reactiva à sua violação afigura-se desnecessária, inadequada e excessiva, restringindo os direitos fundamentais da pessoa em termos que ultrapassam o constitucionalmente admissível. Assim se compreende que o bem jurídico surja como padrão crítico da actividade legislativa, não só de modo preventivo, mas também em sede de fiscalização sucessiva da constitucionalidade das normas jurídico-penais, isto é, das normas que procedem à criminalização de determinadas condutas: onde não se divise a protecção de um qualquer bem jurídico ao qual seja reconhecida dignidade penal e carência de tutela, a norma será inconstitucional, porquanto violadora do referido princípio da proporcionalidade e também do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, enquanto condição necessária para a concretização da dignidade da pessoa humana, sem descurar outros direitos fundamentais que a concreta norma ponha em causa. Desta essencialidade do bem jurídico extrai FIGUEIREDO DIAS como consequência a existência no nosso ordenamento jurídico de um «princípio do direito penal do bem jurídico», que qualifica de «princípio jurídico-constitucional material implícito».[43]

Do princípio da proporcionalidade decorrem igualmente a subsidiariedade e fragmentaridade que se apontam à intervenção penal (c). A sua intervenção minimalista e de

[42] De facto, e como escreve ROXIN, «a função liberal da ideia de bem jurídico consiste precisamente também em proteger a minoria contra o domínio da maioria» (*ibidem*, p. 30).

[43] FIGUEIREDO DIAS, «O "Direito Penal do Bem Jurídico" como Princípio Jurídico-Constitucional"», *in XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa. Colóquio Comemorativo do XXV Aniversário do Tribunal Constitucional*, pp. 32-33. E, do mesmo autor, «O "direito penal do bem jurídico" como princípio jurídico-constitucional implícito», *in Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 145º Ano, 2015 - 2016, Nº 3994 - 3999, onde, a páginas 251, escreve que «O aludido paradigma do direito penal democrático hodierno pode, num esforço de simplificação, reduzir-se a um princípio político-criminal fundamental, directamente atinente à questão da sua legitimação, susceptível de se traduzir abreviadamente pela fórmula segundo a qual *todo o direito penal é um direito do bem jurídico-penal*». E, para além de assinalar a sua recepção pela doutrina e jurisprudência constitucionais portuguesas, refere a sua consagração ao nível da legislação ordinária, no art. 40º, nº 1 CP, nos termos do qual «a aplicação de penas e de medidas de segurança visa a *protecção de bens jurídicos* e a reintegração do agente na comunidade» (itálico nosso).

ultima ratio estriba-se no facto de as sanções penais serem as medidas mais drásticas, na compressão que comportam para os direitos fundamentais, cominadas para determinado acto ilícito. Assim sendo, a sua intervenção pauta-se por um critério de estrita necessidade: far-se-á sentir apenas quando outro meio não seja suficiente para tutelar determinado bem jurídico, bem jurídico esse que tem de revestir *dignidade penal* e ser *carente de tutela penal*.[44] A fragmentaridade, pese embora seja também uma consequência fáctica da discricionariedade que é atribuída ao legislador ordinário, leva implicada uma graduação dos comportamentos atentatórios de determinado bem jurídico, considerando apenas criminalmente relevantes os comportamentos que comportam um potencial de maior lesividade para o bem jurídico.

Por último, reconhecendo o lugar central que o ilícito assume na dogmática jurídico-penal, e a sua incindibilidade em relação ao tipo legal, de modo que todo o tipo é um tipo-de-ilícito e todo o ilícito é um ilícito-típico, não basta a lesão de um direito fundamental erigido em bem jurídico – ao qual se reconhece dignidade penal e em relação ao qual se afirma a necessidade de pena – para se considerar violada a norma de conduta que se destina à protecção desse bem jurídico (d). Na verdade, consistindo o ilícito na violação de uma norma de determinação que tutela bens jurídicos essenciais, só se estará perante um acto ilícito-típico quando seja de considerar que a conduta dirigida à produção do evento lesivo, não só contraria o tipificado na norma, como exterioriza uma unidade de sentido, senão de inimizade ou indiferença (= conduta dolosa), pelo menos, de descuido ou leviandade (= conduta negligente) face ao dever-ser jurídico-penal. Dirigindo-se os comandos penais a enformar a conduta dos seus destinatários, as pessoas, todo o ilícito é um ilícito *pessoal*. Apenas quando seja possível estabelecer um nexo entre uma acção voluntária e um evento lesivo, de molde a considerar este último uma «realização da pessoa» se estará perante um facto criminalmente relevante. Deste modo, é o juízo de imputação objectiva momento constitutivo do próprio facto penalmente relevante.[45] Antes de se atribuir o evento à pessoa não se verifica, pois, a condição necessária para se considerar o acto ilícito: a *pessoalidade* da situação. Os critérios que servem de arrimo a esta imputação, embora se tenham de julgar, de um ponto de visto cronológico, de forma

[44] Refere FIGUEIREDO DIAS tratar-se a «dignidade penal» e a «carência de tutela penal» de «corolários do princípio jurídico-constitucional do bem jurídico», *ibidem*, p. 265; e, o mesmo autor, no primeiro dos textos assinalados na nota de rodapé anterior, a páginas 42, escreve: «Padrão legitimador da constitucionalidade de uma incriminação é que esta vise a tutela de um bem jurídico *digno de pena*, mas também *carente de punição* (aqui residindo a justificação mais funda de expressões neste contexto utilizadas como as de que a intervenção penal é *subsidiária* ou de *ultima ratio*)» (itálicos nossos), divisando a sua consagração constitucional no art. 18º, nº 2 CRP.

[45] *Vide*, para maiores desenvolvimentos, ALMEIDA COSTA, *Ilícito Pessoal, Imputação Objectiva e Comparticipação em Direito Penal*, Tomo II, reimp., pp. 679-682 (680).

coeva com o designado «conteúdo de imputação», dele se distinguem[46]. Enquanto o «conteúdo de imputação» consiste na «delimitação dos particulares comportamentos que possuem relevância criminal e, assim, com a demarcação dos bens jurídicos e a extensão conferida à correspondente tutela»[47], o «critério de imputação» concerne «à estrita "pessoalidade" do ilícito, *i.e.*, à caracterização do vínculo que tem de interceder entre o sujeito e o acontecimento exterior para se estar perante uma conduta humana».[48]

Assentes as premissas de que partimos, propomo-nos, enfim, analisar o referido art. 199º CP, em ordem a delimitar o seu âmbito de tutela típica ou «conteúdo de imputação», o que, como já dissemos, pressupõe a análise dos bens jurídicos protegidos pela incriminação, bem como da extensão dessa protecção. As situações que escapem ao manto protector da norma, pese embora se possa divisar a violação dos direitos fundamentais erigidos em bens jurídicos, tutelados sob a sua égide[49], porque *atípicas*, estarão arredadas da proibição de valoração cominada no art. 167º CPP. Outro caso em que esta situação se verificará será quando não seja de considerar a conduta *ilícita*.

II. Âmbito de tutela típica do art. 199º CP

Antes de avançarmos, queremos apenas deixar a nota de que a nossa análise se centrará no designado «âmbito de previsão ou protecção da norma», algo que se prende com o «conteúdo de imputação», ainda que surja, no âmbito da teoria da conexão do risco como um «critério de imputação objectiva».[50]

Entrando no estudo do art. 199º CP, sublinhamos, em primeiro lugar, que o preceito «contém duas incriminações autónomas - a saber: *gravações* e *fotografias ilícitas* -

[46] Refere a este propósito ALMEIDA COSTA tratarem-se a «imputação» ou «critério de imputação» e o «facto» ou «conteúdo de imputação» de «núcleos temáticos autónomos, que condensam diferentes projecções da peculiar teleologia das valorações criminais (*i.e.*, vertentes diversas em que se concretizam as exigências da "dignidade penal" e da "necessidade da pena")», ob. cit., p. 681.
[47] *Ibidem*, p. 681.
[48] *Idem, ibidem*.
[49] Considerar que se está ou não perante uma violação de direitos fundamentais dependerá de se entender estar em causa uma «*restrição* de direitos» – caso em que algo de *exterior* ao direito reclama a compressão do seu exercício ou das suas faculdades – ou uma situação de «*limites imanentes* dos direitos fundamentais» – nesta hipótese, considera-se que aquela «amputação» do conteúdo do direito já não terá de acontecer, porque o direito surge, *ab initio*, desprovido de determinadas faculdades.
[50] Seguimos aqui o ensinamento de ALMEIDA COSTA, nomeadamente as críticas que aponta à teoria da conexão do risco que, em sede de «imputação objectiva», não se afasta, afinal, da «teoria da adequação», que continua a constituir o único verdadeiro «critério de imputação». Para maiores desenvolvimentos, *vide* ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, pp. 683-695. Quanto à conclusão que deixámos em texto - de o «âmbito de protecção da norma» contender com o «conteúdo de imputação», em especial, pp. 693-694.

preordenadas à tutela de dois bens jurídicos distintos: o *direito à palavra* e o *direito à imagem*. Trata-se de duas incriminações homólogas, mas não inteiramente sobreponíveis».[51]

O direito à palavra falada e o direito à imagem, embora constituam matizes do direito à privacidade, podendo ver-se neles suas «projecções dinâmicas», dele se emanciparam, tendo-lhes sida reconhecida dignidade constitucional autónoma, no art. 26º, nº 1, da CRP, que, para além de afirmar o «direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar», refere o «direito à imagem» e o «direito à palavra». Esta cisão, desde logo espelhada na Lei Fundamental, logrou também consagração normativa positiva, por mão do legislador ordinário, que, no âmbito da discricionariedade que lhe é reconhecida, interpretou essa consagração dos direitos à imagem e à palavra como bens jurídicos autónomos face ao bem jurídico da privacidade, conferindo-lhes uma tutela civilística (esta restrita ao direito à imagem, prevista no art. 79º CC) e penal, abstraindo da existência de uma lesão da área da privacidade. Deste modo, e no que concerne à tutela penal, expressamente consagrada no art. 199º CP, «a palavra e a imagem são protegidas ainda que não respeitem à privacidade do ofendido ou a qualquer segredo, seu ou de terceiro».[52]

Do confronto das duas incriminações resulta uma diferente área de protecção conferida aos bens jurídicos. De facto, enquanto a tutela da palavra exige o consentimento do titular do direito, a tutela da imagem tão-só impõe a ausência de uma manifestação de vontade de contrariedade por parte do visado, estreitando, desta forma, o âmbito da tutela típica prevista no nº 2 do art. 199º CP.[53]

Em ambas as incriminações, no que concerne ao *grau de lesão dos bens jurídicos*, está em causa um *crime de dano*, o que significa que o ordenamento decidiu não antecipar a protecção dos bens jurídicos contemplando, no âmbito do tipo, situações fácticas que apenas os colocassem em *perigo*. E se, com esta opção, parece que a nossa legislação penal está a diminuir o âmbito de tutela dos direitos à palavra falada e à imagem, a verdade é que tal conclusão não se poderá retirar desta qualificação. Parece-nos que há que atentar, como ponto prévio, que a tutela conferida àqueles direitos é uma tutela que abstrai da lesão da área da privacidade. Assim sendo, por força da autonomização da sua protecção, as incriminações, precisamente porque lhes subsumíveis situações fácticas cindíveis de situações que contendessem com o bem jurídico da privacidade, não prefiguram a consumação a partir do *perigo* que a conduta

[51] COSTA ANDRADE - Anotação ao artigo 199.º do Código Penal - *Comentário Conimbricense do Código Penal*, 2ª ed., p. 1185.
[52] PINTO DE ALBUQUERQUE - Anotação ao artigo 199.º do Código Penal - *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª edição act., p. 777.
[53] *Vide infra*, texto correspondente às notas de rodapé 76-81.

representa para este último bem jurídico, o que nos parece que já aconteceria se a protecção da palavra e da imagem não estivesse desligada da privacidade, caso em que a tutela desses bens jurídicos seria meramente instrumental e, como tal, preventiva ou antecipatória das lesões da privacidade.[54]

Já no que concerne à *conduta*, são os crimes das gravações e fotografias ilícitas crimes de *mera actividade*, uma vez que a sua consumação não tem implicações sobre o mundo exterior, verificando-se pela mera execução de um comportamento humano.[55]

1. A tutela penal do direito à palavra falada

Começaremos, então, pela análise da primeira incriminação prevista no art. 199º CP que, no seu nº 1 dispõe que «quem *sem consentimento*: a) *gravar* palavras proferidas por outra pessoa e não destinadas ao público, mesmo que lhe sejam dirigidas; ou b) *utilizar ou permitir que se utilizem* as gravações referidas na alínea anterior, *mesmo que licitamente produzidas*; é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias». (itálicos nossos).

O «tipo objectivo» das gravações ilícitas prevê duas formas típicas de cometimento do ilícito: através da *captação*, por meio de instrumento técnico de gravação (e já não por outro meio, ainda que este conduza ao resultado que o preceito visa desincentivar, consistente na cristalização e consequente reificação da palavra falada), e através da *utilização* das palavras gravadas (ou acesso a essa utilização), em ambos os casos, sem que haja consentimento do titular do direito.

No que respeita a esta segunda modalidade de lesão típica - a *utilização* ou *permissão de utilização* sem o consentimento do titular do direito -, o nosso CP acolhe a denominada *tese dualista*, o que significa que será considerada ilícita, não só a utilização e cedência das gravações obtidas *ilicitamente*, nos termos da alínea a) do preceito, como também a utilização e cedência de gravações, «*mesmo que licitamente produzidas*» (portanto, obtidas com o consentimento do visado, no entanto sem que o mesmo tenha consentido na sua posterior reprodução ou divulgação). Este inciso, acrescentado à alínea b) do nº 1 do art. 199º do CP, aquando da Reforma de 1995, eliminou as dúvidas até então existentes no panorama jurídico

[54] No direito alemão, porque não se consagrou de forma definitiva e unânime a autonomização do direito à palavra falada (e também do direito à imagem, como veremos), há autores que veem na incriminação das gravações ilícitas um «crime de indiscrição», razão pela qual o qualificam como um crime de *perigo abstracto* (atendem ao potencial de perigo que a mera gravação comporta para a lesão da privacidade). Sobre o que deixamos exposto nesta nota, *vide infra*, texto correspondente à nota de rodapé nº 60.

[55] Assim PINTO DE ALBUQUERQUE, *ibidem*, p. 777. Sobre estas qualificações, *vide*, do mesmo autor - Anotação ao artigo 10º do Código Penal, ob. cit., pp. 113-115.

português que existiam face à versão de 1982.[56] De facto, o então 179º, nº 1, alínea b), incriminava e punia quem «utilizasse ou deixasse utilizar por outrem as gravações a que se referia a alínea anterior», levantando-se a questão de saber se era a *ilicitude* definida nos termos da alínea a) pressuposto da incriminação da alínea b). Os autores que davam resposta positiva a esta questão enfileiravam-se na chamada *teoria monista* – entendiam ser apenas punível a audição não consentida de gravações *ilicitamente* produzidas. Os autores que consideravam que a alínea b) incriminava tanto a utilização de gravações *ilicitamente* produzidas como também das *licitamente* produzidas eram designados de adeptos da *teoria dualista*.[57] Face à versão actual do CP, que prevê o inciso «mesmo que licitamente obtidas», cessam as dúvidas, porquanto se entende expressamente consagrada a *teoria dualista*.[58]

Como já referimos nas considerações gerais que fizemos sobre o art. 199º CP, a incriminação das gravações ilícitas está ordenada à tutela da *palavra falada*.[59] Com isto pretendemos sublinhar o facto de a palavra ser tutelada *qua tale*, isto é, independentemente do conteúdo por ela veiculado, que pode ou não contender com a intimidade ou a reserva da vida privada.[60] A favor deste entendimento chama-se à colação o elemento sistemático, sendo de destacar o facto de o art. 199º CP estar inserido num capítulo autónomo - «Capítulo VIII: Dos crimes contra *outros* bens jurídicos pessoais» (itálico nosso) -, sendo no capítulo VII que estão

[56] COSTA ANDRADE, *ibidem*, p. 1187.
[57] COSTA ANDRADE - *Sobre as proibições…*, p. 252. Para uma análise mais desenvolvida da disputa entre as teorias, *vide* ob. cit., pp. 252-254.
[58] COSTA ANDRADE - Anotação ao artigo 199.º do Código Penal, *ibidem*.
[59] Embora a questão do bem jurídico protegido pela incriminação das gravações ilícitas não seja um tema controvertido no ordenamento jurídico português, surgem, no panorama jurídico alemão, dúvidas entre os autores no que concerne à sua caracterização. Para alguns, o que estaria em causa com o preceito homólogo alemão seria a protecção da *confidencialidade da palavra falada*, sendo a infracção configurada como um *crime de indiscrição*. A incriminação visaria assegurar ao autor da palavra o controlo sobre o universo de destinatários a que a mesma poderia chegar, pelo que a simples gravação seria punida por configurar um *perigo abstracto* para a área de tutela. Contrapõe-se a este entendimento aquele que, na síntese do Tribunal Constitucional Federal, identifica o bem jurídico com o «direito à palavra falada» e que, como já deixámos assinalado, é o que encontra expressão legal no nosso ordenamento jurídico. Fala-se, a este propósito, de um direito «por força do qual se comete "a todo o homem" – e só a ele – decidir quem pode gravar a sua voz, bem como, e uma vez registada num gravador, se e perante quem a sua voz pode ser de novo ouvida».
[60] Na análise que faz do tema das «gravações ilícitas», no âmbito do direito peruano, MUÑOZ CONDE não faz referência a um direito autónomo à palavra falada, destacando, ao invés, o direito à reserva da vida privada e da intimidade. Parece-nos, contudo, que o autor reconduz a informação sobre factos criminosos àqueles direitos, cuja compressão, para além dos casos em se verificasse uma autorização judicial e a finalidade fosse probatória (e não meramente preventiva), estaria submetida ao princípio da proporcionalidade. Deste modo, a ingerência naqueles direitos (que, segundo o nosso entendimento do pensamento do autor, têm um conteúdo amplo, em cujo âmbito de protecção se inserem os factos com relevância criminal) pressuporia uma ponderação entre os interesses da investigação e os direitos fundamentais da pessoa, só podendo os primeiros prevalecer no caso de crimes graves. Assim, MUÑOZ CONDE, «Sobre el valor probatorio en un proceso penal de grabaciones de conversaciones obtenidas mediante vídeos y relevância penal de las conversaciones grabadas en ellos», *Revista Penal*, n.º 13, 2004, pp. 108-109. Contra este entendimento, *vide infra*, relativamente à redução teleológica do tipo de sentido vitimodogmático.

consagrados os delitos contra a reserva da vida privada. Tratou-se de uma opção do legislador ordinário que, a partir da sua autonomização a nível constitucional, entendeu ser a palavra falada um bem jurídico com *dignidade penal* própria e carente dessa tutela, ao ponto de consagrar uma incriminação para as lesões deste direito, abstraindo de simultâneas lesões da área da privacidade.[61]

A dignidade penal da palavra falada, pressuposta na incriminação das gravações ilícitas, é estribada em duas razões: uma de índole *individual* e uma de natureza *comunitária*. No que concerne à primeira, está em causa prevenir que algo que a pessoa haja dito de forma irreflectida, ou que pretendia que fosse passageiro, ou que esteve dependente de determinado contexto de tempo, lugar e pessoas, não seja cristalizado, através da sua gravação, potenciando, dessa forma, a divulgação do seu conteúdo fora do tempo e lugar próprios, perante pessoas que não se afiguraram ao titular do direito como possíveis destinatárias. Pretende-se assegurar que a palavra não é reificada e, eventualmente, sujeita a manipulações. O reconhecimento deste direito é preordenado à tutela da pessoa, uma vez que o seu âmbito de protecção visa arredar qualquer vinculação do sujeito ao que haja dito, o que, a acontecer, provocaria como que uma «coisificação» do sujeito: julgar-se-ia dele o que houvesse dito, desatendendo ao facto de o livre desenvolvimento da pessoa, que se concretiza também nas relações com o Outro, pressupor que esta não fica como que mumificada, rotulada a certa informação que, como referimos, pode ter sido irreflectida ou inconsequente. A esta razão soma-se outra de natureza comunitária: a da preservação da «confiança nas relações sociais», apontada por EDUARDO CORREIA.[62] De facto, tivesse a pessoa de assumir o risco de as suas palavras estarem a ser gravadas pelo interlocutor, estaria seriamente posta em causa a espontaneidade e autenticidade que devem estar presentes nas relações intersubjectivas. As palavras seriam contadas e pesadas, jamais irreflectidas, e o interlocutor seria inexoravelmente visto como um «potencial inimigo», o implicaria necessariamente a eliminação da faculdade positiva que inere ao direito à palavra falada e, dessa

[61] Questão diferente, e em relação à qual achamos que seria importante reflectir, é se, constituindo um bem jurídico - e quanto a este ponto não temos dúvidas -, é também um bem jurídico-*penal*. Como deixámos referido na nota anterior é o que a previsão do art. 199º, nº 1 CP nos leva a crer; no entanto, não deixaremos de questionar se, acaso, os atentados contra a palavra falada não assumirão relevância criminal apenas nos casos em que contendam também com a esfera da vida privada e, por maioria de razão, com a esfera da vida íntima. A mesma indagação dirigimos também à incriminação das fotografias ilícitas.

[62] *Apud* COSTA ANDRADE, «Sobre a valoração…», p. 61: «O que aqui fundamentalmente está em causa é preservar uma "acção comunicativa" "inocente" e "autêntica", à margem de toda a coerção e susceptível de por isso de reforçar as cotas de confiança intersubjectiva e de solidariedade social».

forma, coarctado o direito ao livre desenvolvimento, com o que a dignidade da pessoa humana, enquanto valor supremo do nosso ordenamento jurídico, seria indelevelmente tingida.[63]

Será ainda importante ter em consideração, como já deixámos aflorado, que estamos, perante a palavra falada, face a um direito fundamental, o que implica reconhecer-lhe uma dimensão *positiva* - liberdade plena do titular do direito para autorizar a gravação e a audição - e uma dimensão *negativa* - liberdade também plena, sem restrições, do titular do direito para recusar a gravação e a audição[64]. Quando estamos perante a dimensão positiva, que consubstancia uma das modalidades de exercício do direito pelo respectivo titular, estaremos perante um «acordo-que-exclui-a-tipicidade».[65]

Na delimitação do tipo das gravações ilícitas, no que se refere à sua *utilização*, afirma COSTA ANDRADE[66] que «só não será típica (nem ilícita) a utilização sem consentimento de uma *gravação feita pelo próprio autor das palavras gravadas*». E este entendimento do autor é estribado no princípio da legalidade, argumentando que «a al. b) do nº 1 se reporta expressamente às "*gravações referidas na alínea anterior*", um conceito onde não cabem as gravações directamente feitas por quem pronuncia as palavras». A ausência de dignidade penal encontra arrimo no seu carácter fragmentário e intervenção subsidiária, acrescentando o autor que «aquele que grava as suas próprias palavras e não quer que elas sejam ouvidas, mais do que apelar para a intervenção protectora do direito criminal, deve actualizar as medidas de auto-tutela ao seu dispor».

Ora, com o devido respeito para com o entendimento do autor, discordamos desta solução e propomos que, *de iure condendo*, seja também considerada típica a utilização por terceiro de gravações que uma pessoa faça da própria palavra. Não somos alheios à argumentação expendida pelo autor, em particular ao facto de fazer impender sobre aquele que, no exercício da sua liberdade, grava a própria voz a auto-responsabilidade no sentido de assegurar que a mesma não chegará a destinatários não desejados, porventura, sujeita a multiplicações e manipulações que possam atentar contra a palavra falada ou, até mesmo, contra a reserva da vida privada ou íntima. Embora reconheçamos valia a esta argumentação, porque consubstanciada na intervenção subsidiária e fragmentária que caracteriza o direito penal, não deixamos de notar a nossa perplexidade perante um tratamento jurídico que nos surge

[63] Para uma melhor compreensão do âmbito do direito à palavra falada, com as sugestivas expressões dos autores alemães, *vide* COSTA ANDRADE, *ibidem*, pp. 55-61.
[64] COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, pp. 497-499.
[65] COSTA ANDRADE - Anotação ao artigo 199º CP - *Comentário Conimbricence…*, p. 1210.
[66] *Ibidem*, p. 1210.

injustificadamente diferenciado e que consiste na não atribuição de dignidade penal à conduta daquele que utiliza, sem o seu consentimento, uma gravação feita pelo autor da palavra gravada. E advogamos o mesmo entendimento no que concerne às fotografias ilícitas.[67] De facto, questionamos se acaso não estará, quem permite a captação das suas palavras ou imagem por outrem, a abdicar mais rapidamente da tutela penal, na medida em que deixa nas mãos de terceiros o poder fáctico de utilizar livremente as suas palavras ou imagem. Claro que, contra nós, podemos aqui invocar a finalidade comunitária subjacente à tutela da palavra falada - «a confiança nas relações sociais» (EDUARDO CORREIA) - que, neste último caso, está posta em causa, e, naquele primeiro, que pretendemos coberto pela incriminação legal, não. No entanto, cremos que a finalidade individual será suficiente para justificar uma solução normativa idêntica.[68]

2. A tutela penal da imagem

Como acontece com a palavra, também a imagem é objecto de uma tutela autónoma[69], como resulta do preceituado no art. 199º, nº 2, do CP, algo que não se verifica na generalidade das legislações penais europeias, em que a protecção da imagem está dependente da sua intersecção com a esfera da intimidade ou privacidade. «Assim, as condutas só são, em geral, proibidas e punidas se e na medida em que resultam em devassa da área de reserva».[70]

No contexto jurídico alemão, a doutrina e, particularmente, o Tribunal Constitucional Federal reconhecem a distinção entre *imagem* e *privacidade*, autonomizando o direito à imagem. Na decisão *Carolina I*, datada de 15-12-1999, referiu o Tribunal Constitucional Federal que «o direito à própria imagem assegura ao indivíduo a possibilidade de decidir e de influenciar a produção e a utilização ou transmissão de fotografias por parte de outra pessoa. À semelhança do que se passa com o *direito à palavra* - em cuja esteira o direito à imagem logrou consagração pela jurisprudência constitucional - também aqui a necessidade de tutela decorre sobretudo da possibilidade de o registo fotográfico da imagem de uma pessoa se desligar da concreta situação em que foi tomada, ganhando a rigidez de uma coisa e podendo a todo o tempo ser reproduzida por um sem número incontável de pessoas».[71] Não obstante esta

[67] Divergimos, deste modo, do entendimento exposto *infra* de HUGO TAVARES, que vem aliás, na esteira do propugnado por COSTA ANDRADE (*vide ibidem*, p. 1213: «*quem se fotografa ou filma a si próprio não preenche a factualidade típica. Por vias disso, também não é típica a utilização sem consentimento destas fotografias.*»).
[68] Com o mesmo entendimento no concernente ao direito à imagem, mas já não, sufragando a posição de COSTA ANDRADE, no que respeita ao direito à palavra falada, *vide* ac. TRP, de 05-06-2015 (relator José Carreto).
[69] Pelo menos, aparentemente, isto é, ao nível do estipulado legalmente.
[70] COSTA ANDRADE - Anotação ao artigo 199º CP, ob. cit., pp. 1187-1188.
[71] *Ibidem*, pp. 1188-1189.

proclamação do Tribunal - categorizando o direito à imagem como bem jurídico autónomo -, tanto nesta decisão, como naquela que ficou conhecida por *Carolina II* (2008), na hora de fundamentar os arestos, «não foi o direito à imagem que, em primeira linha, emergiu como referente dos juízos de licitude/ilicitude das fotografias e da sua publicação. Em vez disso, o Tribunal Constitucional - como, de resto, o fariam também o BGH e o TEDH - fê-lo invariavelmente à sombra de um paradigma normativo de superação do conflito entre a *liberdade de imprensa* (de que as revistas se reivindicavam) e a *preservação da área de reserva e privacidade*».[72]

Interessante fazer relevar que, não obstante, a influência germânica na autonomização do *direito à imagem* no ordenamento jurídico português, o direito positivo alemão ainda não logrou emancipar aquele direito da *privacidade/intimidade*, notando-se ainda insuficiências no reconhecimento do direito à imagem como bem jurídico autónomo. Desta forma, também se distancia a tutela dispensada à imagem da que é conferida à palavra, tutelada *qua tale*. Para obviar àquela confusão entre *imagem* e *privacidade*, no ordenamento jurídico alemão, refere COSTA ANDRADE ser conveniente uma incriminação directa da violação da *privacidade/intimidade*, tal como previsto no CP português (cf., em especial, art. 192º CP).[73]

A depuração do direito à imagem face ao direito à privacidade ocorreu, no nosso ordenamento jurídico, pelo menos no que concerne ao chancelado em letra de lei, com a Reforma de 1995 ao CP. Foi encetada uma alteração na al. a) do nº 2 do art. 199º CP e onde se escrevia «*aspectos da vida particular de outrem*» passou a ler-se «*outra pessoa*», autonomizando o direito à imagem do conceito de *privacidade/intimidade* que a expressão «*vida particular*» parecia de alguma forma inculcar.[74]

No que respeita à tutela dispensada pelo CP ao direito à imagem, podemos afirmar consagrar o art. 199º, nº 2, do CP a *tese dualista*, em moldes similares ao que vimos estar previsto para o direito à palavra. Antes da Reforma de 1995, defendia COSTA ANDRADE estar consagrada a *teoria monista*, algo que mudou depois da transformação do inciso «*indevidamente obtidas*» em «*mesmo que licitamente obtidas*».[75]

Do cotejo entre as duas incriminações presentes no art. 199º CP, é possível assinalar uma diferença significativa que se irá repercutir numa diminuição de tutela do direito à imagem face

[72] Disto nos dá conta COSTA ANDRADE, «A tutela penal da imagem na Alemanha e em Portugal. Esboço comparatístico, em busca de um novo paradigma normativo», *Revista Jurídica*, 15, 2012, pp. 171-173.
[73] Para maiores desenvolvimentos, *vide ibidem*, pp. 161-186.
[74] *Ibidem*, p. 1187.
[75] COSTA ANDRADE - Anotação ao artigo 199º CP, p. 1187.

à dispensada à palavra falada.[76] De facto, a gravação é ilícita desde que captada ou utilizada «*sem consentimento*», enquanto que a fotografia só será ilícita quando obtida ou utilizada «*contra vontade*».[77] Na síntese de HUGO TAVARES, «a fotografia sem mero consentimento do visado não preenche o tipo».[78] Distintamente do que ocorre com a protecção penal da palavra falada, para que o direito à imagem tenha dignidade criminal, é necessário que a conduta que atenta contra o bem jurídico contrarie a vontade *presumida* do respectivo titular. «Prescindir-se-ia da oposição expressa, sendo suficiente a presunção da sua vontade negativa ou a oposição do lesado previamente representável nas circunstâncias concretas».[79]

A tutela penal conferida à imagem será ainda delimitada pela intervenção das causas jus-civilistas, previstas no nº 2 do art. 79º do CC, que dispensam «o consentimento da pessoa retratada quando assim o justifiquem a sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didácticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente».[80]

A tutela penal do direito à imagem não abrange determinadas constelações, «deixando de fora *v.g.* o desenho, a pintura ou caricatura da pessoa, ou todas as "captações possíveis (…) da

---

[76] Refere a este propósito COSTA ANDRADE, *ibidem*, p. 1185, uma «redução da área de tutela típica reservada à imagem que aparece, por isso, mais rarefeita e descontínua.»

[77] A assinalada diferença foi estabelecida com a Reforma de 1995, sendo que, até então, a incriminação das fotografias ilícitas estava também ela dependente do requisito menos qualificado, do ponto de vista do âmbito de protecção, relativo à tutela da palavra falada, «*sem consentimento*». A este propósito, cf. COSTA ANDRADE, *ibidem*, p. 1187.

[78] HUGO TAVARES – «A tutela do direito à imagem. Entre a subsidiariedade do Direito Penal e a unidade do sistema jurídico no problema da construção da área de tutela típica», *Direito Penal Hoje: novos desafios e novas respostas*, p. 203.

[79] *Ibidem.*

[80] COSTA ANDRADE - Anotação ao artigo 199º CP, pp. 1185 - 1186. Refere o autor que se trata de uma «norma que reduz significativamente a tipicidade ou, ao menos, a ilicitude dos atentados à imagem e que não tem paralelo do lado das gravações ilícitas da palavra.» Em sentido que nos parece convergente, questiona HUGO TAVARES, *ibidem*, pp. 200-201 e 210-211: «sob pena de uma atrofia da própria tutela pela sua abrangência ampla (…) no propósito de tornar mais concretizável a área de tutela penal do direito à imagem, poder-se-á ter em consideração as ampliantes causas juscivilistas do art. 79º, nº 2, comprimindo a situacionalidade penal das fotografias captadas contra a vontade do visado?» Conclui o autor, nos casos previstos naquele preceito do CC, não ser necessário o consentimento do visado «porque, aprioristicamente, estas condições não constituem uma agressão ilícita à dimensão pessoal. Contudo, também nestas circunstâncias não se deixou de acautelar o reduto intransponível em que, situacionalmente, os factos difundidos - onde se projecta a imagem pessoal - resultam prejuízo para a honra, reputação ou simples decoro da pessoa visada.» (cf. art. 79º, nº 3 CC). No entanto, e não obstante o juízo apriorístico vertido, segundo o autor, no nº 2, art. 79º, adverte que a compressão do direito à imagem apenas se justificará quando haja outros direitos, liberdades e garantias a salvaguardar, sem prejuízo da preservação do núcleo essencial dos direitos em conflito. E isto por imposição constitucional - cf. art. 18º, nº 2 CRP. Conclui o autor que «Isto significa que estas objectivações, singularmente consideradas, não constituem circunstâncias validantes das agressões do direito à imagem. Será necessário que, no caso concreto, se revelem direitos fundamentais contrapostos, igualmente dignos e relevantes de modo a que a ordem jurídica seja compelida a acautelar e proteger ao ponto máximo de não tornar ineficaz o direito fundamental subjectivo confrontado». Em sentido convergente, *vide* ac. STJ, de 08-11-2001 (relator Quirino Soares).

sua projecção imagética" que não se consubstanciem nos actos de "*fotografar*", "*filmar*" ou "*utilizar*"».[81] Refere, a este propósito, HUGO TAVARES uma «incongruência do tipo», que imputa à intervenção subsidiária e fragmentária que caracteriza a intervenção criminal. Quanto à delimitação do tipo, escreve ainda o autor que «por outro lado, por força da utilização da expressão "*outra pessoa*" na norma, é atípica a utilização, mesmo sem consentimento, de quem se fotografa ou filma a si próprio».[82] [83]

Ponto com que nos propomos concluir esta breve revisão bibliográfica acerca do conteúdo da tutela penal do direito à imagem concerne ao que deixámos dito *supra*, sobre o direito português se distanciar do direito alemão, ao ter logrado emancipar o direito à imagem do direito à reserva da vida privada, erigindo-o em direito e bem jurídico autónomo. De facto, pese embora essa declaração de intenções por parte da lei - constitucional (cf. art. 26º, nº 1, da CRP), civil (art. 79º CC) e penal (art. 199º, nº 2, do CP) -, tendo em consideração o princípio da unidade da ordem jurídica (art. 31º CP) e as causas justificativas do Código Civil, o âmbito de tutela penal do direito à imagem é comprimido, ao ponto de as condutas que atentam contra esse direito apenas assumirem relevância quando esteja, simultaneamente, em causa o direito à reserva da vida privada ou íntima.[84] De facto, de acordo com o princípio da unidade da ordem jurídica, e servindo-nos de ensinamento de EDUARDO CORREIA, «sempre que uma conduta é, através de uma disposição do direito, imposta ou considerada como autorizada ou permitida, está excluída sem mais a possibilidade de, ao mesmo tempo e com base num preceito penal, ser tida como antijurídica e punível».[85] E isto deriva, precisamente, do carácter de *ultima ratio* do Direito Penal, que apenas deverá intervir no caso de condutas socialmente insuportáveis, pelo que, quando uma conduta não é sancionada com um juízo de ilicitude por outro ramo do direito, porque intervém, p. ex., uma causa justificativa, a mesma conduta não poderá ser considerada ilícita pelo Direito Penal, que se serve, assim, das causas de exclusão da ilicitude ou da tipicidade de outros ramos do direito para auto-limitar o seu âmbito de intervenção.

[81] Disto nos dá conta HUGO TAVARES, *ibidem*, pp. 201-202.
[82] *Ibidem*.
[83] Em sentido convergente ao que COSTA ANDRADE defende para as gravações ilícitas. Quanto à nossa posição crítica, *vide*, *supra*, texto correspondente às notas de rodapé 66-68.
[84] COSTA ANDRADE *apud* Parecer nº 95/2003 da PGR. Também HUGO TAVARES, *ibidem*, a páginas 219, conclui que a área de tutela penal do direito à imagem acaba, afinal, por convergir com a solução germânica.
[85] EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, Vol. II, reimp., p. 7.

4.º Capítulo – A exclusão da ilicitude como requisito da admissibilidade das reproduções mecânicas

I. A ilicitude penal

Como já vimos, o artigo 167º CPP veda o aproveitamento probatório de fotografias ou gravações que registam a prática de um acto – tanto do acto que é imputado, como do agente do crime – quando as mesmas sejam de molde a ser sancionadas com um juízo de *ilicitude*. Ora, para que as reproduções mecânicas sejam admissíveis têm, como condição cimeira e necessária, de ser conformes com as normas penais substantivas pertinentes. Essa congruência com o direito material, para além de se verificar, indubitavelmente, nos casos em que a conduta seja *atípica* – e poderá sê-lo nos casos que referiremos *infra*, através da figura da redução vitimológica, das cláusulas de atipicidade previstas no art. 79º, nº 2, do CC, ou da adequação social –, cumprir-se-á, também, quando a conduta não seja *ilícita*, seja por a mesma não encerrar em si um conteúdo de antinormatividade penal, seja porque, na situação concreta, se verificam os requisitos de uma causa justificativa. Importa, então, analisar a questão da ilicitude penal, numa primeira fase, através de considerações dogmáticas gerais, e, posteriormente, percorrendo as soluções oferecidas pela doutrina e pela jurisprudência.

No âmbito das considerações gerais, cremos ser pertinente a distinção entre o ilícito civil e o ilícito penal[86], partindo das diferentes funções que ao direito são apontadas por WELZEL: uma *«função de conformação ou ordenação»* e uma *«função de protecção ou garantia»*. A primeira, que se identifica, por exemplo, no direito civil, visa «traçar um esquema social de repartição de encargos e benefícios, de definição de direitos e deveres dos sujeitos comunitários, e recompô-lo de cada vez que o seu equilíbrio originário se altera, por terem ocorrido lesões a interesses contemplados».[87] O direito civil procura concretizar uma justiça comutativa, regendo

[86] Pretende TAIPA DE CARVALHO – *Legítima Defesa: da fundamentação teorético-normativa e preventivo-geral e especial à redefinição dogmática* – um conceito unitário de *«ilícito»*. Segundo o autor, «a conduta é ilícita ou não, independentemente de terem ou não, efectivamente, ocorrido os danos que o agente quis produzir ou que, a ter sido praticada a acção com o cuidado objectivamente exigível, se poderiam ter evitado. A atribuição da qualidade de ilícita ou não ilícita a uma conduta não pode depender da verificação, *a posteriori*, da ocorrência ou não ocorrência (muitas vezes, aleatórias) do resultado.» Pese embora concordemos com esta asserção do autor, destinada a reconhecer o carácter ilícito da conduta, no plano jurídico-civil, mesmo quando não dê origem a qualquer resultado danoso, não cremos, todavia, que a distinção que operámos em texto sirva apenas o propósito de distinguir a figura central que o ilícito desempenha, por um lado, no plano do direito penal e de mero pressuposto secundário, por outro, no direito da responsabilidade civil. Com efeito, enquanto o ilícito penal tem de consistir numa conduta pessoal de inimizade ou leviandade em relação às normas de determinação jurídico-penais, o ilícito civil consistirá numa de três hipóteses: violação de um direito absoluto, violação de uma norma de protecção (cf. art. 483º, nº 1 CC) ou abuso do direito (art. 334º CC).

[87] LÍBANO MONTEIRO, *Do Concurso de Crimes ao «Concurso de Ilícitos» em Direito Penal*, p. 188, que, por sua vez, acompanha o ensinamento de ALMEIDA COSTA.

relações entre *iguais* e assumindo uma função reparadora quando haja um desalinho nessas relações, sobretudo através do mecanismo da responsabilidade civil, que gera uma obrigação de indemnizar (visa tornar *indemne*, isto é, remover o dano), mas também de institutos como o da nulidade ou anulabilidade dos negócios jurídicos, da gestão de negócios e do enriquecimento sem causa. O que se trata, neste âmbito, é de repor uma situação - considerada pelo ordenamento jurídico de equilibrada - que foi alterada.

Percebe-se, assim, que a actuação deste ramo do direito - ao qual, insistimos, é atribuída uma função reparadora - esteja condicionada pela verificação de um *resultado* ou, nos termos da literatura civilística, de um *dano*. De facto, e a propósito do instituto da responsabilidade civil, afirma MAFALDA MIRANDA BARBOSA que «o dano ocupa o lugar central do modelo de responsabilidade com que temos de operar».[88] E, ainda, nas palavras de AGUIAR DIAS, «Não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano; e é um verdadeiro truísmo sustentar esse princípio porque resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode concretizar-se onde nada há a reparar».[89] O facto de a função reparadora, cometida ao direito civil, apenas operar onde haja um *resultado desvalioso* permite-nos estabelecer uma distinção nítida entre este ramo do direito e o direito penal. De facto, para que o direito civil seja chamado a intervir não basta uma *conduta* do agente que atente contra um direito ou um interesse juridicamente protegido de outrem, mas exige-se a efectiva produção de um *dano*. Quando o agente exteriorize uma conduta desvaliosa (considerada ilícita, nos termos do direito civil), mas dessa conduta não resulte a produção de um qualquer resultado desvalioso, o direito civil abstém-se de reagir. Em jeito de conclusão, servindo-nos das palavras de LÍBANO MONTEIRO, «a ausência de prejuízo efectivo equivale a ausência de ilícito, que consiste tão-só, repita-se, no resultado danoso. (…) não faz sentido, para a função de ordenação própria do direito civil, ao atribuir qualquer relevo jurídico a um comportamento inconsequente, por assim dizer, a uma conduta que não ultrapassou o limiar da tentativa».[90] Já o direito penal, que assume, naquela distinção proposta por WELZEL, uma «função de protecção ou de garantia», tem por escopo a protecção subsidiária dos bens jurídicos reputados essenciais à vida pacífica em comunidade. É por natureza um direito de *ultima ratio*, cuja protecção se afigura fragmentária, em ordem a promover o máximo espaço de liberdade aos destinatários dos seus comandos, sem, contudo, admitir que seja posta em causa a sobrevivência da própria comunidade, limiar a partir

[88] MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs. Responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual*, p. 198.
[89] *Apud* MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *ibidem*, p. 199.
[90] LÍBANO MONTEIRO, *ibidem*, p. 189.

do qual faz operar as suas sanções. A intervenção jurídico-penal, no que concerne à punição de comportamentos que lesam ou colocam em perigo bens jurídicos, é, no entanto, da perspectiva daquele que viu, por exemplo, o seu direito ser alvo de uma ameaça - tentada ou consumada - uma intervenção que chega sempre tarde demais.

Para que haja o desencadear da actuação penal é, como se referiu, necessária a verificação de uma conduta atentatória de bens jurídicos. No entanto, como também já deixámos subentendido, esta conduta, para ser alvo de uma sanção jurídico-criminal, não carece de se ter materializado num resultado danoso, não tem de ter culminado numa efectiva lesão de bens jurídicos, numa palavra, não pressupõe um *resultado desvalioso*. E é precisamente neste ponto que a intervenção jurídico-penal se distancia da intervenção jus-civilística: enquanto esta última apenas actua quando há um desvalor de resultado, havendo mesmo casos em que abstrai do próprio desvalor de acção - basta pensar na responsabilidade civil por factos *lícitos* -, o direito penal coloca a tónica no desvalor de acção, fazendo sentir as suas reacções sempre que haja uma conduta ilícita, ainda que esta não tenha dado lugar a qualquer resultado desvalioso. Assim se percebe a punição da tentativa no âmbito do direito penal e a sua irrelevância no âmbito do direito civil. De forma algo simplista, este último preocupa-se com o resultado; aquele preocupa-se com a acção.

O direito penal, como dissemos, tem uma «função de protecção ou de garantia», mais precisamente, assume a função de promover as condições essenciais à vida comunitária, sendo certo que estas passam pela afirmação e vigência dos bens jurídicos sem os quais essa convivência não lograria subsistir. Tendo em conta esse desiderato, prevê normas de determinação ou de conduta com vista a conformar a actuação dos destinatários dos seus comandos. Dirigindo-se o comando a informar o comportamento dos seus destinatários, o juízo de censura que o direito penal estabelece tem por objecto imediato a conduta humana. Perante uma conduta desvaliosa, o direito penal intervém e isto independentemente de a acção ter logrado a produção de um qualquer resultado; tal o facto que explica - como já referimos - que o direito penal intervenha na presença de uma mera tentativa. O direito penal tutela a *norma* que tem por objecto de protecção determinado bem jurídico. A reacção penal dirige-se à reafirmação ou reposição da vigência da norma - objecto imediato da tutela jurídico-penal - e apenas de forma mediata ao bem jurídico tutelado pela mesma[91]. Deste modo, ainda de forma

[91] Seguimos, neste ponto, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, Parte Geral, que a páginas 90, a propósito da prevenção geral positiva ou de integração como um dos fins que preside à pena, refere que «a finalidade visada pela pena há-de ser a da tutela necessária dos bens jurídico-penais no caso concreto (…). Tutela dos bens jurídicos não obviamente num sentido retrospectivo, face a um crime já verificado, mas com um significado *prospectivo*,

mais mediatizada terá de ser compreendida a tutela que o direito penal confere aos direitos subjectivos, partes integrantes dos bens jurídicos. Ora, no âmbito das proibições de prova, a tutela desses direitos é, precisamente, a função a que o instituto está preordenado. Deste modo, parece-nos que é de insistir na indagação do sentido da ligação estabelecida entre a ilicitude penal, por um lado, e a inadmissibilidade como meio de prova das reproduções mecânicas, por outro, sancionada pelo art. 167º, nº 1, do CPP.

Aderindo a uma concepção de ilícito *pessoal*, sabemos que a mera subsunção de um comportamento a um *tipo* não bastará para a afirmação da existência de um comportamento ilícito. Importará, na verdade, não obliterar da memória que um tipo é sempre um tipo-de-ilícito, bem como um ilícito é sempre um ilícito-típico. O tipo é a expressão literal de um conteúdo de sentido. Deste modo, todo o tipo-de-ilícito corresponde a uma unidade de sentido «subjectivo-objectiva».[92] Ignorando a incindível concatenação entre os dois estratos dogmáticos - da *tipicidade* e da *ilicitude* -, cair-se-ia nas peias de um processo lógico-subsuntivo puramente formalista e que, de forma alguma, se pode entender como tradutor de um juízo de contrariedade ao dever-ser jurídico penal. Desta forma, para a afirmação de um ilícito penal, é insuficiente a averiguação acerca da conformidade entre o comportamento que foi exteriorizado e a descrição

correctamente traduzido pela necessidade de tutela da confiança (de que falava já Beleza dos Santos) e das expectativas da comunidade na manutenção da vigência da norma violada.» (p. 90). Afirmando a sua concepção tributária da «fórmula» de JAKOBS, que vê na pena a «estabilização contrafáctica das expectativas comunitárias na validade da norma violada», desvia-se, no entanto, deste autor, na medida em que a função de reafirmação da norma violada não se identifica, para JAKOBS, com a função de protecção de bens jurídicos que FIGUEIREDO DIAS entende, na esteira de ROXIN, subjacente ao direito penal. *Vide supra*, texto correspondente à nota de rodapé nº 37.

[92] Seguimos de perto o ensinamento de ALMEIDA COSTA, *Ilícito Pessoal…*, que, a propósito da superação da concepção do ilícito *objectivo*, fortemente abalada pela necessidade de se atender a elementos subjectivos na figura da tentativa, que levou à consideração do *dolo*, mais precisamente, «o dolo de consumação do delito» como «elemento constitutivo do ilícito-típico da tentativa», e, consequente viragem – através da necessidade de se atender ao sentido de antinormatividade da conduta, com a introdução do *dolo* e da *negligência*, logo ao nível do ilícito, também nos delitos consumados, a propósito dos quais, face à figura da tentativa, refere o autor citado, estarem numa relação de «todo» (delito consumado) e «parte» (delito meramente tentado) – para uma concepção de ilícito *pessoal*, escreve o autor que o ilícito, «assim compreendido se converteu numa unidade "subjectivo-objectiva" que – sem a interferência de considerações de culpa individual – pretendia condensar o sentido global da situação quando encarada como "acto de uma pessoa", adquirindo, de tal sorte, o carácter de um ilícito *pessoal*.» E, ainda, que «de acordo com semelhante orientação, o conteúdo do tipo esgota-se na unidade subjectivo-objectiva em que se analisa o ilícito (*doloso* ou *negligente*) da concreta infracção. Em conformidade, o binómio tipo objectivo/tipo subjectivo – (…) – longe de envolver a destrinça entre dois planos dogmáticos independentes, apenas se justifica por razões de clareza expositiva, em nada afectando a assinalada unidade subjectivo-objectiva em que consiste o ilícito dos vários delitos plasmados na lei. Numa palavra, enquanto expressão de um sentido de antinormatividade, a própria configuração do acontecimento exterior em que consiste o crime e, portanto, o alcance do *tipo objectivo* encontra-se condicionado pela "direcção de vontade" que subjaz à conduta do agente, circunstância que, em rigor, implica que só possa falar-se de um tipo *subjectivo-objectivo* de ilícito.» (pp. 567-572). Na senda deste autor, no que concerne ao juízo de ilicitude, enquanto unidade de sentido subjectivo-objectiva de contrariedade a um dever, *vide* LÍBANO MONTEIRO, *Do Concurso de Crimes…*, pp. 192 e 194.

de um qualquer tipo legal de crime; nessa exteriorização tem de se aferir o *sentido* da conduta[93] – não atendendo ao concreto plano do concreto agente, mas – indagando do significado de tal comportamento para a *pessoa média*.[94] Como referido – e voltamos a acentuar – todo o tipo é um tipo-de-ilícito, uma unidade de sentido, pelo que aqueles dois elementos – o *tipo* e o *ilícito* – são incindíveis. Aliás, como toda a conduta humana é uma unidade de sentido; quando o não seja, faltará o mínimo indispensável para o problema se situar na órbita do Direito Penal, que pressupõe sempre uma *acção de uma pessoa*. Assim, o *tipo* corresponderá à expressão literal de um conteúdo *material* – de um sentido – que é acometido ao *ilícito*.

O ilícito penal – enquanto juízo valorativo – divide-se, por força da lei (cf. art. 13º CP), em ilícito *doloso* e ilícito *negligente*[95]. O primeiro consistirá numa conduta humana que expresse um sentido de *contrariedade ou indiferença* face ao dever-ser jurídico penal; o segundo é resultado de uma atitude de *descuido ou leviandade*[96]. Há ainda que atender – voltamos a sublinhar – ao facto de esse juízo ser sempre referente à pessoa média. A pessoa concreta, isto é, o concreto agente do crime será tido em consideração em momento posterior, em sede de *culpa*. Assim, o juízo de culpa, um *posterius* face ao juízo de ilicitude, referido ao concreto agente, apenas confirmará ou infirmará este último que foi dirigido à pessoa média. Daqui fica claro que ambos os juízos obedecem aos mesmíssimos critérios, apenas o seu «*objecto*» muda – no juízo de ilicitude está em causa a pessoa média; no juízo de culpa, o concreto agente a quem o acto ilícito é imputado. Não se verificando uma situação de inimputabilidade, inexigibilidade (subjectiva) ou erro sobre a ilicitude (não censurável), o juízo de culpa dar-se-á por confirmado[97].

---

[93] Refere LÍBANO MONTEIRO, *ibidem*, de uma forma que nos parece bastante pertinente, que «o facto criminalmente ilícito, infractor da norma de comportamento, apresenta-se como *conduta pessoal* ilícita. O conteúdo de antinormatividade reflecte, pois, não uma situação contrária ao dever-ser jurídico penal, mas uma *actuação*, uma *unidade subjectivo-objectiva de sentido* contrária a esse dever-ser.» (p. 192). Cremos ser importante esta destrinça que a autora faz entre a «*situação*», por um lado, que, segundo a nossa interpretação, corresponderá à mera verificação do *tipo objectivo*, e a «*conduta*», por outro, esta já integrada por uma «intencionalidade de sentido».

[94] Para maiores desenvolvimentos, cf. ALMEIDA COSTA, *Ilícito Pessoal…*, Parte II, Tít. I, Cap. I 2. e 3 (a referência ao critério do «homem médio» surge, *inter alia*, nas pp. 582, 584, 598, 600, 601). Também LÍBANO MONTEIRO, *ibidem*, aderindo à posição deste autor, refere que «a distinção entre o ilícito e a culpa passa pela valoração do comportamento de alguém de acordo com um critério pessoal-*objectivo* – juízo de ilícito – e, *depois*, segundo uma medida pessoal-*subjectiva* – juízo de culpa individual. "Culpa do homem médio" e "culpa (individual) *tout court*" passam a constituir os dois conceitos-chave da dogmática jurídico-criminal.» (p. 194; itálicos nossos).

[95] Sobre a distinção entre ilícito *doloso* e ilícito *negligente*, consubstanciada nos diferentes conteúdos de antinormatividade que pode assumir a conduta, condensada, respectivamente, no «*domínio-da-não-impossibilidade-do-facto*» *e na* «*violação do dever objectivo de cuidado*», *vide* ALMEIDA COSTA, ob. cit., Parte II, Tít. I, Cap. V.

[96] Concluindo neste sentido, ALMEIDA COSTA, ob. cit., p. 596.

[97] Acerca deste entendimento, *vide* ALMEIDA COSTA, *ibidem*, pp. 597-610. Afirma o autor que «analisada a questão na órbita dos *delitos dolosos*, depois de verificado que o acontecimento integra um ilícito, a averiguação da culpa faz-se *pela negativa*, decorrendo a sua afirmação da simples comprovação de que o agente, ao tempo da conduta,

Regressando ao *ilícito*, tema que nos ocupa, dada a previsão do artigo 167º CPP, parece estar arredada a questão do ilícito *negligente*. Embora se possam prefigurar situações reconduzíveis à figura, estamos sobretudo focados no caso em que alguém, mais precisamente, um particular, com o *intuito* de obter material probatório, fotografa, filma ou grava outra pessoa – supostamente o agente de determinado acto com relevância jurídico-penal – contra a sua vontade ou sem o seu consentimento, nos termos que já ficaram indicados. Desta forma, não se poderá negar o *conhecimento* e *vontade*, por parte de quem, numa óptica puramente formalista, assume uma das condutas previstas no artigo 199º CP[98], de realização do tipo em causa, pelo que se poderá afirmar, quanto a essa pessoa, que actua com dolo do tipo, quando este seja adscrito ao dolo natural. Mas, pese embora este seja condição necessária para a verificação de um acto ilícito, enquanto unidade de sentido, a afirmação deste último não se basta com aquele. Como referido, para que se possa asseverar da existência de um ilícito *doloso*, a conduta tem de integrar uma atitude de *contrariedade ou indiferença* face ao dever-ser penal.

O critério de imputação no âmbito do ilícito *doloso* é, ainda seguindo o mesmo autor, reportado ao «*domínio-do-facto*». Embora este parta de um substrato ôntico ou empírico, isto é, terá de ser a vontade do agente a desencadear o evento cuja ínfima possibilidade de verificação já permite atribuí-lo ao agente enquanto sua «obra» ou «realização» – daqui concretizando o autor aquele critério no que designa de «*domínio-da-não-impossibilidade-do-facto*»[99] –, o critério determinante para se afirmar da existência de um ilícito *doloso* terá de ser sempre de índole *normativa*. Os puros factos – ou os factos no seu estado puro – não interessam ao Direito; estes factos têm de ser filtrados, neste caso, pela óptica da específica valoração jurídico-*penal*. A análise empírica ou ôntica terá de ser integrada por um critério valorativo, vale dizer, *normativo-penal*. Assim, a «realização» do agente será considerada um ilícito *doloso* quando a sua conduta haja exprimido a aludida atitude de *contrariedade ou indiferença* face ao dever-ser jurídico-criminal.

A questão que agora se coloca é se quem pratica uma das condutas tipificadas no artigo 199º CP, com o intuito de recolha de material probatório está a agir *contra* o Direito Penal ou, pelo menos, de forma *indiferente* face a esse ordenamento. De acordo com uma teoria que se reputa do ilícito *pessoal*, «toda a conduta que realize uma *fattispecie* legal, mas cuja omissão

não se apresentava "inimputável", *não* estava numa situação de "inexigibilidade" e, por fim, *não* se encontrava em "erro sobre a ilicitude" - sendo certo que, quanto a este, só releva o erro que se mostre censurável.» (p. 602-603).

[98] Cingimo-nos ao art. 199º CP pelas razões que já deixámos expostas *supra*.

[99] ALMEIDA COSTA, ob. cit., Parte II, Tít. I, Cap. III, 2.

ultrapasse aquilo que a ordem jurídica entende, nos moldes descritos, como "exigível" ao homem médio, não corporiza, em si mesma, um conteúdo objectivo de antinormatividade (*i.e.*, um desvalor de acção) relevante para o direito penal, jamais podendo considerar-se ilícita.»[100] Deste modo, verificados os requisitos de que depende a afirmação de uma conduta a coberto de uma causa justificativa, porque a actuação do agente está arredada do âmbito de tutela da incriminação (= conteúdo de imputação), faltará ao «domínio-do-facto» o elemento normativo indispensável para a conduta ser considerada ilícita.

Trata-se, portanto, de aferir se é *exigível*, nos casos em que o preenchimento do tipo legal do artigo 199º CP tem por efeito, ainda que não o desiderato - porquanto, não achamos inteiramente coincidentes as finalidades do particular que vê o seu *direito* lesado, que é alvo de um *dano*, e do Estado, titular do processo penal, para quem há a *lesão* (irremediável) de um *bem jurídico* -, a prossecução das finalidades que são atribuídas ao processo penal, nomeadamente a da *descoberta da verdade material* e da *repressão criminal*[101], impor à pessoa média a abstenção de actuar nos moldes tipificados nesse artigo. É que, caso se configure como uma imposição inexigível à pessoa média - abster-se dos comportamentos tipificados no art. 199º CP -, e desde que verificados os requisitos de que depende a afirmação de uma actuação a coberto de uma causa justificativa, então a sua conduta, ainda que correspondente à descrição prevista nesse artigo, não estará ferida de ilicitude, pelo que a reprodução do que haja sido captado - pelo menos, à partida, atendendo ao princípio da liberdade da prova (art. 125º CPP) - não estará vedada pela proibição de valoração cominada no art. 167º CPP. Desta previsão normativa, como já referimos, resulta a inadmissibilidade, como meio de prova, em processo penal, das reproduções mecânicas *ilícitas*.

Ora, a ilicitude pessoal - reportando-se à conduta e não ao resultado desvalioso produzido, ainda que este assuma relevância -, consistindo numa unidade de sentido, é aferida pela atitude exteriorizada através da acção: perante uma atitude de contrariedade/indiferença face ao dever-ser jurídico-penal, estaremos perante um ilícito *doloso;* uma atitude de descuido/leviandade será a nota caracterizadora do ilícito *negligente*. Assim se compreende que a produção de um resultado atentatório de bens jurídicos tutelados por uma norma de determinação jurídico-penal não é, por si só, suficiente para firmar um juízo de imputação objectiva. Desatendendo, desde logo, aos casos em que o resultado lesivo não é produto de actos humanos, mas de fenómenos naturais, ou, embora desencadeado por pessoas, não se pode conceber como acção humana,

[100] *Ibidem*, p. 640.
[101] Sobre as finalidades do Processo Penal, *vide* FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, pp. 20-26.

enquanto exteriorização de um qualquer sentido, porquanto a pessoa se encontra sob coacção absoluta, ou em estado de sonambulismo, ou perante um ataque epiléptico, entre outras hipóteses configuráveis[102], haverá casos em que a produção do resultado lesivo resulta do *conhecimento* e da *vontade* do agente que desencadeia a conduta dirigida à sua produção e, no entanto, essa conduta não lhe poderá ser imputada criminalmente, precisamente por falta de qualquer daqueles sentidos que permitem qualificar o acto como doloso ou negligente, em qualquer caso, como *ilícito*. Embora sendo de imputar ao agente - na veste de pessoa média - um dolo natural, porque o mesmo representou intelectual e volitivamente as consequências a que o seu comportamento tendia, não se verificará a existência de uma conduta *dolosa* quando o mesmo haja actuado em erro sobre as proibições (art. 16º, nº 1, parte final, do CP), em erro sobre os pressupostos fácticos de uma causa de justificação (art. 16º, nº 2, do CP), ou a coberto de uma causa justificativa (art. 31º CP), portanto, numa situação em que outro comportamento não seria de exigir ao homem médio. Na verdade, neste último caso, quem actua a coberto de uma causa de justificação representa e quer as consequências a que a sua conduta se dirige (= dolo natural), no entanto, não se lhe pode assacar um comportamento desconforme com o ordenamento jurídico, que, por isso, será de qualificar como não ilícito[103].

II. O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28-05-2019

Propomo-nos, pois, neste momento, fazer um périplo pelas posições da doutrina e da jurisprudência na matéria que vem sendo objecto do nosso estudo, analisando as causas justificativas que são convocadas e postergadas.

As causas justificativas visam, nesta sede, arredar o carácter ilícito de uma conduta - da conduta que consiste na *utilização* do meio técnico mecânico (= «reprodução mecânica») - de molde a que o meio de prova não esbarre com a proibição de valoração cominada no art. 167º CPP.[104] Como já referimos, esta é uma via para ultrapassar o obstáculo à valoração da prova

[102] FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, p. 301.

[103] Sobre a «inexigibilidade» como critério fundante, no âmbito de uma teoria monista, de todas as causas justificativas, *vide* ALMEIDA COSTA, ob cit., pp. 636 e ss. Quanto à recondução das causas de exclusão da ilicitude a uma ideia de «inexigibilidade objectiva», *vide*, em especial, nota de rodapé nº 160 (pp. 640-645). Como também refere o autor, o recurso a uma ideia de «inexigibilidade» não dispensa o recurso a outros «princípios intermédios» na consideração das concretas causas de justificação: «como concretizações ou densificações de uma tal "inexigibilidade objectiva" terão, por isso, de compreender-se os "princípios intermédios" que a doutrina maioritária entende (e bem) interferirem na conformação dos particulares tipos justificadores. Enquanto expressão do sentido nuclear do ilícito penal, naquela inexigibilidade objectiva há-de ancorar, numa palavra, o critério que confere unidade e congruência às múltiplas projecções da justificação». (p. 642).

[104] Na verdade, as decisões jurisprudenciais de que vamos dar nota procedem também à análise da exclusão da ilicitude da *obtenção* do meio de prova, e não só da respectiva *utilização*. Contudo, a enveredar-se pela via que

que esse artigo levanta. Cremos, contudo, que a solução poderá ser encontrada logo ao nível da tipicidade, como referiremos *infra*.

Para a análise das causas justificativas convocadas nesta sede, partiremos do caso objecto de recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa[105], onde a sua aplicação foi invocada.

O referido acórdão resultou da interposição de um recurso por parte do assistente, que não se conformou com a decisão, do tribunal de instrução criminal, de não pronúncia dos arguidos pelos crimes descritos na acusação do Ministério Público.

Tratou-se de um caso em que aquele que figurava no processo como assistente havia, em momento anterior, instalado câmaras de videovigilância dirigidas ao portão de entrada do seu prédio, em ordem a prevenir a prática de novos crimes de dano contra o mesmo.

As imagens dessa forma obtidas - que permitiram a documentação da infracção criminal, bem como dos seus autores - foram utilizadas pelo Ministério Público para substanciar a acusação deduzida contra os arguidos pela prática, em co-autoria material, de um crime de dano, previsto e punido no art. 212º, nº 1, do CP.

Os arguidos requereram a abertura de instrução, invocando a inexistência de indícios validamente adquiridos para sustentar a acusação.

O juiz de instrução, considerando estar perante prova inválida, deu razão aos arguidos e proferiu despacho de não pronúncia pelos factos que lhes eram imputados na acusação.

Inconformado com a decisão, o assistente interpôs recurso, pugnando pela admissibilidade das imagens captadas, invocando estarem a captação e reprodução das imagens cobertas por uma actuação a coberto de legítima defesa ou de estado de necessidade. Arguiu, ainda, a existência de consentimento por parte dos arguidos na captação da respectiva imagem e a exclusão da tipicidade por recurso ao pensamento vitimodogmático.

No que concerne à figura do consentimento, invocou o assistente a existência de *consentimento tácito* por parte dos arguidos na *captação* da sua imagem. Referiu o facto de as câmaras não serem ocultas, havendo, mesmo, um aviso que indicava a sua presença, e que os

deixámos exposta em texto, em sintonia com a nossa interpretação do art. 167º CPP, nos termos da qual apenas o carácter *ilícito* da *reprodução* (= utilização) obsta de forma terminante à valoração do meio de prova no processo, será de averiguar, de forma necessária e em primeiro lugar, se a *utilização* consiste numa conduta a coberto de uma causa justificativa ou atípica. Num segundo momento - que pressupõe a *admissibilidade* do meio de prova - poderá também relevar o funcionamento das causas de exclusão da ilicitude no concernente ao modo de *obtenção*. Entanto, mesmo que se conclua pela sua ilicitude, o meio de prova não é, inexoravelmente, proibido, dependendo do jogo e preponderância dos interesses em presença.

[105] Trata-se do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28-05-2009, processo nº 10210/2008-9, relatora: Fátima Mata-Mouros.

arguidos tinham conhecimento das mesmas, uma vez que se lhes dirigiam e proferiam palavras na sua direcção.

No que toca ao *consentimento* (art. 31º, nº 1, al. *d)*, do CP) do titular do bem jurídico, como já fizemos notar, trata-se, na realidade, do exercício positivo de uma liberdade fundamental[106], pelo que estaremos perante um acordo que exclui a tipicidade.[107] No entanto, por força da teoria dualista consagrada no art. 199º CP, a *utilização* das imagens captadas, para ser lícita e, portanto, poder ser usada como meio de prova no processo penal, carece também ela de ser consentida. Na sua ausência, a proibição de valoração cominada no art. 167º, nº 1, do CPP não poderá ser arredada, pelo que se impõe a pesquisa de novas vias de solução, em ordem a concluir pela admissibilidade do meio de prova.

O pensamento vitimodogmático, ancorado na tese dos limites imanentes dos direitos fundamentais, foi também invocado pelo assistente. Esta via de resposta não foi, no entanto, acolhida pelo Tribunal da Relação, que entendeu que a sede adequada para solucionar o problema seria a das causas justificativas. Deste modo, e porque trataremos desta figura jurídica *infra*, passaremos, sem demoras, para a análise das causas de justificação invocadas: a legítima defesa e o estado de necessidade.

1. Legítima Defesa

No que concerne à *legítima defesa* (art. 31º, nº 2, al. *a)*, do CP), os problemas na respectiva aplicação surgem perante o requisito da *actualidade* da agressão[108] [109], entendendo alguma doutrina e jurisprudência que, no caso de se recolherem, por ex., imagens do autor de uma infracção que esgotou o potencial lesivo naquele concreto acto captado, pretendendo, depois, a vítima dessa infracção, utilizar as imagens em processo penal como meio de prova contra o agente, já não sendo a agressão «*actual*», a admissibilidade das imagens obtidas como meio de prova já não poderá encontrar arrimo nesta causa justificativa. Contudo, a figura da *legítima defesa*, é chancelada quando estejam em causa, *inter alia*, hipóteses de extorsão. Como refere COSTA ANDRADE, «a extorsão provoca uma *compressão duradoira e ilícita da liberdade* da

[106] Ver texto *supra* correspondente às notas de rodapé nº 64 e 65.
[107] Sobre a distinção entre «consentimento» e «acordo», *vide* COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, pp. 506-517.
[108] Segundo EDUARDO CORREIA - *Direito Criminal*, Vol. II -, a agressão é actual quando «*tendo-se iniciado a sua execução, não se verificou ainda a sua consumação*» (p. 42). FIGUEIREDO DIAS prefere, ao invés da ideia de «começo de execução», apelar a uma ideia de agressão *iminente*, dispensando, assim, que a agressão já tenha sido iniciada.
[109] Cf. CAIADO MILHEIRO – *Comentário Judiciário…*, p. 540.

vítima: tanto da liberdade de decisão como da liberdade de fruição da propriedade e do património»[110], procurando demonstrar, desta forma, a *actualidade* da agressão que justificará o recurso a esta causa de justificação.

Pese embora o entendimento expendido quanto à postergação, em geral, da legítima defesa como dirimente aplicável aos casos em estudo, consubstanciado na falta de *actualidade* da agressão, notamos que o mesmo não convoca uma conformidade de posições. Aliás, em sentido divergente - admitindo a legítima defesa como causa de exclusão da ilicitude de uma conduta que procedeu à captação de imagens dos agentes infractores - decidiu o referido acórdão da Relação de Lisboa. Como consta do mesmo, «conclui-se, assim, que o uso das imagens captadas pela câmara de vídeo colocada pelo assistente na entrada do seu prédio rústico, desde que limitado à identificação do(s) autor(es) dos danos provocados na propriedade do assistente, e enquanto *reportado ao momento da prática dos factos integradores dos referidos estragos*, configura um meio *necessário* e *apto* a *repelir a agressão ilícita* da propriedade do assistente. Não será a circunstância de, no caso, os autores dos estragos não se terem abstido de o fazer, apesar de saberem que o seu comportamento estava a ser filmado, que permite afastar a verificação de todos os requisitos de que a lei faz depender a actuação em *legítima defesa* e, nessa medida, a *exclusão da ilicitude na* recolha *das imagens* (ilicitude que no caso, conforme acima já explanado nem se verificou, já que se presume o consentimento dos filmados) e *na sua* utilização *exclusivamente para esse fim*: identificação dos autores dos danos. Atente-se que a imagem, no caso em presença, será usada apenas com o fim da identificação, confinando-se, pois, à estrita ligação à identidade do titular do direito, o que exclui, pois, qualquer exposição arbitrária da imagem e muito menos qualquer manipulação da mesma.» (itálicos nossos). Não só a relatora nos dá conta dos requisitos da *necessidade do meio* com a finalidade de *repelir uma agressão ilícita* (cf. exigências previstas no art. 32º CP), como nos parece que procede a uma espécie de *imobilização* temporal da conduta dos agentes transgressores «*ao momento da prática dos factos integradores dos referidos estragos*», na tentativa de preservar, através de uma suspensão no tempo, a *actualidade* da agressão, em ordem a dar por verificada a existência de um caso de legítima defesa.

Na verdade, sendo o processo penal sempre posterior à tentativa ou verificação de uma ofensa com relevância criminal, dificilmente se poderia dar por verificado o requisito da *actualidade* da agressão, sendo certo que as gravações ou fotografias obtidas pela vítima do

[110] *Ibidem.*

crime em compressão[111] dos direitos à palavra falada ou imagem do infractor são, muitas vezes, a única forma de suster uma agressão que, muito provavelmente, cessará uma vez apresentada a denúncia ou, pelo menos, logo que deduzida acusação. E tudo isto determina a inutilizabilidade, em sede de instrução ou julgamento, destes meios de prova – que vamos supor serem os únicos existentes para documentar a infracção – por não se considerar estar perante um caso de legítima defesa, dado a agressão já ter cessado, e não procedendo à exclusão da ilicitude através de uma outra causa justificativa, o processo terminaria com um despacho de não pronúncia ou com a absolvição dos arguidos já na fase de julgamento. E, desta forma, nada obstaria a que as ofensas se renovassem, sabendo os agentes delinquentes que não importaria a sua actuação estar a ser filmada ou fotografada, uma vez que esses meios documentadores da conduta delitiva não poderiam ser, posteriormente, usados contra si, em processo a instaurar. Consequentemente, entendemos aquele que nos parece ter sido o raciocínio da relatora que, para dar por verificada a *actualidade* da agressão, empreendeu uma nova compreensão desta causa de justificação. A modelação do requisito da «actualidade» da agressão de molde a poder dar-se por verificado este requisito para a afirmação de uma conduta a coberto de legítima defesa não surge neste acórdão de forma inovadora. Na verdade, como nos dá conta TERESA PIZARRO BELEZA[112], no âmbito de crimes de violência doméstica, a «continuidade» das agressões de que a vítima de violência vem sendo alvo, verificando-se um estado permanente de perigo para a sua vida, integridade física ou liberdade, permite a afirmação da actualidade da agressão para efeitos de legítima defesa quando esta decide reagir contra o agressor. Estamos, portanto, perante situações em que, havendo perigo para a vítima, no momento em que esta reage, muitas vezes esse perigo não é *iminente*. É, contudo, um perigo que a vítima, pelas suas experiências passadas, vê como certo, e esperar pelo desfecho que teme para se poder defender de forma legítima – se assim se continuasse a configurar o requisito da «actualidade» para a verificação da legítima defesa – configuraria uma solução absolutamente irrazoável.[113] Mesmo não se considerando a situação de legítima defesa, dever-se-ia, pelo menos, considerar uma actuação em erro sobre os pressupostos fácticos do tipo justificador, arredando, deste

[111] Falamos, nesta sede, em «compressão» dos direitos, pois, a admitir-se que a questão se resolveria logo ao nível da própria tipicidade – por apelo à construção dos limites imanentes dos direitos fundamentais, onde não há lugar a um direito à palavra criminosa ou à imagem do agente do crime na comissão do delito –, não seria compreensível o recurso a uma causa excludente da ilicitude, cuja investigação é logicamente posterior à indagação da tipicidade da conduta.

[112] TERESA PIZARRO BELEZA, «Legítima Defesa e Género Feminino: paradoxos da "feminist jurisprudence"?» *in Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 31, pp. 143-159.

[113] Veja-se o caso relatado pela autora, decidido no TRE, em 1977, bem como a sua apreciação crítica, *ibidem*, a páginas 154 e 155.

modo, a punição do defendente a título de dolo, ficando ressalvada a punição por negligência, nos termos do art. 16º, nº 2, do CP.

Em ordem a poder dar-se por verificado o requisito da «actualidade» da agressão, também em Direito Internacional Público, se procurou modelar aquele crivo, gizando a figura da «legítima defesa *preemptiva*». Esta distinguir-se-ia da «legítima defesa *preventiva*», em princípio, afastada, dado o perigo não ser «*iminente*», mas tão-só um «perigo *esperado*».[114]

Pese embora a compreensão do requisito da «actualidade» da agressão, empreendida pela Relação de Lisboa, não mereça as nossas críticas, questionamos qual seria a via de resposta gizada pelo tribunal no caso de o meio de prova não visar a prevenção da ocorrência de novos crimes, portanto a *defesa* da propriedade do assistente, mas tão-só a perseguição criminal dos infractores. É que parece-nos que, neste caso, a figura da legítima defesa seria improfícua. No entanto, mesmo nesta situação – em que o meio de prova serve uma exclusiva função probatória –, estamos em crer que as imagens deverão ser admitidas no processo. Contudo, em nosso entender, e como explicaremos *infra*, essa solução não será alcançada por via das causas de exclusão da ilicitude, mas da consideração do âmbito de tutela típica das normas incriminadoras convocáveis, enformado pelo pensamento vitimodogmático.

2. Direito de Necessidade

A proscrição, em geral, da legítima defesa como causa justificativa nos casos em estudo, fundada, como já referimos, no entendimento da falta de *actualidade* da agressão, leva a doutrina e jurisprudência a considerar o *direito de necessidade* (34º CP) como causa justificativa predilecta para obstar à ilicitude da *recolha* de gravações ou fotografias pela vítima de um dos crimes enunciados *supra*, sem consentimento ou contra vontade, respectivamente, do titular dos bens jurídicos em questão, assim como, para legitimar a *utilização* dos meios de prova por aquela forma obtidos.[115] Isto porque a situação de perigo não foi voluntariamente

[114] CALDEIRA FOUTO, «Terrorismo e conceito de legítima defesa preventiva», *in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. O critério da iminência da agressão é tratado a páginas 157-159. Refere a autora, a páginas 160, que a distinção entre a legítima defesa «*preventiva*» e a «*preemptiva*» se reporta «a diferentes níveis de regressão possível na apreciação da iminência de um ataque.» Ver, ainda, a páginas 175-176, no que concerne à acção liderada pelos Estados Unidos e Reino Unido contra o Afeganistão, em 2001, a caracterização da mesma como um caso de «legítima defesa preventiva» ou de aceitação internacional de um acto retaliatório, tendo em conta que o mesmo não foi condenado pelo Conselho de Segurança da ONU, que aderiu à acção, por meio de resolução. A opção pela figura da *legítima defesa preventiva* ou da *represália* depende da aceitação ou negação da não ilicitude da primeira.

[115] Neste sentido, MILENE MARTINS, «A admissibilidade de valoração de imagens captadas por particulares como meio de prova no processo penal», *in Revista de Concorrência e Regulação*, Ano IV, nº 14/15, p. 189.

criada pelo agente que procede às gravações (ou captações de imagem)[116] e porque se entende que o seu interesse é sensivelmente superior ao interesse sacrificado, como KLUG observa, um interesse «dificilmente digno de protecção penal».[117]

O direito de necessidade foi invocado na decisão de 1º instância, objecto de recurso para o TRE[118], que gizou, contudo, para além desta, uma outra via de resposta. Partindo da tese dualista consagrada no art. 199º CP, analisa, num primeiro plano, a (i)licitude na *recolha* das imagens, identificando um conflito entre direitos fundamentais - por um lado, o direito à imagem da pessoa visionada, consagrado no art. 26º, nº 1, da CRP, e, por outro, o direito à propriedade, previsto no art. 62º CRP, e o direito à segurança, também objecto de tutela constitucional (cf. art. 27º, nº 1, da CRP). Procura harmonizar estes direitos através do princípio da proporcionalidade, concluindo pelo sacrifício do direito à imagem e, desta forma, ajuizando pela licitude (*rectius*, não ilicitude) da conduta que procede à captação das imagens.

Entanto, fazendo o percurso também por outra via, o da afirmação da existência de um estado de necessidade (art. 34º CRP), conclui o juiz(a) de 1ª instância pela mesma solução, a da não ilicitude da recolha das imagens. Como passamos a transcrever: «mas por outra via se poderia alcançar o mesmo resultado, atendendo aos termos do art. 34º CP devidamente interpretado, considerando que o seu recorte "clássico", à luz do direito penal, pode justificar uma sua compreensão mais lata, ou actualista, no quadro da posição do particular compelido a lançar mão de meios autónomos de protecção face ao perigo de lesão de valores próprios», apontando «uma sensível superioridade dos valores a proteger, na medida em que as circunstâncias do caso revelam que o direito à imagem do agente é sacrificado num contexto onde esse direito não pode ser valorado nos mesmos termos em que os direitos à segurança e propriedade, dada a forma de intervenção do agente. Além disso, o âmbito da tutela penal da imagem face à propriedade (furto) revela claramente, pelas reacções penais cominadas, uma assimetria valorativa favorável à propriedade, relevante nesta sede. E também se verifica a existência de um perigo actual, se se levarem em conta as anteriores intrusões ocorridas, em lapso de tempo relativamente pequeno - sempre à luz de uma interpretação teleologicamente

[116] Refere COSTA ANDRADE - Anotação ao artigo 199º CP, p. 1224, que «em muitas destas situações, nomeadamente de *perigo de repetição* ou de "*estado de necessidade probatório*", o perigo provém da esfera jurídica da pessoa que sofre a acção típica (gravação ou utilização/valoração). O que obriga a reconduzir as situações à figura e ao regime do *direito de necessidade defensivo*, com os seus específicos critérios de ponderação de interesses».
[117] *Apud* COSTA ANDRADE, *ibidem*.
[118] *Vide* ac. TRE, de 24-04-2012, relatora: Maria Filomena Soares.

adequada aos valores e circunstâncias presentes. O que conduziria assim à exclusão da ilicitude da recolha da imagem do arguido».

Como já referimos, cremos que a questão da não ilicitude da conduta destinada à *obtenção* de gravações ou fotografias surgirá apenas em segundo plano. E não cremos que a conclusão pela ilicitude da mesma obste, de forma definitiva, à valoração do meio de prova em processo penal. Já assim não será no que concerne à *utilização* do meio de prova, cujo carácter não ilícito é condição *sine qua non* para a respectiva admissibilidade no processo. A nosso ver, a análise da não ilicitude da *utilização* será um *prius* face à análise do carácter de conformidade ou antinormatividade da conduta que logrou a *aquisição* do concreto material probatório.

Num segundo momento, a decisão da primeira instância centra-se na averiguação da (i)licitude da *utilização* das imagens captadas em processo penal como meio de prova. Refere a decisão que, nesta sede, «já se não pode invocar um conflito de direitos fundamentais pois a *utilização* da imagem não visa proteger a segurança ou a propriedade, já que estes valores já foram efectivamente violados, mas apenas garantir a reacção contra essas violações».

Ade o juiz(a) o facto de a utilização das imagens captadas como meio de prova visar «*apenas* o interesse na realização da justiça, o qual não corresponde a um direito fundamental relevante» (itálico nosso).

Para ultrapassar o obstáculo que identifica, a referida decisão faz uso de uma ideia de «estado de necessidade probatório», referindo que «a tutela efectiva do particular, que viu justificada a sua actuação no quadro do estado de necessidade, exige, para ser, consequente, que a imagem que obteve possa ser depois efectivamente utilizada».[119]

No que concerne a esta via de resposta, parece-nos que a mesma será «consumida» pela legítima defesa. Quando esteja em causa a defesa, através da utilização de meios aptos a sustar a continuação ou reiteração da prática criminosa, da pessoa ou de terceiro, ou do seu património, não vemos obstáculo ao funcionamento da legítima defesa que, aliás, prescinde da sensível superioridade do interesse a defender face ao que é agredido (cf. art. 34º, al. b), do CP). E,

[119] Também recorrendo ao conceito de «estado de necessidade probatório», *vide* ac. TRE, de 29-03-2016 (relator António Latas), onde se refere, sumariamente, que «Mesmo a entender-se que a finalidade, comum, de *filmar* a materialidade e autoria do crime e de *utilizar* posteriormente o vídeo como prova do facto, não constitui fundamento de atipicidade da conduta da assistente relativamente ao tipo legal de **Gravações e fotografias ilícitas** previsto no artigo 199.º do C.Penal, sempre se mostra excluída a ilicitude no caso concreto por se considerar ter a assistente agido ao abrigo do direito de necessidade previsto no artigo 34.º do C. Penal, o que vale tanto para a obtenção do vídeo como para a sua *posterior utilização* no presente processo, pois esta utilização constitui a concretização daquele mesmo fim.» (itálico nosso). Em sentido contrário, negando relevância ao «estado de necessidade probatório» como legitimador da utilização, em processo penal, das gravações efectuadas por particulares sem consentimento do visado, ac. STJ, de 14-01-1999 (*apud* ac. STJ, de 28-09-2011, nota final nº 19).

mesmo que se optasse pela aplicação do direito de necessidade, continuaria a subsistir o problema da inadmissibilidade do meio quando apenas lhe fosse assacada uma exclusiva função probatória. Pelo que já deixámos escrito, em sede de legítima defesa, achamos que a irrelevância jurídico-penal das reproduções mecânicas não deverá ser determinada recorrendo às causas justificativas, mas ao pensamento vitimodogmático, cobrindo, deste modo, as situações em que o agente que procede às gravações - o próprio ofendido ou terceiro - tem apenas como desiderato a constituição de prova contra o agente do crime.

3. Outras dirimentes da responsabilidade penal

Embora não sejam invocadas no referido acórdão da Relação de Lisboa, são ainda apontadas outras dirimentes da responsabilidade penal, preordenadas à exclusão da ilicitude das reproduções mecânicas, em relação às quais não se verifique consentimento do visado. HUGO TAVARES refere o *exercício de um direito* (31º, nº 2, al. *b)*, do CP) como uma das «causas de justificação primacialmente aplicáveis (…) mormente o direito à informação ou liberdade de imprensa e expressão e que abre a porta à emergência da aplicação prática da doutrina da presunção da legitimidade», enquadrando também aqui o direito de necessidade.[120]

São, ainda, equacionadas outras dirimentes, cuja adopção é assaz controvertida, como a *adequação social*[121], a *prossecução de interesses legítimos*, *situação de quase legítima defesa*, *critério geral de interesses* e *doutrina da presunção da legitimidade*.[122]

Cremos ser no âmbito destas dirimentes «alternativas» que a Relação do Porto, em acórdão de 23-10-2013 (proc. 585/11.6TABGC.P1), procurou a solução no sentido da admissibilidade dos filmes, como meio de prova, no processo, que documentavam a prática de factos com relevância criminal. Sem embargo da crítica que, *infra*[123], deixaremos a esta via de resposta, entendemos ser também merecedora de crítica a análise que dele faz ANA RAQUEL CONCEIÇÃO[124].

---

[120] HUGO TAVARES, «A tutela do direito à imagem…», pp. 202-203. Também referindo o exercício legítimo de um direito, bem como a justificação por estado de necessidade, como causas excludentes da ilicitude de uma gravação em relação à qual não se verificou o consentimento do visado, *vide* MUÑOZ CONDE, «Sobre el valor probatorio…», p. 110.

[121] Faremos referência à «adequação social» em sede de exclusão da própria tipicidade.

[122] HUGO TAVARES, *ibidem*.

[123] *Vide infra*, texto correspondente às notas de rodapé nº 136 e ss.

[124] ANA RAQUEL CONCEIÇÃO, «A relevância probatória das gravações e fotografias realizadas por particulares: análise crítica do Acórdão da Relação do Porto de 23-10-2013», [ULL-FD] LD, s. 2, n. 13 (2015), pp. 137 – 186 (145 e 146).

Considera a autora que «uma vez que as filmagens feitas pelo particular não estão previstas no livro das provas do CPP como meios de obtenção da prova permitidos sob a égide da proporcionalidade, necessidade e adequação» e considerando que «a conduta do particular não beneficia de nenhuma das causas de exclusão da ilicitude ou da culpa determinadas no CP, estamos perante meios proibidos de prova».

Lançando mão do art. 126º, nº 3, do CPP, refere a autora tratar-se da consagração em lei ordinária do art. 32º, nº 8, da CRP, sendo que este último dispõe que «São nulas todas as provas obtidas mediante (…) abusiva intromissão na vida privada», resultando deste preceito constitucional, *a contrario*, dizemos nós agora, que, caso a intromissão não seja «*abusiva*», as provas serão admitidas[125]. Densificando o conceito de «intromissão abusiva», a autora menciona que «ela existe quando "essa intromissão não estiver prevista na lei; ou seja, não seja um daqueles casos em que a lei constitucional ou ordinária, permite a obtenção deste tipo de prova"».

Com o devido respeito, não acompanhamos o entendimento da autora e procuraremos refutá-lo. De facto, entendemos que, não estando a intromissão prevista na lei, não se trata, sem apelo nem agravo, de prova proibida. Como sabemos, e não obstante a epígrafe «legalidade da prova», o art. 125º CPP consagra, na verdade, um sistema de liberdade da prova, admitindo, portanto, meios atípicos, isto é, meios que não estão previstos nem disciplinados na lei[126]. Deste modo, terá de se apurar se, no caso concreto, se deu por verificada a tal *intromissão abusiva na vida privada*, caso em que, tratando-se de uma restrição sensível do direito fundamental em causa[127], para o meio de prova ser admitido – agora sim – terá de estar previsto em lei ordinária, tal como decorre do art. 18º, nº 2, da CRP. Parece-nos ser consequente o entendimento de que, não se tratando de uma restrição *sensível*, porquanto a intromissão não é considerada *abusiva*, para o meio de prova ser admitido não terá de estar previsto legalmente. Aliás, como nos dá conta ANABELA LEÃO, «os direitos fundamentais são sempre direitos *prima facie*; é em função das circunstâncias concretas que deverá fazer-se uma "ponderação de bens racionalmente

[125] Este o entendimento de SANDRA SILVA, *O Arguido Como Meio de Prova Contra Si Mesmo: considerações em torno do princípio «nemo tenetur se ipsum accusare»*, p. 187, nota de rodapé nº 369.

[126] Neste sentido, MEDINA DE SEIÇA, «Legalidade da Prova e Reconhecimentos "Atípicos" em Processo Penal», *in Liber Discipulorum Para Jorge de Figueiredo Dias*, pp. 1405-1410. Também SANDRA OLIVEIRA E SILVA, «Legalidade da Prova e Provas Proibidas», *in RPCC*, Ano 21, Nº 4, pp. 559-562. E, ainda, PEDRO ALBERGARIA - Anotação ao artigo 125º CPP, *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, Tomo II, pp. 29-30.

[127] Como referiremos, quando estejam em causa factos com relevância criminal, pensamos que poderá operar-se uma redução teleológica do tipo de sentido vitimológico, pelo que não chega, sequer, a prefigurar-se uma situação abstracta de conflito ou colisão de direitos reivindicante de uma restrição legal.

controlada", vendo por exemplo qual o bem que assume um peso maior».[128] No que concerne aos direitos fundamentais em relação aos quais a CRP não prevê expressamente a possibilidade de restrição, *v.g.*, o art. 26º, nº1, da CRP, poder-se-ia ser levado a concluir que os mesmos seriam insusceptíveis de restrição.[129] No entanto, e como dá nota o acórdão do Tribunal Constitucional nº 155/2007, «o reconhecimento do carácter incomportável de uma tal leitura, designadamente do ponto de vista das suas consequências práticas, levou, contudo, ao desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário de uma multiplicidade de soluções - como o recurso, entre outros, ao artigo 29.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, às autorizações "indirectas ou tácitas" de restrições, às ideias de "limites imanentes", de "limites constitucionais não escritos", de "limites intrínsecos", de "restrições implícitas", de "limites instrumentais" - que, de uma ou outra forma, têm afastado aquela conclusão».[130] [131]

Será na ideia de limites imanentes dos direitos fundamentais que ancoraremos a nossa resposta, no sentido da exclusão da relevância penal das reproduções mecânicas e consequente admissibilidade das mesmas no processo penal. Antes de partirmos para a construção jurídica que reputamos como mais adequada para a resposta do tema que tratamos – o pensamento vitimodogmático –, abordaremos, ainda, as causas de atipicidade penal previstas no art. 79º, nº 2, do CC.

---

[128] ANABELA LEÃO – «Notas sobre o Princípio da Proporcionalidade ou da Proibição do Excesso», *in Comemoração dos 5 anos da F.D.U.P.*, p. 1023.

[129] Cf. art. 18º, nº 2 CRP - «*A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição*».

[130] E este entendimento foi expendido acerca da admissibilidade de restrição dos direitos fundamentais à integridade física, à liberdade geral de actuação, à *reserva da vida privada* e à autodeterminação informacional, preordenada à prossecução das finalidades específicas do processo penal. *Vide*, em sentido convergente, SANDRA SILVA, *ibidem*, p. 586, nota de rodapé nº 79, e *O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio «nemo tenetur se ipsum accusare»*, pp. 373-376.

[131] Como refere o acórdão na esteira daquele que já vinha sendo o entendimento do próprio TC, «Também o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar é consagrado à partida no n.º 1 do artigo 25.º da Constituição sem qualquer limite e, no entanto, o Tribunal Constitucional admitiu que em hipóteses de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova (e, portanto, de conflito com o interesse na prossecução penal e com o princípio da verdade material) pode haver intercepção e gravação de comunicações telefónicas (Acórdão n.º 7/87, Acórdãos, cit., 9, pp. 7 e segs., 35; cf., de modo semelhante, quanto ao uso, não consentido pelo visado, de fotografia como prova em processo de divórcio, o Acórdão n.º 263/97, Diário da República, 2.ª série, de 1 de Julho de 1997, pp. 7567 e 7569).»

5.º Capítulo – A exclusão da tipicidade da conduta que procede à captação da imagem

O enquadramento em lugar público e em factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente

Para além da figura do consentimento e da construção vitimodogmática, a ausência de tipicidade da conduta daquele que procede à reprodução da *imagem* (já não da palavra) pode ficar a dever-se a uma das causas jus-civilistas, previstas no art. 79º, nº 2, do CC. Referimo-nos às seguintes constelações aí previstas: «quando a imagem vier enquadrada na de lugares públicos» ou enquadrada «na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente».

Pensamos que estas duas cláusulas se reconduzem, na verdade, a uma cláusula geral de «adequação social».[132] De facto, parece-nos, pelo menos no ambiente social em que vivemos, em que quase todas as pessoas dispõem de meios de captação de imagem e som – como, por exemplo, um simples *smartphone* –, que já será mais provável uma pessoa ser captada num vídeo ou fotografia do que o inverso (assim, pelo menos, nos locais de grande atracção turística). Cremos que a pretensão de anonimato – em relação à qual a captação da imagem pode constituir uma ameaça –, no espaço público, se assemelha quase à ideia de alguém conseguir passar por entre os pingos da chuva sem se molhar. Não só, como referimos, há uma ampla difusão dos meios técnicos mecânicos de captação e conservação de imagem e som, como a sua utilização em espaços públicos está fortemente banalizada. A «normalização» do recurso a esses meios, diríamos mesmo, ter conduzido a uma certa «institucionalização» da sua utilização. Os comportamentos daqueles que fotografam ou filmam em espaço público surgem «normais», não só para os utilizadores dos meios, como também para aqueles que, pese embora desejando não constar de álbuns de fotografias ou de vídeos – a ser, potencialmente, reproduzidos nas redes sociais, não se sabe de quem, nem com que alcance geográfico – não se atreverão, contudo, a dirigir-se à pessoa que creem ter captado a sua imagem, pedindo que apague o ficheiro em que esta surge. Diríamos que – aparecer num vídeo ou fotografia – é um «risco normal de vida»[133] a que, por força das circunstâncias sociais, nos submetemos.

---

[132] A cláusula da «adequação social» – figura erigida por WELZEL – está, de forma implícita, presente em todos os tipos incriminadores e restringe o seu âmbito de funcionamento. Embora subsumível à factualidade típica, a conduta será criminalmente irrelevante quando não tenha ressonância na ordenação de valores da comunidade. Neste sentido, *vide* FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, pp. 338-339.

[133] O «risco normal de vida» surge como um corrector do juízo de imputação objectiva, no âmbito da «teoria da conexão do risco», de ROXIN. Quando a conduta se mostrasse *adequada* à produção do resultado típico, mas se insira ainda dentro da órbita do «risco permitido» ou, com STRATENWERTH, do «socialmente adequado», não será de imputar o resultado à conduta do agente. Neste sentido, *vide* FIGUEIREDO DIAS, *ibidem*, pp. 390-391.

A este propósito, cremos que seria importante reflectir na incriminação do CP que tutela a imagem como bem jurídico autónomo, uma vez que é nossa convicção que, desligada da vida privada ou íntima, não haverá ressonância ética na comunidade que justifique a sua dignidade penal[134]. Trata-se, no entanto, de um tema que extravasa o âmbito deste nosso estudo.

Retornando às hipóteses previstas no Código Civil - «a imagem estar enquadrada na de lugares públicos» ou «na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente» -, no seu art. 79º, nº 2, porquanto, por força do princípio da unidade da ordem jurídica, previsto no art. 31º, nº 1, do CP, aplicáveis aos ilícitos *penais*, acabam por subtrair a autonomia que a incriminação exclusivamente votada para a tutela do bem jurídico da imagem pretendia afirmar. Na verdade, estando a imagem inserida no âmbito de lugares públicos, entende a ordem jurídica não sancionar a captação e reprodução da imagem dos indivíduos que neles se encontrem, desde que não estejam a ser alvos específicos dessa reificação da imagem (trata-se da referida ideia de «adequação social» ou «risco normal de vida»[135]). E, de facto, outra não nos parece poder ser a solução, uma vez que a imagem constitui uma projecção da pessoa, da qual ela, salvas as excepções proporcionadas pelo virtual, não se pode desembaraçar. A imagem acompanha a pessoa. Quando a pessoa está em lugares públicos, não pode esconder-se dos olhos dos outros, sujeitos, aliás, à mesma análise e observação crítica.

Claro que ser observado não é o mesmo que se ver numa insistente perseguição, em que os meios técnicos de captação de imagem servem o exclusivo propósito de cristalizar determinada ou várias imagens da pessoa, em ordem a possuir «parte» dela, sem se saber qual

---

Considerando que o «risco normal de vida» é afinal mera projecção da «teoria da adequação», chegando, contudo, ao mesmo resultado de ROXIN - da irrelevância criminal da conduta -, *vide*, quanto à conclusão, ALMEIDA COSTA, ob. cit., pp. 686-691.

[134] Isto, sem prejuízo de continuar a considerar a imagem como bem jurídico autónomo, mas de outra índole, isto é, em relação ao qual as respectivas violações não implicassem uma sanção *penal*. Aliás, parece-nos que a ter dignidade penal autónoma não seria de considerar apenas de *aparente* o concurso de ilícitos entre as incriminações previstas nos arts. 192º e 199º, nº 2, CP, mas de *efectivo*. Considerando, contudo, tratar-se de concurso meramente aparente, COSTA ANDRADE - Anotação ao artigo 199º do Código Penal, pp. 1230-1231.

[135] Será, no entanto, importante frisar que, não obstante estejamos a usar os conceitos de «risco normal de vida» e de «adequação social» como se estes fossem sobreponíveis, a verdade é que se impõe uma distinção entre ambos. Enquanto o primeiro dos conceitos é reportado a uma análise factual e empírica, a adequação social «constitui uma regra de valoração» - neste sentido, PAULA RIBEIRO DE FARIA, *A Adequação Social da Conduta no Direito Penal*, pp. 43-46. Enquanto o «risco normal de vida» corresponde ao *ser*; a «adequação social» configura um juízo de *dever-ser*. A normatividade social não se poderá, contudo, confundir com a normatividade jurídica-típica (*ibidem*, p. 44). Nas palavras de BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, «uma conduta de facto generalizada só conduz a uma modificação normativa quando é acompanhada da convicção da correcção e validade da máxima que preside a essa conduta.» (p. 46). Também no sentido da distinção dos conceitos, *vide* ALMEIDA COSTA, *Ilícito Pessoal…*, onde, a páginas 687, nota de rodapé nº 241, refere contender o «risco normal de vida» com o juízo de imputação objectiva e a «adequação social» com a delimitação do âmbito de previsão típica. No mesmo sentido, PAULA RIBEIRO DE FARIA, *ibidem*, p. 34, nota de rodapé nº 8. No sentido contrário, portanto, considerando os riscos normais de vidas socialmente adequados, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*…, p. 391.

o tratamento que irá ser dado ao material dessa forma obtido. O que, aliás, poderá convocar outras incriminações, para além da que tutela a imagem. Poder-se-á argumentar que, nos casos de instalação de uma câmara fotográfica ou videográfica, direccionada para um concreto sítio da via pública, a captação que se faça do agente do crime não é arbitrária, nota que parece sustentar a causa de atipicidade jus-civilista. Na realidade, o facto de o agente vir enquadrado em lugar público é tão-só consequência de o *locus delicti* ser um lugar público. A captação do agente não é decorrência de se estar a fotografar ou filmar a rua, nem de um acaso; pelo contrário, o lugar público apenas é captado porque é nele que o agente, a quem a captação de imagem é intencionalmente dirigida, se insere. De acordo com este entendimento, não estariam reunidos os pressupostos para a aplicação desta causa jus-civilista.

Na já referida decisão da Relação do Porto, de 23-10-2013, o tribunal superior considerou – no mesmo sentido do decidido em 1ª instância – não constituírem métodos proibidos de prova, podendo ser valoradas em processo penal, as imagens captadas, através de filmagem, por um particular que colocou uma câmara de vídeo direccionada para a *via pública*, sem estar previamente autorizado pela CNPD, onde se encontrava estacionado o seu automóvel, que vinha sendo alvo de danos, com o intuito (único) de documentar a prática de infracção criminal e de identificar o seu autor. Em ordem à admissibilidade da valoração das referidas imagens, invocou o tribunal a existência de uma *justa causa*, *não estar em causa a intimidade/reserva da vida privada da pessoa captada*, referindo, a este propósito, «não serem atingidos dados sensíveis da pessoa visionada» e dispensar-se o seu consentimento com fundamento em *exigências de justiça* (art. 79º, nº 2, do CC).[136]

Nesta decisão, vemos que o facto de as imagens serem captadas na via pública, portanto, num espaço diferente daqueles que se enquadram na área da privacidade em sentido *formal*, é um factor que contribui para a desqualificação da ilicitude da conduta do agente que procede à captação. Contudo, o seu modo de actuação não surge evidente. É que não se chama à colação a causa justificativa prevista no art. 79º, nº 2, do CC: a imagem vir «enquadrada na de lugares públicos». Segundo o acórdão, uma vez que o que fica registado não contende senão com a área pública, em cumulação com os critérios da «*justa causa*» – o registo e sua reprodução destinam-se à documentação de uma infracção criminal – e das *exigências de justiça* – a realização da justiça criminal, através da condenação do agente e reafirmação contrafáctica da norma –, a

[136] Acresce, no acórdão em causa, o facto de se ter considerado que a informação probatória consistente nas imagens apenas vinha corroborar o que já resultava do depoimento do assistente e das duas testemunhas por este arroladas. Fica, portanto, em dúvida a questão de saber se, caso fosse o único meio de prova, se com ele o tribunal se bastaria, porventura, invocando um estado de necessidade probatório.

conduta do indivíduo que capta e utiliza o conteúdo obtido, com o exclusivo desiderato de documentar a prática de uma conduta ilícita, não é passível de ser sancionada com um juízo de antinormatividade penal. E, pese embora nos pareça que o tribunal tenha encontrado um bordão na causa justificativa do «enquadramento da imagem em lugares públicos», uma vez que, nos mesmos, não há uma expectativa objectiva de privacidade cuja confiança mereça tutela, porque a verificação desta causa implica, como já vimos, uma certa aleatoriedade no alvo captado, o que não ocorre neste tipo de casos, em que há uma intenção deliberada de fotografar ou filmar a atuação criminosa, ela não é afirmada com o desiderato de exclusão da tipicidade da conduta do agente que procede às gravações. No que concerne a esta causa de atipicidade refere COSTA ANDRADE[137] que, naqueles casos, a imagem da pessoa tem de resultar inequivocamente «integrada na "imagem" daqueles espaços ou eventos e neles se dissolva. Já será diferente à medida que o destaque concedido à imagem pessoal resultar em individualização e subtracção (não querida) ao anonimato». Ora, no presente caso, o objectivo visado com a gravação de imagens foi precisamente o de documentar a prática de uma infracção e identificar o seu autor, pelo que o funcionamento desta dirimente, quando se entenda que deve ser daquele modo configurada, parece, definitivamente, arredado. No entanto, o tribunal, na nossa análise, não deixou de a ter em conta como factor - diríamos - de mitigação do carácter ilícito da conduta do agente que realiza as gravações. Recuperando o abandonado inciso da «justa causa» e adindo as «exigências de justiça», o tribunal opera a desqualificação do acto como ilícito.

Este acórdão, embora nos pareça ter tomado a opção certa no que concerne à admissibilidade das reproduções mecânicas, enceta, contudo, um caminho algo hesitante e dubitativo na fundamentação da sua opção. Com efeito, uma vez que a incriminação prevista e punida no art. 199º, nº 2, do CP tutela a imagem como bem jurídico autónomo, não se percebe como pode a questão da privacidade vir influenciar o carácter de conformidade ou não conformidade à norma penal. Não queremos com isto afirmar que nos pareça um ponto despiciendo a análise acerca da pertinência do conteúdo registado à área da privacidade, mas cremos que esse juízo deverá ter lugar apenas no segundo crivo sobre a admissibilidade do meio de prova. O primeiro crivo, como já referimos, é o da conformidade ao direito penal substantivo: a *reprodução mecânica*, para ser admissível, tem de ser lícita (ou, pelo menos, não ilícita). Concluindo-se que não é susceptível de ser sancionada com um juízo de ilicitude, recorre-se a um juízo ponderativo, onde outros factores entram em análise, nomeadamente o do carácter

[137] COSTA ANDRADE - Anotação ao artigo 199º CP, p. 1215.

privado ou não do conteúdo objecto da reprodução. Ademais, parece decorrer da decisão que as dirimentes têm de ser cumuladas, como se, de forma autónoma, fossem inaptas para desempenhar a sua função. Deste modo, reiteramos que - pese embora concordemos com a opção pela admissibilidade das gravações como contributo para a formação da convicção do juiz - consideramos não ser este o *iter* mais adequado. De facto, nota-se a premência em dar determinado tipo de solução - que cremos não exagerar ao considerá-la pré-determinada pelo tribunal - e a tentativa de ultrapassar o obstáculo que o art. 167º, nº 1, do CPP, inusitadamente, levanta. Tal é conseguido, contudo, a nosso ver, hipotecando uma solução dogmaticamente acertada, susceptível de abrir caminho a soluções jurisprudenciais conformes, idóneas à formação de uma expectativa fundada acerca da solução a que o tribunal vai chegar.

No que concerne aos *factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente*, percebe-se que, também estes, porque há interesse na sua divulgação, provoquem uma desconsideração do direito à imagem das pessoas visadas. Pensamos poder chamar aqui a construção vitimodogmática: quem não deseja ver a sua imagem difundida, deverá evitar a presença em factos de interesse público que, para além das habituais fotografias, poderão contar mesmo com cobertura jornalística e televisiva.

6.º Capítulo – A exclusão da tipicidade das gravações *prima facie* ilícitas – redução teleológica do tipo penal

I. Delimitação do âmbito de tutela típica de sentido vitimodogmático

Tendo em conta o objecto do nosso estudo – a admissibilidade das gravações, filmes e fotografias obtidas por particulares como meio de prova em processo penal –, partimos da remissão, entre outras, que o art. 167º CPP opera para a al. b) do nº 1 e al. b) do nº 2 do art. 199º do CP. Como já deixámos exposto, entendemos que aqueles meios técnicos mecânicos constituirão prova proibida quando a respectiva *utilização* consubstancie um ilícito penal. Como também já vimos, a utilização de uma gravação é passível de ser sancionada com um juízo de ilicitude quando, para a mesma, não haja concorrido o consentimento do titular da palavra falada, ainda que este haja consentido na respectiva gravação. Isto decorre da al. b) do nº 1 do art. 199º CP, que presta homenagem à *tese dualista*: mesmo que a captação da palavra tenha sido lícita, a respectiva *utilização*, porquanto potencia ou actualiza as mesmas lesões, porventura de forma mais intensa, do bem jurídico que o sancionamento da obtenção da gravação sem consentimento visa prevenir, está dependente de nova manifestação de vontade por parte do titular do direito. Também a *utilização* de fotografias, quando o titular do direito à imagem se haja manifestado contrariamente a tal acto, ou quando seja de afirmar uma presunção negativa de vontade imputada ao visado, constitui um ilícito penal, à míngua da intervenção de uma causa justificativa.

No entanto, porquanto a *utilização* das gravações, fotografias ou filmes, no âmbito do nosso estudo, consubstancia a reprodução *no processo* do respectivo conteúdo, com *fins probatórios*, caberá questionar se, perante casos em que aqueles meios possibilitam a prova dos factos criminalmente imputados ao arguido, se os mesmos poderão ser admitidos. Pensamos, p. ex., nas situações em que a vítima de injúrias, ameaça, coacção ou extorsão, grava as palavras proferidas pelo agressor, pretendendo, depois, em sede de processo penal, delas se valer como meio de prova, colocando-se, portanto, a questão de saber se o art. 167º CPP veda a sua valoração; assim como nos casos em que a vítima de um crime contra a propriedade ou contra bens pessoais age com o desiderato de descobrir o agente criminoso e constituir meio de prova contra o mesmo, para tal fotografando ou procedendo a filmagens do acto delitivo; acrescentando COSTA ANDRADE os casos em que as vítimas gravam ou fotografam os agentes corruptores e, em geral, os agentes que incitam à prática de comportamentos ilícitos ou

eticamente censuráveis e «por quem pretenda reunir provas para obviar a comportamentos processualmente ilegítimos ou de má fé».[138]

Ora, como já vimos, aquando da interpretação do art. 167º CPP, na medida em que seja de sancionar a conduta da *utilização* como ilícita - e esta será ilícita quando o titular do direito à palavra falada não dê o seu consentimento para a *reprodução* ou o titular do direito à imagem se manifeste contra a mesma (cf. art. 199º, nº 1, al. b) e nº 2, al. b), do CP) -, o meio de prova consistente na reprodução mecânica constituirá um meio de prova cuja valoração é proibida. Tal significa que a sua reprodução no processo é inadmissível e que, portanto, o juiz não poderá servir-se do meio de prova no juízo que faça quanto à probabilidade da ocorrência efectiva dos factos, tal como delineados nos enunciados factuais que lhe são dados a conhecer. Ora, a cominação do art. 167º CPP, que comporta estas consequências, é problemática quando o juiz se encontra perante as constelações típicas que procurámos exemplificar *supra* e que têm em comum o facto de serem particularmente aptas para fazer prova de práticas criminosas ou, pelo menos, ilícitas-típicas. A situação surge ainda mais flagrante quando, por hipótese, a gravação ou fotografia constitui o único meio de prova na disponibilidade da vítima para lograr a condenação penal do infractor e, dessa forma, fazer cessar as ofensas de que vem sendo alvo.

Desta forma, caberá questionar se as incriminações previstas no art. 199º CP protegem também a palavra criminosa ou a imagem do agente do crime reveladora da prática delitiva. Nas palavras de COSTA ANDRADE, «cabe questionar se a incriminação das *Gravações e fotografias ilícitas* deve sofrer uma ulterior redução da área de tutela em nome de uma redução teleológica do tipo, de sentido vitimodogmático».[139] No caso de a resposta a esta pergunta ser de sentido afirmativo, a *utilização* das gravações e fotografias, no processo penal, através da sua *reprodução*, não seria de molde a ser sancionada com um juízo de ilicitude, porquanto se consideraria, desde logo, a conduta *atípica*. Assim sendo, a cominação do art. 167º, nº 1, do CPP não teria lugar, pelo que o meio de prova seria, em princípio, admissível (art. 125º CPP). No caso de se entender que também a palavra e imagem do agente de um delito, demonstrativas da respectiva prática, estão tuteladas sob a égide do art. 199º CP, e não sendo o carácter ilícito da *utilização* arredado por uma causa justificativa, a proibição de valoração do conteúdo objecto da reprodução é a solução.

Como já referimos - e frisamos este ponto - esta conexão entre a ilicitude penal substantiva e a inadmissibilidade da prova em processo penal não se nos afigura uma solução

[138] COSTA ANDRADE - Anotação ao artigo 199º CP – *Comentário Conimbricence*…, pp. 1218-1219.
[139] *Ibidem.*

razoável, pelo que, a nosso ver, o preceito deveria ser eliminado. De facto, parece-nos que a ilicitude penal de determinada conduta deverá ser pesada no processo penal, mas, como deixámos dito, a par de outros critérios, também eles chamados ao processo, e que, mediante um juízo ponderativo, levarão a concluir pela aceitação do meio de prova, ou pela inadmissibilidade do mesmo. Dissemos que o modo de obtenção do meio de prova será, nos termos gerais, objecto do juízo de ponderação, mas que a *licitude* da respectiva *utilização*, através da *reprodução* no processo, constituirá exclusiva condição *prévia* da admissibilidade do meio de prova, o que se nos afigura injustificado e potenciador de situações injustas.

Para contornar a prescrição do art. 167º, nº 1, do CPP, nestes casos em que a proibição de valoração surge irrazoável, procura-se delimitar os preceitos do direito penal substantivo convocados, ou encontrar uma causa de exclusão da ilicitude cujos pressupostos se verifiquem *in casu*.

No sentido da delimitação dos preceitos da lei penal, foi erigida a figura da *redução da área de tutela típica de sentido vitimodogmático*. O *princípio vitimológico* ou *vitimodogmático* constitui, na formulação de SCHÜNEMANN, «uma máxima interpretativa por força da qual só são subsumíveis numa incriminação típica as condutas que escapam à autotutela possível e exigível à vítima».[140] De acordo com este princípio, porquanto a conduta (criminosa) do agente alvo da captação por meio técnico mecânico é, desde logo, proibida, impondo-se-lhe um dever de abstenção (pensamos nos crimes de comissão por acção), será de concluir no sentido da ausência de uma conduta típica por parte de quem procede à captação da conduta delitiva. A respectiva *utilização* no processo, como meio de prova, pese embora esteja sujeita a um juízo independente do realizado sobre a conformidade ou contrariedade do modo de *obtenção* face ao direito penal substantivo, seja por força da tese dualista, seja por força do âmbito de previsão do art. 167º CPP, parece-nos que terá também de ser considerada, de um ponto de vista penal substantivo, como atípica. E isto porque a obtenção tem como consequência potencial a utilização do material adquirido. Quem deseja proteger-se desta última deverá, desde logo, obstaculizar a primeira. Parece-nos que deverá ser a solução no caso de a captação e posterior reprodução do seu conteúdo *no processo* ser dirigida à prova de *factos criminalmente relevantes*. Aliás, a primeira, que é considerada atípica, realizada *ab initio* com fins probatórios, só será consequente se se entender que também a reprodução *no processo* da palavra *criminosa* ou da imagem em que o agente surge praticando determinado acto ilícito-típico é, também ela,

[140] *Apud* COSTA ANDRADE - Anotação ao artigo 192º CP - *Comentário Conimbricence*…, p. 732.

atípica. Escapando, desta forma, à proibição de valoração cominada no artigo 167º, nº 1, do CPP, o meio de prova será, em princípio, admitido (art. 125º CPP).

Esta construção de sentido vitimodogmático encontra arrimo na tese dos *limites imanentes dos direitos fundamentais*, sobretudo no entendimento de que a sua protecção jurídica se deverá adscrever à sua dimensão positiva. Aqueles limites intrínsecos dos direitos fundamentais «decorrem da interpretação dos preceitos constitucionais que os prevêem»[141], e, no caso do pensamento vitimológico, a delimitação daqueles preceitos é resultado de uma «interpretação restritiva», que opera uma «redução teleológica» do seu âmbito. Desta forma, quando estivesse em causa a captação de um comportamento que traduzisse um acto criminoso, negar-se-ia à vítima das gravações ou fotografias qualquer tipo de tutela, fundamentando a solução na *perda de dignidade penal* e na *caducidade* (*Verwirkung)* da protecção jurídica. E isto porque aqueles que «se colocam no lado inverso do ser social» (BRUNS)[142], determinando-se contra as prescrições da ordem jurídica, não poderão pretender ser por ela acobertados.[143] Pretendemos, contudo, percorrer a vitimodogmática mais detidamente, desde as suas origens à sua aplicação metodológica, pelo que lhe dedicamos as próximas páginas.

II. A vitimodogmática – proposta de uma solução

A vitimodogmática é uma construção jurídica erigida a partir da realidade sociológica e empírica dada a conhecer pela vitimologia[144]. Esta última veio contribuir para a «redescoberta» da vítima[145] no sistema jurídico-penal, através de duas ordens de considerações.[146] Uma primeira – partindo da relação que se estabelece perante um facto com relevo jurídico-criminal, que tem por sujeitos, de um lado, o arguido, presumível autor dos factos imputados, e, do outro, o Estado, que surge no processo como detentor do *ius puniendi* e que visa a reposição da ordem de valores posta em causa através da violação da norma penal – vem alertar para a «supressão» da vítima enquanto «sujeito activo» no processo, cujos interesses são despersonalizados e assumidos pelo Estado, enquanto representante da comunidade, em defesa desta última e não

[141] VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 269.
[142] *Apud* COSTA ANDRADE – Anotação ao artigo 199º CP – *Comentário Conimbricence*…, p. 1219.
[143] *Idem, ibidem*.
[144] Área da Criminologia que pretende «sistematizar os conhecimentos empíricos relativos à vítima» – CANCIO MELIÁ, «Reflexiones sobre la "victimodogmatica" en la teoria del delito», *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 26.
[145] *Ibidem*. Do mesmo autor, «Victim behaviour and offender liability: a european perspective», *in Buffalo Criminal Law Review*, p. 514.
[146] Assim, SILVA SANCHÉZ, «La consideracion del comportamento de la victima en la teoria jurídica del delito – Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la "victimo-dogmática"», *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 165.

daquela.[147] Para além deste «roubo do conflito» à vítima, poderá verificar-se um fenómeno de «vitimização secundária». A vítima, enquanto fonte de conhecimento dos factos que são imputados ao presumível autor, será chamada a intervir no processo, produzindo prova testemunhal sobre esses mesmos factos, o que implica uma ineludível «revisitação» dos mesmos, para além de estratégias de defesa que poderão pretender deslocar a culpa que recai sobre o autor dos factos para a vítima dos mesmos, alastrando e intensificando, deste modo, os seus efeitos nocivos na esfera desta última.[148] Para além destas considerações, a vitimologia veio constatar que a vítima não é, em todos os delitos, mero objecto passivo sobre o qual recai o evento lesivo com dignidade penal. Este último, pelo contrário, resultará, algumas das vezes, de uma interacção entre autor e vítima. Há certas vítimas que contribuem para a lesão do bem jurídico de que são titulares, podendo, consequentemente, ser consideradas, pelo menos, parcialmente «responsáveis» pela lesão.[149] Partindo deste segundo bloco de considerações, a vitimodogmática pretende extrair consequências jurídicas destes factos.

Como referimos, a vitimologia constata a existência de certas vítimas que contribuem para a produção do evento lesivo, cuja acção (ou omissão) pode ser qualificada de «concausal» do mesmo. Assim, a primeira consequência extraída é a necessidade – que se faz sentir ao nível da prevenção geral – de destinar aos grupos de vítimas determinadas medidas de política criminal, em ordem a eliminar a sua «predisposição vitimal».[150]

A vitimodogmática, por seu turno, trata de analisar em que medida e termos o reconhecimento da existência de vítimas que contribuem para o facto delitivo pode conduzir à afirmação de que estas têm responsabilidade na sua produção – por terem contribuído com actos dolosos ou negligentes – e, em consequência, determinar uma atenuação ou, inclusive, exclusão da responsabilidade criminal do autor.[151]

À vitimologia é apontado o desiderato da adopção de medidas tendentes a uma maior protecção da vítima. A vitimodogmática, pelo contrário, trata de apurar se um determinado comportamento da vítima há-de repercutir-se na valoração jurídico-penal da conduta do autor, no sentido, como referimos, de atenuar ou eliminar a sua responsabilidade. Portanto, a

[147] Refere, a este propósito, CANCIO MELIÁ a existência de uma «neutralização» da vítima no Direito Penal moderno, afirmando que o processo histórico de publicização deste ramo do direito, ao mesmo tempo que teve por reverso óbvio a «desprivatização» do conflito, que passou a ser encabeçado, de um lado, pelo Estado e, do outro, pelo agente, implicou, simultaneamente, um fenómeno de «desvitimização» – «Victim behaviour…», p. 513.
[148] SILVA SANCHÉZ, «La consideracion del comportamento…», pp. 165-166.
[149] *Ibidem*, p. 166.
[150] SILVA SANCHÉZ, «La consideracion del comportamento…», p. 167.
[151] *Ibidem*, p. 168.

vitimodogmática, não obstante gerada a partir de constatações da vitimologia, vem, no plano das consequências, seguindo um rumo distinto desta última. Deste ponto, referem alguns uma emancipação da vitimodogmática face à vitimologia, que contraria os fins a que esta última se dirige e que conduz, inclusive, a uma «culpabilização da vítima» («blaming the victim»), procedendo a uma inversão dos papéis entre as partes envolvidas no facto delitivo, isto é, entre «autor» e «vítima».[152]

Não obstante tratar-se de uma figura controversa, aponta SILVA SANCHÉZ a recepção de considerações vitimodogmáticas, já anteriores ao aparecimento da respectiva construção dogmática, ao nível da legislação, doutrina e jurisprudência. Para efeitos, por exemplo, da exclusão da responsabilidade do autor do tipo-de-ilícito de ofensas à integridade física, o nosso Código Penal dá relevância ao consentimento da vítima.[153] Também o instituto da dispensa de pena pode ter como pressuposto da sua aplicação a conduta da vítima. Assim, no nosso Código Penal, a previsão de dispensa de pena no âmbito dos crimes contra a honra quando a ofensa haja sido «provocada por uma conduta ilícita ou repreensível do ofendido» (art. 186º, nº 2, do CP); assim como no caso de exercício de retorsão sobre o agressor (art. 143º, nº 3, al. b), do CP). Determina ainda o nosso Código a não punibilidade da participação em rixa, quando a respectiva intervenção não for de censurar ao agente, nomeadamente por este apenas «visar reagir contra um ataque» (art. 151º, nº 2, do CP). Terá sido também a consideração do comportamento da vítima, cuja vontade tem de ter sido manifestada através de «pedido sério, instante e expresso», a determinar a previsão de uma moldura penal abstracta para o homicídio a pedido da vítima menos gravosa que a prevista para o homicídio privilegiado (cf. o art. 134º com o art. 133º CP). O instituto da legítima defesa também pode explicar-se de uma perspectiva «vitimológica», tal como propõe HASSEMER: a ideia é a de que, para além de colocar em perigo os bens jurídicos do agredido, o agressor cria, muitas vezes, um risco para os próprios bens jurídicos, através do abandono da sua protecção, porquanto se considera ser a reacção defensiva do agredido previsível.[154] A nível doutrinal e jurisprudencial, considerações vitimodogmáticas são adoptadas quando se determina a exclusão da responsabilidade criminal do autor, por entre a sua acção e o resultado lesivo haver mediado um comportamento negligente da vítima, que tenha provocado uma interrupção do nexo causal, de modo que o resultado já não poderá ser

[152] *Idem, ibidem*. Refere CANCIO MELIÁ, «Reflexiones sobre…», a páginas 38, a ausência de identidade de fins entre a vitimologia e a vitimodogmática, ao ponto de a ligação que se estabelece entre estas duas se esgotar numa «mera coincidência terminológica, na utilização da vitimologia como etiqueta.»

[153] Cf. art. 149º CP português.

[154] *Apud* SILVA SANCHÉZ, «La consideracion del comportamento…», p. 169, nota de rodapé nº 22.

considerado uma «realização do agente» e, como tal, insusceptível de lhe ser objectivamente imputado. Também no âmbito dos delitos de comissão por omissão, se afirma o decaimento do dever geral de auxílio (previsto no nosso CP no art. 200º) ou do dever de garante (no caso da omissão impura) em consequência de uma conduta do titular do bem jurídico conscientemente dirigida à auto-lesão.

Não obstante, e pese embora a presença de considerações vitimodogmáticas nas legislações, nas construções doutrinárias e jurisprudenciais, a verdade é que a teorização da «vitimodogmática» não congrega uma convergência de posições, sendo, de facto, uma figura controvertida, com adeptos e detractores.

Refere SILVA SANCHÉZ que, por um lado, prescindir da conduta «concausal» da vítima na determinação da responsabilidade do autor pode significar a atribuição a este último de uma pena em desconformidade com a sua intervenção na produção do evento lesivo, o que conduziria a uma fragilização do princípio da proporcionalidade e da proibição do excesso, da fragmentariedade e da necessidade da intervenção penal na protecção de bens jurídicos. Por outro lado, atenuar ou excluir a responsabilidade penal do autor tendo por base o comportamento da vítima poderá conhecer efeitos assaz negativos: propiciar ou potenciar estratégias de «culpabilização» das vítimas e, em casos extremos, gerar uma inversão fáctica dos papéis de autor e vítima; favorecer o aparecimento de sentimentos de culpa na vítima; e, ainda, conduzir a um «entrincheiramento» defensivo.

Podemos daqui concluir estarmos perante uma situação ambivalente, que deverá dar preferência à procura de soluções matizadas.[155]

O mesmo autor dá-nos ainda nota de duas correntes que se podem identificar dentro dos defensores da vitimodogmática. Uma posição maioritária, nos termos da qual as contribuições da vítima poderão conduzir a uma atenuação da pena, mas nunca à sua exclusão, ressalvados os casos em que a lei expressamente preveja essa solução. Uma posição minoritária vê no comportamento da vítima um eventual fundamento da eliminação da responsabilidade penal do autor.[156]

Esta última posição tem como principal representante SCHÜNEMANN, para quem a vitimodogmática, do ponto de vista metodológico, consiste numa regra de interpretação que promove uma redução teleológica da área de tutela dos tipos penais, previstos na Parte Especial

[155] Seguimos aqui de perto o ensinamento de SILVA SANCHÉZ, «La consideracion del comportamento…», p. 170, e citamos a conclusão do autor no sentido da adopção de soluções prudentes.
[156] SILVA SANCHÉZ, *ibidem*, pp. 172-175.

dos Códigos Penais. De acordo com aquela, são arredados do âmbito do criminalmente punível todos os comportamentos face aos quais não seja de afirmar, em relação à vítima, a necessidade e merecimento de protecção.[157] Não obstante SCHÜNEMANN sufragar a intervenção do princípio vitimodogmático no âmbito dos princípios da parte geral que concorrem na determinação do ilícito - ao nível da delimitação dos bens jurídicos protegidos pelas normas; para efeitos de imputação objectiva, nomeadamente no relevo a atribuir ao comportamento da vítima nos delitos negligentes, que convoca a figura dogmática do «fim de protecção da norma»; e também ao nível das causas de justificação -, encontra na parte especial o seu domínio predilecto de actuação.[158]

O princípio vitimológico, como referimos, consiste, do ponto de vista metodológico, numa interpretação teleológica dos tipos legais previstos na parte especial. Do ponto de vista material, o seu fundamento é obtido por método dedutivo, atendendo aos fins que presidem à intervenção jurídico-penal.[159] Assim, de acordo com o princípio de *ultima ratio*[160] que pauta a intervenção jurídico-penal, o Direito Penal apenas deverá intervir quando estejam em causa bens jurídicos dotados de dignidade penal e em relação aos quais se verifique necessidade de pena. Por seu turno, a necessidade de tutela criminal, por intervenção do princípio da subsidiariedade, será balizada de acordo com a necessidade de tutela da vítima e merecimento dessa protecção. Por um lado, o merecimento e a necessidade de aplicação de uma pena ao autor deverá ser correspondente ao merecimento e necessidade de protecção da vítima. Por outro lado, não deverão ser alvo de incriminação as condutas em relação às quais a vítima pudesse e tivesse o dever de se proteger a si mesma.[161]

Como referimos, trata-se de uma construção dogmática defendida por uns e afastada por outros. O debate em torno da figura começa no indicado fundamento do princípio vitimodogmático, considerado, pelos seus teorizadores, decorrência do princípio de *ultima ratio*. Apontam os críticos ser este último apenas pertinente à relação que medeia entre o direito penal e os outros ramos do direito, no sentido da subsidiariedade do primeiro, e já não face aos meios de auto-tutela à disposição do titular dos bens jurídicos. E, deste ponto, argumenta-se com o facto de a incriminação penal de determinadas condutas ter, precisamente, o alcance de

[157] SCHÜNEMANN, *Obras*, Tomo II, p. 348.
[158] SCHÜNEMANN, *ibidem*, pp. 361-364.
[159] Este é o entendimento de SCHÜNEMANN, de acordo com CANCIO MELIÁ, «Reflexiones sobre…», p. 40.
[160] Afirma SCHÜNEMANN que o princípio vitimológico é uma decorrência directa do princípio de *ultima ratio* e da consequente exigência de que o Direito Penal só deverá ser chamado a intervir quando necessário para a protecção dos bens jurídicos essenciais à vida em comunidade. Cf. SCHÜNEMANN, ob. cit. p. 348.
[161] CANCIO MELIÁ, «Reflexiones sobre…», p. 40.

exonerar os particulares da adopção de medidas de auto-protecção.[162] Do nosso ponto de vista, mais do que *exonerar* os particulares de medidas de auto-protecção, a incriminação de condutas tem por efeito a *imposição*, dirigida aos particulares, de se absterem de medidas de auto-protecção e de recorrerem aos meios públicos de defesa. O Estado avoca o monopólio do uso da força, pelo que o mesmo não se poderá considerar legítimo quando exercido por particulares, ressalvados os casos em que se deem por verificados os pressupostos de uma actuação ao abrigo de uma causa justificativa que legitime a auto-tutela, ou mesmo a tutela de terceiro por particular. Ora, quando no âmbito da vitimodogmática se referem as medidas de protecção que o particular deve adoptar não estão em causa medidas fungíveis daquelas que o aparelho de repressão estadual está apto a tomar. Estão em causa medidas de tutela diferentes e é, precisamente, por isso que a construção vitimodogmática arreda a aplicação das medidas estaduais - mais gravosas - quando a adopção de medidas de auto-tutela - que não implicam o uso da força, que constitui monopólio estadual - fosse possível e exigível à vítima. Refere SCHÜNEMANN que a adopção de medidas de auto-protecção representa uma alternativa à intervenção do Direito Penal muito mais eficaz do que, por exemplo, a tutela oferecida por outro ramo do Direito, por exemplo, o Direito Civil, uma vez que a intervenção do seu sistema ressarcitório implica a efectiva lesão do bem jurídico, portanto, é uma alternativa ao sistema penal que, também ela, chega «tarde demais». Já as medidas de auto-tutela têm um efeito profiláctico, o que incrementa a protecção concedida ao bem jurídico. Afirma o autor que se o resultado danoso (= lesão do bem jurídico) só pode ser produzido mediante um comportamento determinado pela vítima, que abandona os seus próprios interesses, então a vítima deverá encontrar inibições/obstáculos a esse comportamento. Nesse sentido, sabendo que não contará com a tutela penal, em ordem a prevenir a lesão do seu bem jurídico, não desencadeará o comportamento tendente a essa lesão. E, deste modo, entende não estar o princípio da subsidiariedade adscrito, no seu funcionamento, à relação entre o Direito Penal e os outros ramos do direito. Decorrência do princípio geral de subsidiariedade - erigido pela Filosofia do Direito e Direito Constitucional a partir da noção de contrato social -, nos termos do qual o Estado apenas deverá intervir onde a sociedade não esteja em si apta à realização das respectivas tarefas, este princípio aplicar-se-ia também ao indivíduo - enquanto «parte» da sociedade - quando fosse de afirmar a possibilidade e exigibilidade de tutela própria dos seus bens jurídicos. Ainda de acordo com o mesmo autor, o carácter de *ultima ratio* da intervenção penal assenta

[162] Assim CANCIO MELIÁ, «Reflexiones sobre…», p. 47.

sobre dois pilares independentes: como *ultima ratio* frente a meios de protecção estatal menos gravosos, e como *ultima ratio* frente a uma auto-tutela do indivíduo, titular do bem jurídico, que lhe seja possível e exigível sem convenientes.[163]

Uma outra crítica assinala que esta máxima interpretativa conduziria a um «entrincheiramento» da sociedade, que seria levada a colocar-se numa posição exasperadamente defensiva. Referem os críticos o surgimento de um «espaço de não direito», onde prevaleceria a posição do mais forte. No entanto, escuda-se SCHÜNEMANN desta crítica, afirmando que no âmbito dos delitos que envolvem o uso de violência nunca estaria justificada a redução teleológica do tipo de sentido vitimodogmático.[164]

No que concerne ao facto de se apontar não ter o princípio vitimodogmático assento no sistema dogmático geral e, por isso, faltar-lhe um esteio material-normativo[165], refere aquele autor que o princípio apenas realça um aspecto determinante na interpretação dos tipos penais em particular, a ser convocado, na actividade interpretativa, juntamente com o princípio da protecção do bem jurídico.[166] É que, como sabemos, o princípio da imputação objectiva - recondutível à parte geral - é, em si, improfícuo quando está em causa a identificação e delimitação dos tipos penais, previstos na parte especial. Como já deixámos exposto, a operação de imputação objectiva destina-se a afirmar a «pessoalidade» da situação, isto é, que a mesma consubstancia uma «realização da pessoa». Já a identificação e delimitação dos tipos penais prende-se com o «conteúdo de imputação». Uma vez atribuído o acto à pessoa - porquanto apenas este é susceptível de assumir relevo jurídico-criminal -, impõe-se averiguar se o mesmo consubstancia um acto proibido, ou se, pelo contrário, escapa à subsunção ao tipo-de-ilícito. É neste momento que intervêm os designados «correctores da teoria da conexão do risco» da «dimuição do risco», do «comportamento lícito alternativo» e do «fim/âmbito de protecção da norma».[167] [168] E será também nesta sede, em nosso entender, que a interpretação integrada pelo

---

[163] SCHÜNEMANN, ob. cit., pp. 350-352.

[164] *Ibidem*, pp. 352-354.

[165] Neste sentido, CANCIO MELIÁ, «Victim behaviour…», a páginas 528 afirma: «we may state that without an adequate material-normative foundation and without fitting into the criminal law doctrine in a solid way, the victimological "inspiration" is nothing more than an attractive label.»; acrescentando que as contribuições da vítima devem ser situadas no âmbito do instituto da imputação objectiva: «we shall outline the theoretical framework in which we should place victim behaviour, i.e., the so-called *objective imputation* theory». (pp. 528-529).

[166] SCHÜNEMANN, ob. cit., p. 356.

[167] Assim ALMEIDA COSTA, *Ilícito Pessoal…*, p. 692. Refere o autor que aqueles «correctores» prendem-se «*não* à questão de determinar a "pessoalidade" da situação (que integra o núcleo essencial da imputação objectiva), mas à relevância jurídico-penal da mesma e, assim, à demarcação da esfera ou extensão do "tipo incriminador"».

[168] Superada a questão da imputação do evento à conduta do agente (= imputação objectiva, critério de imputação), na delimitação do âmbito de previsão do tipo e, portanto, quanto à questão de saber se a situação («pessoal») é

princípio vitimológico terá lugar. E parece-nos que o apelo ao «âmbito de protecção da norma» na tarefa de interpretação da área de tutela típica dos preceitos penais não deverá fazer estranhar aquela solução. É que, enquanto «denominador comum»[169] dos «correctores» assinalados, apelando a uma interpretação teleológica dos tipos, integra já em si e é concretizado através dos princípios da «diminuição do risco», do «comportamento lícito alternativo» e, acrescentaríamos, das considerações vitimodogmáticas. É que o que está em causa – voltamos a sublinhar – não é a atribuição do evento à acção da pessoa, operação adscrita ao instituto da imputação objectiva, que, perante a verificação do «domínio-do-facto» ou da «violação do dever objectivo de cuidado» (= critérios de imputação) determina a existência de um facto *doloso* ou *negligente*, isto é, um desvalor de acção que importa consequências jurídico-criminais e cuja atribuição ao agente permite, de igual modo, a afirmação da autoria em Direito Penal.[170] O que está aqui em relevo é saber se, não obstante a atribuição do evento à conduta do autor, a situação está enquadrada no âmbito de previsão do tipo. E o comportamento da vítima já é tido em consideração quando se convoca a figura da «interrupção do nexo causal», ou se apela a um «princípio de auto-responsabilidade».[171] Neste âmbito, contudo, podemos estar perante um problema de imputação objectiva propriamente dito, e já não face à determinação do «conteúdo de imputação». Assim quando a intervenção da vítima (ou de terceiro) seja de

típica, intervirá ainda a ideia de «adequação social» (*vide*, do autor e obra cit., p. 687, nota de rodapé nº 241) e do «risco permitido» no âmbito desportivo (*ibidem*, p. 689, nota de rodapé nº 243, último parágrafo).

[169] ALMEIDA COSTA, *ibidem*, p. 694.

[170] *Idem*, *ibidem*, p. 703 e 728.

[171] Pretendendo encontrar um esteio normativo para fundamentar o relevo conferido às contribuições da vítima, *vide* CANCIO MELIÁ, «Victim behaviour…», pp. 528-532. Recorrendo, também, ao «princípio da responsabilidade» e à «esfera de competência» (ou «liability domain»), conceitos herdados de JAKOBS, *vide* SILVA SANCHÉZ, «La consideracion del comportamiento…», p. 174, pese embora este autor sustente o relevo conferido às contribuições da vítima para o evento lesivo no princípio da proporcionalidade (p. 178). Crítico do «princípio da auto-responsabilidade», o qual entende tratar-se de um princípio «rígido», que não distingue as situações concretas e assume, por isso, um cariz categórico que dispensa ponderações adicionais, *vide* SCHÜNEMANN, ob. cit., pp. 358-361. Ilustrativo da «rigidez» do princípio da auto-responsabilidade, quando comparado com o princípio vitimológico, é a diferente solução a que chegam os autores no seguinte caso: partindo da ideia de que sempre que a vítima contribui para a criação do risco o evento lesivo deve ser imputado à sua esfera de responsabilidade, independentemente do conhecimento que a vítima tenha do risco, CANCIO MELIÁ considera não ser de imputar responsabilidade criminal ao proprietário da casa que possui garrafas com veneno, mas de aspecto inócuo, no caso de a vítima, um ladrão que assalta a residência, beber dessas garrafas, sofrendo graves lesões (cf. art. cit., p. 544). Já SCHÜNEMANN, discordando da categoria da «organização conjunta» de autor e vítima, que determina a imputação dos eventos à esfera de responsabilidade da vítima, considera que a solução deve ser procurada de forma casuística e não através da mera subsunção da situação a uma categoria abstracta. Assim, considera que as contribuições da vítima na execução do evento não obstam à imputação deste último ao autor, quando este possui um maior conhecimento do risco, ou quando este é apenas do autor conhecido. Deste modo, considera que no caso *supra*, a responsabilidade pelo evento será de imputar criminalmente ao proprietário da casa (cf. art. cit., pp. 359-361). Recorrendo também ao princípio da «auto-responsabilidade», mas adindo a exigência do conhecimento do risco pela vítima, no que nos parece consubstanciar uma síntese das posições daqueles dois autores, *vide* FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, pp. 398-399.

molde a afastar o domínio-do-facto (no âmbito dos delitos dolosos) ou a retirar a previsibilidade à ocorrência do evento desencadeado pelo autor, de molde a ser inviável a afirmação de um dever objectivo de cuidado, cuja violação fundamentasse a existência de um ilícito negligente.[172] Já obedecendo a uma lógica distinta, uma vez que pressupõe a atribuição do evento ao agente, as constelações de «colaboração na autocolocação em perigo dolosa», «heterocolocação em perigo livremente aceita/consentida» e de «imputação a um âmbito de responsabilidade alheio», inscritas no «âmbito de protecção da norma», contendem com a determinação do âmbito de tutela típica, vale dizer, com o «conteúdo de imputação».[173] Portanto, estão em causa situações em que se afasta a imputação, não porque não se verifiquem os requisitos de que depende a afirmação de um facto doloso ou negligente, mas por se entender que, à luz das exigências de dignidade penal e de necessidade de pena, concretizações do princípio de *ultima ratio* da intervenção penal, aquelas não cabem no âmbito de tutela típica da incriminação. E esta exclusão poderá considerar-se baseada, ou no princípio vitimológico, ou no referido princípio da auto-responsabilidade, que parte de uma ideia de autonomia individual[174]: «a assunção consciente e voluntária do risco - *ou* por parte do ofendido, *i.e.*, por quem se apresenta como o primeiro interessado na preservação do bem jurídico, *ou* pela pessoa legal ou institucionalmente investida na função de controlar certas fontes de perigo (= "âmbito de responsabilidade alheio") - sempre há-de implicar a exclusão dos demais intervenientes do campo de previsão do próprio tipo».[175] O que importa reter, em primeiro lugar, é que, qualquer que seja o fundamento avançado, é a consideração da conduta da vítima face ao próprio bem jurídico que determina a exclusão da situação do âmbito de tutela da disposição incriminatória. Em segundo lugar, que estas considerações vitimodogmáticas são tidas em conta, não no âmbito do instituto da imputação objectiva, mas na delimitação do conteúdo da norma penal.

Importante é também a questão de saber quem é considerado «vítima» e quando é que o respectivo comportamento converte um facto em *menos grave* do ponto de vista da danosidade social, prescindindo, dessa forma, da intervenção penal, que se pauta pelo princípio de *ultima*

---

[172] *Ibidem*, p. 705.

[173] Também FIGUEIREDO DIAS, *ibidem*, considera tratar-se de uma temática que não se quadra no âmbito do instituto da imputação objectiva, constituindo, antes, uma matéria atinente à delimitação dos tipos incriminadores, portanto, recondutível à parte especial (p. 398).

[174] Aderindo a esta fundamentação, CANCIO MELIÁ - *vide supra*, nota nº 27. Partindo da consagração, na Lei Fundamental Espanhola, do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, vê aí reconhecida a autonomia individual à pessoa que, por sua vez, pressupõe um espaço de liberdade e, de forma correspondente, de responsabilidade. Segundo o autor, «The self-liability principle consists in acknowledging freedom to organize one's own interests and, in correspondence with it, in attributing a "preferential" liability to the person whose interests are involved.» («Victim behaviour…», pp. 530-531).

[175] ALMEIDA COSTA, ob. cit., p. 707.

ratio[176], parece-nos que «vítima» será a pessoa cujos bens jurídicos (ainda que só o sejam *prima facie*) foram lesados ou, pelo menos, colocados em perigo. Quanto à intervenção da vítima, refere CANCIO MELIÁ que «a afirmação de que a vítima "precipitou" o crime não responde à questão de se a vítima tinha o direito de se comportar nos moldes em que actuou»[177].

Ora, cremos, quanto a este ponto, e pretendemos sublinhá-lo, que a «precipitação» do crime apenas assumirá relevo e, portanto, se dará por verificada, numa óptica jurídico-penal, quando a «vítima» tivesse o *dever de não actuar da forma como actuou*. Esse dever, em nosso entender, terá de corresponder a uma imposição de abstenção de determinadas condutas (caso dos delitos de comissão por acção) ou de um dever de actuar (no caso dos delitos de comissão por omissão). Terá, numa palavra, de corresponder a um dever imposto por uma prescrição jurídico-criminal, ao ponto de a respectiva violação pela «vítima» consubstanciar, pelo menos, a prática de um ilícito-típico.

Já no que concerne à conduta em relação à qual a «vítima» é considerada como tal, parece-nos que não será de exigir que aquela esteja ordenada a obstaculizar a continuação ou reiteração da sua prática delitiva, situação que, como vimos, poderia ser enquadrada no âmbito das causas justificativas, em especial, da legítima defesa, o que inutilizaria o recurso ao pensamento vitimodogmático. Desta forma, a «vítima» sê-lo-á em relação a uma conduta destinada à recolha de informações probatórias susceptíveis de servirem de base a uma condenação.

E é, precisamente no âmbito da recolha de material probatório a ser utilizado em sede processual que inserimos a questão objecto do nosso estudo acerca da admissibilidade das gravações e fotografias obtidas por particulares que visam fazer prova de factos com relevo jurídico-criminal. Como vimos, a utilização destes meios no processo penal está dependente de os mesmos serem considerados *lícitos nos termos do direito penal substantivo*. À partida, os mesmos apenas seriam lícitos, do ponto de vista material, quando a respectiva utilização fosse *consentida* por aquele que é alvo de captação (no âmbito do direito à palavra) ou, pelo menos, *não manifestasse a sua vontade contra* a referida utilização (no caso do direito à imagem). Contudo, e uma vez que, em princípio, tal consentimento não terá lugar - uma vez que o visado pelas gravações ou fotografias terá sido captado no decurso da prática de um facto com relevo jurídico-criminal, pelo que aqueles meios de prova ser-lhe-ão desfavoráveis - a respectiva utilização em processo penal parece consubstanciar um *ilícito penal*, impossibilitando, desse modo, o seu conhecimento e valoração pelo juiz. Não obstante, se introduzirmos o princípio

[176] Questões levantadas por CANCIO MELIÁ, «Reflexiones sobre…», p. 48.
[177] CANCIO MELIÁ, *ibidem*, p. 50.

vitimológico - enquanto máxima interpretativa dos tipos penais em especial - na demarcação do âmbito de tutela típica dos preceitos do CP pertinentes, notamos uma redução da respectiva área de tutela. De facto, nos casos objecto do nosso estudo, aquele cujas palavras ou imagem são captadas, com vista à respectiva reprodução no processo (= «vítima» de um potencial ilícito de gravações ou fotografias ilícitas, entre outros tipos de ilícito que poderão assumir relevo), está cometendo um acto ilícito-típico, destinando-se a captação à posterior utilização no processo penal como meio de prova. Uma vez que se mostram reunidos os requisitos de que entendemos estar dependente o relevo atribuído às considerações vitimodogmáticas, o âmbito de tutela dos tipos penais de gravações e fotografias ilícitas conhece uma «redução teleológica», de molde que não serão neles subsumíveis as condutas dirigidas à recolha de material probatório que contendam com «palavras criminosas» ou com a «imagem do agente do crime na respectiva comissão». A acção daquele que grava, fotografa ou filma é «precipitada» pelo comportamento criminoso da pessoa que é alvo da captação (= «vítima»), de modo que poderá ser considerado um «comportamento determinado pela vítima». Não no sentido de se atribuir à vítima o domínio-do-facto do acto destinado à recolha de informação probatória, pois as contribuições da vítima não serão recondutíveis às categorias da «autoria» ou «participação». O domínio-do-facto (num sentido causal-naturalístico) continua a pertencer a quem procede às gravações, filmagens ou tira fotografias. Simplesmente - assumindo relevo as contribuições da vítima para a verificação do facto -, este será de considerar atípico, portanto, irrelevante de um ponto de vista normativo, isto é, sem pertinência jurídico-criminal.

Em suma, parece-nos não ser de descurar o pensamento vitimodogmático na procura da resposta à questão da admissibilidade das gravações, fotografias ou outras reproduções mecânicas, recolhidas por particulares, com fins probatórios. Como vimos, do ponto de vista metodológico, consiste numa máxima interpretativa dos tipos penais, sendo na parte especial que conhece o seu domínio. No que concerne ao seu fundamento material-normativo, pensamos que o podemos encontrar no princípio de intervenção *ultima ratio* do direito penal, integrado por um princípio de auto-responsabilidade, que se afirma sob o signo do principio da proporcionalidade consagrado no art. 18º, nº 2, da CRP.[178] Quanto à determinação da noção de «vítima», definimo-la como a pessoa que surge ofendida nos termos de uma subsunção puramente formal a um tipo legal de crime. As «contribuições da vítima» que assumirão

[178] Parece-nos que com esta consagração ao nível do direito positivo não será de considerar necessária uma intervenção legislativa adicional, como entende ROXIN, em ordem a legitimar a posição que defendemos em texto e, nos termos da qual, se faz intervir o comportamento da vítima nas considerações de necessidade de pena do autor. *Vide* SCHÜNEMANN, ob. cit., p. 356.

relevância, determinando a exclusão da protecção penal, por a respectiva ofensa não cair numa disposição incriminadora, terão de consistir numa conduta ilícita-típica, e a acção de que é «vítima» terá de ter sido «precipitada» pela sua conduta delituosa, de molde que esta acção – que *prima facie* seria enquadrável num tipo-de-ilícito – é destinada a constituir prova contra si. Como também dissemos, consideramos que a conduta de gravar, filmar ou fotografar, com intuitos probatórios, é aqui recondutível. Deste modo, verificados os pressupostos de que depende a relevância das contribuições da «vítima», a conduta *prima facie* subsumível ao tipo das gravações ou fotografias ilícitas não será, na verdade, relevante de um ponto de vista jurídico-criminal. De acordo com uma interpretação vitimológica, a área de tutela típica da incriminação penal deixa de conter determinados comportamentos que, não fosse a «contribuição» da vítima para a verificação da situação que a disposição penal visa acautelar, levaria a atribuir relevância criminal ao facto. Assim, a utilização das reproduções mecânicas, no processo, não será considerada ilícita e, como tal, poderão ser valoradas como meio de prova.

III. Entendimento da doutrina e da jurisprudência

A tese dos limites imanentes dos direitos fundamentais está subjacente à interpretação que PINTO DE ALBUQUERQUE faz do art. 167º CPP, afirmando o autor poderem ser valoradas como meio de prova as «reproduções da materialidade da palavra criminosa» e da «materialidade da imagem do crime».[179] E isto, como justifica, porquanto «o art. 26º, nº 1, da CRP não reconhece um direito à palavra criminosa»[180], nem um direito à imagem durante a prática delitiva, sendo, por isso, inviável pretender a partir deles erigir bens jurídicos, sobretudo com *dignidade penal*. Esta conclusão do autor parece encontrar sustentação no ensinamento de VIEIRA DE ANDRADE que, no que concerne ao processo, necessariamente interpretativo, de delimitação do conteúdo dos direitos fundamentais previstos nos preceitos constitucionais, entende estarem excluídas do âmbito do direito as condutas que integram a factualidade típica de um tipo legal de crime.[181] E, aderindo à construção de AMELUNG do *direito de domínio sobre a informação*[182], afirmam PAULA COSTA E SILVA e NUNO TRIGO DOS REIS que «menos

[179] PINTO DE ALBUQUERQUE – Anotação ao artigo 167º CPP – *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 463.
[180] *Ibidem.*
[181] VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais…*, a páginas 273-274, na nota de rodapé 650, refere que «é normal que um comportamento que integre as circunstâncias de facto típicas de um tipo legal de crime não esteja incluído na hipótese normativa do direito fundamental».
[182] *Vide supra*, texto correspondente às notas de rodapé nº 26 e ss.

ainda se pode ver no direito de domínio sobre a informação um suposto direito ao segredo sobre o ilícito ou à ocultação do crime».[183]

Também SANDRA OLIVEIRA E SILVA[184] procede a uma delimitação dos direitos à intimidade da vida privada e autodeterminação informacional, excluindo do seu conteúdo a informação sobre factos criminosos. E, acrescenta a autora, que a entender-se em sentido diverso, esses direitos sempre teriam de ser alvo de *restrição* quando estivesse em causa o apuramento de informação pertinente à matéria da imputação. Através do recurso à teoria das três esferas na concretização do direito à privacidade (em sentido amplo), sempre se teria de considerar a informação sobre factos com relevo jurídico-criminal arredada da esfera íntima, em relação à qual não é admitida qualquer transacção com outros interesses ou valores. Nas palavras da autora, «Pela circunstância de pertencerem ao domínio da interacção comunitária e (…) interferirem com a esfera jurídica de terceiros, *os comportamentos criminosos estariam excluídos da esfera íntima* e, assim, não beneficiariam da tutela constitucional da «reserva sobre a *intimidade* da vida privada».[185] Por maioria de razão, parece-nos que também a informação com relevância criminal cristalizada através de meios de captação e conservação da *imagem* ou da *palavra falada* deverá ser considerada excluída do âmbito dos respectivos direitos.

Deste modo, e retornando à posição defendida por PINTO DE ALBUQUERQUE, não poderão considerar-se subsumíveis às incriminações do CP que tutelam a palavra falada e a imagem, as condutas que se destinam à captação ou reprodução da palavra criminosa ou da imagem do crime. Essas condutas, porque não representam um atentado a qualquer bem jurídico-penal, são consideradas criminalmente atípicas. Este entendimento foi sufragado pela Relação de Coimbra[186], que considerou que a prática de actos com relevância criminal não se poderia considerar integrada nos direitos fundamentais à imagem e à vida privada: «é seguro que a prática de um acto ilícito - como é o caso -, não integra o conceito de privacidade contemplado na lei penal, donde é despropositado reivindicar a ilegalidade da recolha de dados, que respeitam à prática de um ilícito criminal, por violação desse direito. Se a prática de um crime integrasse o direito fundamental à imagem e vida privada, sendo estes direitos invioláveis, resultava que em última instância qualquer prova sobre ela poderia ser tida como

[183] PAULA COSTA E SILVA e NUNO TRIGO DOS REIS, *Efeitos Lícitos da Prova Ilícita…*, p. 61.
[184] SANDRA OLIVEIRA E SILVA, *O arguido como meio de prova contra si mesmo…*, pp.176-178.
[185] SANDRA OLIVEIRA E SILVA, *ibidem*, p. 180. E refere a autora, a páginas 182, que os direitos de personalidade, enquanto «refracções concretizadoras da dignidade humana», não podem ser entendidos como «salvo-condutos para a impunidade», concluindo no sentido que já deixámos expresso em texto, nos termos do qual os factos delituosos estão, *a priori*, *fora* do âmbito da protecção constitucional do direito à privacidade.
[186] Ac. TRC, de 2-11-2011. Todos os acórdãos referidos encontram-se disponíveis no sítio «www.dgsi.pt».

ilegal. Portanto, a recolha de imagens dos arguidos, feita dentro da ourivesaria, quando estes praticavam o furto aqui julgado, é legítima, legal, e como tal os fotogramas podiam, como foram, ser usados e considerados na decisão sobre a matéria de facto».

Esta tese é, contudo, postergada por COSTA ANDRADE que, alinhando-se com a doutrina maioritária, considera ser no âmbito das causas justificativas que se encontrará o antídoto para a proibição de valoração cominada no nº 1 do art. 167º do CPP, ou, pelo menos, para a não punição dos agentes que captem ou reproduzam, sem consentimento ou contra a vontade, a palavra ou imagem do agente de uma conduta ilícita-típica, alicerçando a sua posição, precisamente, no que nos parece consubstanciar uma renúncia à tese dos limites imanentes dos direitos fundamentais. Refere o autor que «do ponto de vista político-criminal, mal se compreenderia que o direito, e em particular o direito penal, abandonasse as pessoas de qualquer modo envolvidas em práticas imorais ou ilícitas. A ponto de os atentados aos seus bens jurídicos, mesmo os de mais eminente dignidade, não atingirem sequer o limiar mínimo da relevância jurídico-penal (a tipicidade)».[187] [188] Por considerar estarem em causa bens jurídicos dotados de dignidade penal do agente do crime - e assim considera, uma vez que recusa ver limitações nos direitos provenientes do facto de estes serem exercidos no âmbito e como forma de concretização de um delito, ou acompanharem, pelo menos, a sua prática, como ocorre com o direito à imagem -, COSTA ANDRADE reputa como típicas e, portanto, criminalmente relevantes, as condutas que se destinam à captação ou reprodução das palavras criminosas ou da imagem do agente do crime na respectiva comissão. A irrelevância de um ponto de vista penal substantivo só poderá, em sua opinião, advir de uma causa excludente da ilicitude, pelo que, na sua ausência, e na inexistência de uma causa de exclusão da culpa, será criminalmente relevante a conduta daquele que procede a uma gravação ou captação de imagem do agente do crime, sem consentimento ou contra a sua vontade. E, acrescenta o autor, que, outro fosse o entendimento, e estar-se-ia a estimular a prática de ilícitos «onde apenas sobraria espaço para a auto-tutela e a "luta no escuro"», sendo colocados em causa os princípios basilares do Estado de Direito.[189]

[187] COSTA ANDRADE - Anotação ao artigo 199º CP - *Comentário Conimbricense*…, p. 1219.
[188] Sufraga também esta posição SÉRGIO PENA, «Os produtos da videovigilância como meio de prova em processo penal». Escreve o autor, a páginas 113, onde se afirma sequaz do entendimento de COSTA ANDRADE, que «propendemos a afastar a tese que defende a atipicidade da conduta e aderir à que pondera, em concreto, a existência de uma causa de exclusão da ilicitude.» Também MILENE MARTINS, «A admissibilidade de valoração de imagens…», pp. 186-187. E MUÑOZ CONDE, «Sobre el valor probatorio…», p. 110.
[189] COSTA ANDRADE - Anotação ao artigo 199º CP - *Comentário Conimbricense*…, pp. 1219-1220.

No entanto, e nos que parece contraditório, o autor não repudia a interpretação restritiva do preceito constitucional, de sentido vitimodogmático, quando está em causa o bem jurídico da vida privada (art. 26º, nº 1, da CRP). De facto, defende COSTA ANDRADE que os factos criminosos caem fora do âmbito da área de reserva da vida privada. E trata-se, contudo, de um bem jurídico inegavelmente dotado de dignidade penal, em relação ao qual o legislador gizou uma incriminação, prevista no art. 192º CP. Pese embora concordemos com o autor nesta sua conclusão, já não percebemos aquela que nos parece ser uma disrupção no seu pensamento, quando confrontamos a posição que adopta perante o bem jurídico da *vida privada*, por um lado, e os bens jurídicos da *palavra falada* e da *imagem*, por outro. É que, no que respeita a estes dois últimos, o autor afasta a delimitação do preceito constitucional que os reconhece por apelo a um princípio vitimológico. E isto, segundo argumenta, porque «mal se compreenderia que o direito, e em particular o direito penal, abandonasse as pessoas de qualquer modo envolvidas em práticas imorais ou ilícitas. A ponto de os atentados aos seus bens jurídicos, mesmo os de mais eminente dignidade, não atingirem sequer o limiar mínimo da relevância jurídico-penal (a tipicidade)».[190] E, no entanto, no que toca à reserva da *vida privada*, defende, precisamente, o «abandono», que rejeitou liminarmente perante os bens jurídicos da *imagem* e da *palavra falada*.

Na verdade, o autor, partindo da concepção das três esferas na delimitação do bem jurídico tutelado sob a égide do art. 192º CP, distingue a «*esfera da intimidade*», subtraída a qualquer ponderação de interesses, alvo de uma protecção absoluta, da «*esfera da privacidade stricto sensu*», onde «a privacidade configura sempre um valor susceptível de *ponderação* para efeitos de justificação, nomeadamente a título de prossecução de interesses legítimos (art. 192º-2)»[191], da «esfera da publicidade». E reconduz os factos criminalmente relevantes a esta última esfera, pois, como sustenta, «para além de estarem em causa condutas normalmente pertinentes à *esfera da publicidade*, a sua relevância jurídico-criminal é em qualquer caso bastante para impor a exclusão da esfera da privacidade/intimidade».[192] O que significa que as condutas ilícitas-típicas estão arredadas, não só daquela área inviolável correspondente à «esfera da intimidade», mas também da «esfera da privacidade», sendo reconduzíveis à área da vida pública. E o pensamento de sentido vitimodogmático parece fazer aqui todo o sentido: quem não quer ver a sua vida ou os seus actos expostos, através de um processo que é, em regra,

[190] *Ibidem*, p. 1219.
[191] COSTA ANDRADE - Anotação ao artigo 192º CP - *Comentário Conimbricense*…, p. 1055.
[192] *Ibidem*, p. 729.

público, não deverá incorrer na prática de condutas criminalmente relevantes. E refere o autor estarem sujeitos à redução teleológica do tipo de sentido vitimodogmático as «infracções que contendem com a área de reserva, o segredo, a palavra ou a imagem».[193] Não obstante, como repudia uma delimitação do direito à imagem e à palavra falada, no sentido de excluir do seu âmbito de tutela a imagem do criminoso na comissão do crime e a palavra criminosa, ficamos sem saber em relação a que situações fácticas o autor entende dever operar a referida redução teleológica do tipo de sentido vitimológico, que, no entanto, segundo o autor, ocorre. Em que situações? Permanece a interrogação.

Para além desta delimitação do bem jurídico da vida privada, excluindo do seu âmbito as condutas criminalmente relevantes, que implica uma redução da área de tutela típica do art. 192º CP, o preceito prevê, ainda, no seu nº 2, uma dirimente da responsabilidade penal que se ade às dirimentes gerais e, portanto, potencia a exclusão da ilicitude das condutas subsumíveis *prima facie* na al. d) do nº1 do art. 192º CP. Trata-se da razão justificativa da «*prossecução de interesses legítimos*», que assenta «no princípio geral da ponderação de interesses», e que ultrapassa os obstáculos que os requisitos do direito de necessidade levantam, por prescindir-se, ali, de um «perigo actual» e da «sensível superioridade do bem jurídico protegido face ao bem jurídico sacrificado».[194]

ESER propõe «a generalização da *prossecução de interesses legítimos* a todos os crimes preordenados à tutela de bens jurídicos marcados pela sua estrutura relacional e pela sua vinculação social».[195] Esta posição parece merecer o acolhimento de COSTA ANDRADE, que repudia, no entanto, por força da interpretação que faz do art. 167º CPP, a hipótese de qualquer juízo ponderativo a respeito das incriminações das gravações e fotografias ilícitas, previstas no art. 199º CP, fazendo prevalecer o direito à imagem, ainda que do crime, e o direito à palavra, ainda que criminosa, sobre quaisquer outros interesses. Considerando o direito à imagem e o direito à palavra falada projecções do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, por sua vez, projecção dinâmica da *privacy*, não percebemos como pode a «*parte*», ainda que autonomizada, conhecer um tratamento mais favorável que o «*todo*». É que essa autonomização, precisamente porque desvincula a imagem da imagem privada e a palavra da confidencialidade, não deveria redundar, a nosso ver, numa tutela mais favorável desses bens jurídicos. Concluir ou adoptar soluções normativas nesse sentido resulta, parece-nos, numa

[193] *Idem, ibidem*, p. 732.
[194] *Idem, ibidem*, pp. 1062 e ss.
[195] *Apud* COSTA ANDRADE, *idem, ibidem*, p. 736.

contradição: situações com menor ressonância ética e axiológica na comunidade serem merecedoras de uma protecção que excede a conferida a situações com mais marcado significado constitucional e, por isso, maior dignidade penal.[196]

É que, no entendimento de COSTA ANDRADE[197], o art. 167º CP promoveu uma «redução de complexidade», uma vez que o legislador português aí determinou que «a prossecução de interesses imanentes ao processo penal, isto é, que relevam duma intencionalidade exclusivamente *repressiva*, não podem valer como referentes materiais de justificação das gravações ou audições não consentidas», extraindo do preceito que o legislador, expressa e intencionalmente, recusa ao interesse punitivo do Estado relevância própria num juízo de ponderação de interesses idóneo a servir de causa justificativa da conduta que se subsume à incriminação das gravações ilícitas. E, no entanto, essa «redução de complexidade» apenas será bem-vinda perante o bem jurídico da privacidade/intimidade quando a sua vigência seja colocada em causa através de uma reprodução mecânica ilícita, onde vale a proibição de prova cominada no art. 167º, nº 1, do CPP. E, mesmo neste caso, uma vez que o art. 192º, nº 2, do CP prevê, como vimos, uma causa justificativa adicional – a *prossecução de interesses legítimos* – que, chamada a actuar, desqualifica o ilícito que determinada conduta, à partida, consubstanciaria, a tutela da privacidade seria meramente incidental, uma vez que a proibição de valoração seria tão-só ancorada na protecção conferida à imagem e à palavra falada. Assim sendo, o meio de prova seria inadmissível por contender com a imagem e a palavra falada, mas já não por ser pertinente à esfera da privacidade. E o interesse legítimo que procede à desqualificação do ilícito pode ser precisamente o da perseguição e repressão criminal, que não assumirá prevalência perante os bens jurídicos da imagem e da palavra falada, mas já prevalecerá perante o bem jurídico da privacidade. Como já referimos, esta opção legislativa parece-nos incompreensível, pelo que, mais uma vez, sufragamos a eliminação do preceito.

No entanto, enquanto o mesmo vigorar, a valoração das reproduções mecânicas no processo penal estará dependente da sua não ilicitude nos termos do direito penal substantivo. Como já deixámos escrito – e voltamos a sublinhar este ponto –, consideramos que deve ser acolhida a construção vitimodogmática na determinação da irrelevância penal, através da exclusão da tipicidade da conduta, do comportamento daquele – o ofendido ou terceiro – que procede à captação de um facto ilícito-típico com fins probatórios.

---

[196] Ainda que, de facto, a moldura penal abstracta prevista para a incriminação do art. 192º CP e para as incriminações do art. 199º CP seja a mesma.

[197] COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições…*, p. 260 e «Sobre a Valoração…», pp.74-75.

Procurámos delimitar a utilização da figura exigindo que a «vítima» da conduta, *prima facie*, subsumível ao tipo de gravações e fotografias ilícitas tenha, através do seu comportamento, «precipitado» a acção de que vem a ser alvo. E esta ideia de «precipitação» do crime, para ser relevante de um prisma jurídico-penal, restringimo-la aos casos em que a «vítima» tivesse o dever de não actuar da forma como actuou, exigindo, portanto, que tenha violado uma prescrição jurídico-criminal, ao ponto de a respectiva conduta consubstanciar, pelo menos, a prática de um ilícito-típico.

Deste modo, a prática de um ilícito-típico por parte da «vítima» da gravação ou captação de imagem será, não só condição necessária, mas também condição suficiente para tornar criminalmente atípica a conduta de quem grava ou fotografa. Assim sendo, não se exige que a captação da palavra ou da imagem seja destinada a impedir a continuação ou reiteração da prática delitiva, caso em que o recurso ao pensamento vitimodogmático nada acrescentaria ao funcionamento das tradicionais causas de justificação, podendo ter somente fins probatórios.

Conclusão

Como deixámos escrito, somos da opinião de que a conexão estabelecida pelo art. 167º, nº 1, do CPP entre a ilicitude penal substantiva e a inadmissibilidade da prova em processo penal não traduz uma solução razoável, pelo que, a nosso ver, o preceito deveria ser eliminado. No entanto, enquanto o mesmo vigorar, por força do princípio da legalidade, não poderão ser admitidas, no processo penal, reproduções mecânicas que, de acordo com o juízo do direito penal substantivo, sejam ilícitas. A admissibilidade das mesmas estará, pois, dependente da verificação de uma causa justificativa ou de exclusão da própria tipicidade.

Percorremos a miríade de soluções avançadas pela doutrina e pela jurisprudência, em ordem a concluir pela admissibilidade das reproduções mecânicas, no processo penal, e firmamos a nossa posição no pensamento vitimodogmático. Como referimos, duas vias podem ser adoptadas em ordem a arredar a proibição de valoração constante do art. 167º, nº 1, do CPP: ou se faz operar uma causa de exclusão da ilicitude, com destaque para a legítima defesa e para o direito de necessidade, ou se pondera a verificação de uma causa excludente da própria tipicidade. Como também já deixámos escrito, nesta sede, poderemos concluir pela atipicidade da conduta, para além do caso em que haja consentimento por parte do visado, através de uma interpretação teleológica do tipo de sentido vitimodogmático, ou considerando estar em causa comportamentos socialmente adequados. Esta última alternativa estará concretizada através das previsões jus-civilistas que, dado o seu alcance, nos parecem improfícuas no que concerne ao tema objecto do nosso estudo, pela referida falta de dissolução do agente no contexto captado.

Propendemos, assim, para a solução vitimodogmática. E reiteramos esta posição mesmo perante as causas de exclusão da ilicitude que convocam a simpatia da maioria da doutrina, uma vez que estas seriam inúteis quando a conduta que procede à captação do agente do crime tivesse tão-só o desiderato de constituir prova contra o mesmo, e já não o de impedir a continuação e reiteração da prática delitiva.

No que concerne à vitimodogmática, avançámos os critérios de acordo com os quais entendemos esta interpretação dever operar: a «vítima» do potencial ilícito de gravações e fotografias ilícitas estar a praticar um facto com relevância jurídico-penal e ser o seu comportamento a desencadear a acção de que vem a ser alvo, bastando que a captação tenha fins probatórios.

Bibliografia

ALBERGARIA, Pedro - Anotação ao artigo 125.º do Código de Processo Penal, *in* GAMA, A. [et al.] - *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, Tomo II, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 29-36.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Anotação ao artigo 167º do Código de Processo Penal, *in Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª edição actualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011.

_____ - Anotação aos artigos 10º e 199º do Código Penal, *in Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª edição actualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015.

ANDRADE, José Carlos Vieira de - *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6ª edição, Coimbra, Almedina, 2021.

ANDRADE, Manuel da Costa - «Sobre a valoração, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas por particulares», *in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, número especial, volume I - Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia, Coimbra, 1984, pp. 545 - 622.

_____ - «Proibições de Prova em Processo Penal - conceitos e princípios gerais - a experiência portuguesa», *in Primeiras Jornadas de direito e cidadania da Assembleia Legislativa de Macau: direito processual penal: estado presente e perspectivas de evolução*, coordenação de Leonel Alves, Paulo Cardinal, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 180-198.

_____ - «A tutela penal da imagem na Alemanha e em Portugal. Esboço comparatístico, em busca de um novo paradigma normativo», *Revista Jurídica*, 15, 2012, pp. 161-186.

_____ Anotação ao artigo 192.º do Código Penal, *in* FIGUEIREDO DIAS - *Comentário Conimbricense do Código Penal* - Parte especial, Tomo I, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 725 - 742.

_____ Anotação ao artigo 199.º do Código Penal, *in* FIGUEIREDO DIAS - *Comentário Conimbricense do Código Penal* - Parte especial, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 1185 - 1232.

_____ *«Bruscamente no Verão Passado», a Reforma do Código de Processo Penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ser diferente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

_____*Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992.

_____ «Sobre a reforma do código penal português - Dos crimes contra as pessoas, em geral, e das gravações e fotografias em particular», *in Estudos comemorativos do 150º Aniversário do Tribunal da Boa-Hora*, Lisboa: Ministério da Justiça, 1995, pp. 77-120.

_____ *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991.

BARBOSA, Mafalda Miranda - *Liberdade vs. responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual: considerações a propósito dos cable cases*, Coimbra, Almedina, 2006.

BECCARIA, Cesare - *Dos Delitos e das Penas*, 4ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

BELEZA, Teresa Pizarro - «Legítima defesa e género feminino: paradoxos da "feminist jurisprudence"?», *in Revista Crítica de Ciências Sociais*, Nº 31, Março 1991, pp. 143-159.

CANCIO MELIÁ, Manuel - «Reflexiones sobre la "victimodogmatica" en la teoria del delito», *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 7, Nº 25, Janeiro - Março 1999, Revista dos Tribunais, 1999.

_____ - «Victim behaviour and offender liability: a european perspective», *in Buffalo Criminal Law Review*, January, 2004.

CARVALHO, Américo Taipa de - *Legítima Defesa: da fundamentação teorético-normativa e preventivo-geral e especial à redefinição dogmática*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

CONCEIÇÃO, Ana Raquel - «A relevância probatória das gravações e fotografias realizadas por particulares: análise crítica do Acórdão da Relação do Porto de 23-10-2013», [ULL-FD] LD, s. 2, n. 13 (2015), p. 137 – 186.

CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Vol. II, reimp., Coimbra, Almedina, 1996-1997.

COSTA, António Manuel de Almeida - *Ilícito Pessoal, Imputação Objectiva e Comparticipação em Direito Penal*, Tomo II, reimp., Coimbra, Almedina, 2017.

COSTA, José Neves da - «Provas Ilicitamente Obtidas por Particulares», *in Prova Penal Teórica e Prática*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 159-193.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra, Gestlegal, 3ª edição, 2019.

_____ - «O "direito penal do bem jurídico" como princípio jurídico-constitucional implícito (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa)», *in Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 145º Ano, 2015 - 2016, Nº 3994 - 3999, Coimbra Editora, 2016, pp. 250 - 266.

_____ - «O "direito penal do bem jurídico" como princípio jurídico-constitucional: da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações», *in XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa. Colóquio Comemorativo do XXV Aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra Editora, 2009, pp. 31 - 46.

_____ - *Direito Processual Penal*, compilação de Maria João Antunes, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1989.

FARIA, Paula Ribeiro de - *A Adequação Social da Conduta no Direito Penal ou o Valor dos Sentidos Sociais na Interpretação da Lei Penal*, Coimbra, Edição do Autor, 2003.

FOUTO, Ana Caldeira - «Terrorismo e conceito de legítima defesa preventiva: legitimidade do conceito de legítima defesa preventiva no quadro dos mecanismos de combate ao terrorismo», *in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra Editora, 2009.

LEÃO, Anabela - «Notas sobre o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso», *in Comemoração dos 5 anos da Faculdade de Direito do Porto*, Coimbra Editora, 2001, pp. 1000-1039.

MACHADO, João Baptista - *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimidor*, 23ª reimp., Coimbra, Almedina, 2016.

MARTINS, Milene - «A admissibilidade de valoração de imagens captadas por particulares como meio de prova no processo penal», *in Revista de Concorrência e Regulação,* Ano IV, Número 14/15, Almedina, Abril - Setembro 2013.

MILHEIRO, Tiago Caiado - Anotação ao artigo 167.º do Código de Processo Penal, *in* GAMA, A. [et al.] - *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal,* Tomo II, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 531 - 542.

MONTEIRO, Cristina Líbano, *Do Concurso de Crimes ao «Concurso de Ilícitos» em Direito Penal*, Coimbra, Almedina, 2015.

MUÑOZ CONDE, Francisco - «Sobre el valor probatorio en un proceso penal de grabaciones de conversaciones obtenidas mediante vídeos y relevancia penal de las conversaciones grabadas en ellos», *Revista Penal*, n.º 13, 2004, pp. 105 - 116.

NETO, Maria Luísa - «Acórdão do TC nºs 213 e 486/2009: a prova numa sociedade transparente», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, a.8 (2011), pp. 315-343.

PALMA, Maria Fernanda, *A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos*, Lisboa, AAFDL, 1990.

_____ - «Tutela da vida privada e processo penal: realidades e perspectivas constitucionais», *Jurisprudência Constitucional*, Lisboa, n.10 (Abr. - Jun. 2006), pp. 3 - 12.

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

PINTO, Paulo Mota - «A protecção da vida privada na jurisprudência do Tribunal Constitucional», *Jurisprudência Constitucional*, Lisboa, n.10 (Abr. - Jun. 2006), pp. 13 - 28.

ROXIN, Claus - «O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova», *in RPCC*, Ano 23, Nº 1, Janeiro - Março 2013, Coimbra Editora, 2013, pp. 7 - 43.

SCHÜNEMANN, Bernd - *Obras*, Tomo II, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009.

SEIÇA, Alberto Medina de - «Legalidade da Prova e Reconhecimentos "Atípicos" em Processo Penal», *in Liber Discipulorum Para Jorge de Figueiredo Dias*, organização de Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues e Maria João Antunes, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 1387 - 1421.

SILVA, Paula Costa e, REIS, Nuno Trigo dos - *Efeitos Lícitos da Prova Ilícita em Processo Estadual e Arbitral*, Lisboa, AAFDL, 2019.

SILVA, Sandra Oliveira e - «Legalidade da prova e provas proibidas», *RPCC*, Ano 21, Nº 4, 2011, pp. 545-591.

_____, *O Arguido como Meio de Prova Contra Si Mesmo: considerações em torno do princípio «nemo tenetur se ipsum accusare»*, Coimbra, Almedina, 2018.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María - «La consideracion del comportamiento de la victima en la teoria juridica del delito - observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la "victimo-dogmática"», *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 9, Nº 34, Abril - Junho 2001, Revista dos Tribunais, 2001.

TAVARES, Hugo Alexandre de Matos - «A tutela do direito à imagem. Entre a subsidiariedade do Direito Penal e a unidade do sistema jurídico no problema da construção da área de tutela típica», *Direito Penal Hoje: novos desafios e novas respostas*, org. de Manuel da Costa Andrade e Rita Castanheira Neves, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 183-219.