



Universidade Católica Portuguesa

Mestrado Forense

“O direito à imagem e o direito à palavra no âmbito do processo penal”

Trabalho realizado por: VANESSA VICENTE BEXIGA

Orientador: Prof. Doutor Germano Marques da Silva

Lisboa, 12/03/2013

Índice

1. Introdução.....	3
2. Os direitos fundamentais à imagem e à palavra	4
2.1. Do enquadramento legal	4
2.2. Do conteúdo dos direitos fundamentais à imagem e à palavra	6
2.3. Da restrição dos direitos fundamentais à imagem e à palavra	7
3. As gravações e as fotografias ilícitas à luz do Código Penal Português.....	9
3.1. Em geral, do bem jurídico no Direito Penal.....	9
3.2. Em especial, do bem jurídico do crime de gravações e fotografias ilícitas	11
3.3. Das gravações ilícitas.....	16
3.4. Das fotografias ilícitas	19
3.5. Das causas de exclusões do crime de gravações e fotografias ilícitas.....	21
4. O direito à palavra e o direito à imagem no âmbito do processo penal	25
4.1. Do conteúdo dos bens jurídicos protegidos pelo art. 167.º do C.P.P.	25
4.2. Da explicação do preceito normativo	27
5. Da apresentação e resolução de casos jurisprudenciais	32
5.1. Do direito à imagem – fotografias e filmes.....	33
5.2. Do direito à palavra – gravações	41
6. Conclusão	47
7. Bibliografia.....	49

1. Introdução

O ritmo acelerado das descobertas das novas tecnologias tem feito com que a população dos séculos XX e XXI assista a uma tremenda e nunca vista evolução, mas não sem repercussões... O ser humano está cada vez mais desprotegido e ameaçado pela ciência desde os microfones ocultos às escutas telefónicas e aos novos sistemas de videovigilância. É, neste ambiente, que a palavra e a imagem começam por ser banalizadas, de seguida, desprezadas e, hoje em dia, quase que esquecidas por muitos pela chamada “*era facebook*”.

Neste sentido, o legislador português, atento às mutações da sociedade e ao desapareço progressivo destes valores, tomou medidas efectivas de modo a fazê-los respeitar. Num primeiro momento, a imagem e a palavra começaram por ser elevadas a direitos fundamentais, para depois constituírem bens jurídico-penais garantidos no processo penal.

É precisamente, nesta ordem cronológica, que se desenrolará este estudo, começando-se pela explicação teórica do conteúdo dos bens jurídicos da imagem e da palavra e das suas evoluções na Lei Fundamental, penal assim como processual penal, dando especial ênfase a estes dois últimos ramos. Qual o âmbito de protecção destes direitos à luz da lei penal? De que modo se reflectem as suas tutelas no âmbito da investigação criminal? Prevalecerá a descoberta da verdade material sobre os direitos à imagem e à palavra?

Estas são apenas algumas das questões teóricas que irão ser tratadas e que, num segundo momento, serão fortalecidas com a exposição de dois casos jurisprudenciais comentados e criticados, com o intuito de demonstrar o quão sensível e complexo é o tema da tutela dos direitos à imagem e à palavra no âmbito do processo penal.

2. Os direitos fundamentais à imagem e à palavra

2.1. Do enquadramento legal

O enquadramento legal dos direitos à imagem e à palavra na Lei Fundamental é primordial para iniciar a exposição deste estudo, sendo que “*O Direito constitucional deve ser apercebido como o tronco da ordem jurídica estatal, o tronco donde arrancam os ramos da grande árvore que corresponde a essa ordem jurídica.*”¹. Neste sentido, a Constituição garante, nos termos do art. 26.º n.º1², os direitos à imagem e à palavra como direitos fundamentais. Esta consagração deve-se a uma evolução gradual que importa, antes de mais, explanar em termos sintéticos no intuito de ter uma visão global sobre o tema que facilitará a compreensão deste trabalho.

Num primeiro momento, a imagem e a palavra eram salvaguardadas pelo âmbito de protecção do direito à reserva da intimidade da vida privada³ que foi elevado a direito fundamental, em 1976, no art. 26.º n.º1 da Constituição da República Portuguesa (C.R.P.). Esta não foi de todo a sua primeira referência no nosso ordenamento jurídico. A lei ordinária, especificamente no art. 80.º do Código Civil (C.C.) de 1966, já acautelava a intromissão na privacidade⁴, assim como o direito à imagem no art. 79.º do mesmo Código, adiantando-se deste modo à consagração destes direitos na Lei Fundamental. Para além destas disposições normativas, o art. 1.º da C.R.P. tutelava implicitamente estes direitos integrando-os no conteúdo do direito à dignidade humana, no qual se incluem necessariamente todos os direitos pessoais. O legislador entendeu que, ainda assim, a tutela da imagem e da palavra não era suficiente. Por isso, em 1982, consagrou a imagem como bem jurídico-constitucional autónomo, independente da protecção concedida à reserva da intimidade da vida privada. Em 1989, o direito fundamental à palavra surgiu como uma inevitabilidade. Neste sentido, a Constituição garante, hoje, a máxima protecção a estes direitos de personalidade, no art. 26.º n.º1,

¹ **MIRANDA, Jorge** – *Processo penal e direito à palavra*, in Separata de direito e justiça, revista da faculdade de Direito da UCP, Vol. XI, Tomo 2, Lisboa, 1997, pág. 45

² **Artigo 26.º - Outros direitos pessoais**

1.º - A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação. (sublinhado nosso)

³ Acerca da tutela da vida privada na Constituição da República Portuguesa vide **PINTO, Paulo Mota** – *A protecção da vida privada na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, in Jurisprudência Constitucional, Lisboa, n.º 10 (Abril-Junho 2006)

⁴ Introdução no Código Civil a 25 de Novembro de 1966

consagrando-os como direitos fundamentais, acrescentando-lhes o estatuto de direitos, liberdades e garantias.

A tutela da imagem e da palavra na Constituição da República Portuguesa traduz-se numa extrema raridade por contraposição com outros sistemas jurídicos vigentes. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, comparativamente, salvaguarda unicamente o direito à intimidade no art. 12.^o, tal como o art. 8.^o da Convenção Europeia dos Direitos Humanos⁶. Deste modo, estes diplomas internacionais protegem apenas a imagem e a palavra em caso de violação da privacidade da pessoa pelo uso daquelas e não noutras circunstâncias. Embora este facto seja criticável, poucas são as legislações que autonomizam estes bens jurídicos, como o faz a Constituição da República Portuguesa. O Direito brasileiro⁷ é o que mais se aproxima do regime jurídico português ao consagrar constitucionalmente os direitos à imagem e à palavra, mas, ainda assim, a garantia desta última não é tão ampla. A Constituição espanhola⁸ estabelece apenas o direito à imagem. Enquanto que no Direito francês, na “*Déclaration des Droits de l’Homme et du citoyen de 1789*”, os direitos fundamentais são demasiado generalizados, sem sequer existir uma referência explícita à protecção da reserva da intimidade da vida privada e muito menos aos direitos à imagem e à palavra. Por fim, nos Direitos alemão⁹ e italiano¹⁰ também não lhes é feita alusão, sendo que o primeiro confere unicamente protecção ao conteúdo das telecomunicações.

⁵ **Artigo 12.^o**

Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei. (sublinhado nosso)

⁶ **Artigo 8.^o - Direito ao respeito pela vida privada e familiar**

1 - Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. (sublinhado nosso)

⁷ **Artigo 5.^o**

(...) **X - são invioláveis** a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indemnização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação e (...)

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a protecção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas actividades desportivas; (sublinhado nosso)

⁸ **Artículo 18 - Derecho a la intimidad. Inviolabilidad del domicilio**

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. (sublinhado nosso)

⁹ **Artikel 1 - Menschenwürde – Menschenrechte – Rechtsverbindlichkeit der Grundrechte**

(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. (sublinhado nosso)

Artikel 10 - Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis

(1) Das Briefgeheimnis sowie das Post- und Fernmeldegeheimnis sind unverletzlich. (sublinhado nosso)

(2) Beschränkungen dürfen nur auf Grund eines Gesetzes angeordnet werden. Dient die Beschränkung dem Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder des Bestandes oder der Sicherung des Bundes oder eines Landes, so kann das Gesetz bestimmen, dass sie dem Betroffenen nicht mitgeteilt wird und dass an die Stelle des Rechtsweges die Nachprüfung durch von der Volksvertretung bestellte Organe und Hilfsorgane tritt.

¹⁰ **Art. 2.^o**

La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. (sublinhado nosso)

2.2. Do conteúdo dos direitos fundamentais à imagem e à palavra

Após um enquadramento legal dos direitos à imagem e à palavra à luz da Lei Fundamental e do Direito estrangeiro, é imprescindível delimitar os seus conteúdos. Dizer o Direito não é apenas ler a lei, mas sim interpretá-la.

A Constituição enuncia, no art. 26.º n.º1, os direitos à imagem e à palavra como direitos fundamentais. É lhes feita uma simples menção, omitindo qualquer referência aos seus âmbitos de protecção. Em consequência, o recurso à lei ordinária é imprescindível para a interpretação do conteúdo destes bens jurídicos¹¹. No seguimento desta ideia, o art. 79.º do C.C.¹², introduzido em 1966, constitui a base para a delimitação destes direitos fundamentais. Neste sentido, “(...) a doutrina e a jurisprudência são unânimes em considerar que o art. 79.º é a fonte do conceito constitucional de direito à imagem.”¹³. Quanto ao direito à palavra, recorre-se analogicamente ao mesmo artigo pelo facto de não haver um preceito normativo que delimite o seu conteúdo e por ser paralelo ao direito à imagem¹⁴.

Deste modo, no entendimento de JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS¹⁵, os direitos fundamentais em causa consistem num direito à “*reserva e à transitoriedade*”. Cada pessoa tem a faculdade de recusar a exibição da sua imagem ou a utilização da sua palavra, por serem reflexos da identidade pessoal. Ninguém pode ser de tal modo exposto sem o seu consentimento. No caso de ser permitido o uso de uma fotografia ou de uma gravação, estas têm de ser empregues com todo o rigor e a autenticidade que merecem, não podendo ser descontextualizadas nem alteradas. Esta solução vale também para os casos em que não sejam admitidas as suas utilizações.

No seguimento do raciocínio destes autores, o direito à imagem é, ainda, sinónimo de autodeterminação da imagem exterior. Neste sentido, cada um é livre de decidir acerca da sua aparência física. Na nossa opinião, parece-nos que este entendimento não

¹¹ Ac. Tribunal Constitucional, processo n.º 107/88, de 31/05/1988 *apud* LUMBRALES, Nuno Botelho Moniz – *O direito à palavra, à imagem e a prova audiovisual em processo penal*, Relatório de mestrado, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2001, pág. 11. Jorge Miranda não concorda com este entendimento, *vide* MIRANDA, Jorge – *Processo penal e direito à palavra*, in *Separata de direito e justiça*, revista da faculdade de Direito da UCP, Vol. XI, Tomo 2, Lisboa, 1997, pág. 54

¹² LOPES, J.J. Almeida – *Constituição da República Portuguesa: 6.º revisão anotada com os acórdãos do Tribunal Constitucional, Lei do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Almedina, 2005, pág. 164

¹³ LUMBRALES, Nuno Botelho Moniz – *O direito à palavra, à imagem e a prova audiovisual em processo penal*, Relatório de mestrado, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2001, págs. 5 e 6

¹⁴ MIRANDA, Jorge – *Processo penal e direito à palavra*, in *Separata de direito e justiça*, revista da faculdade de Direito da UCP, Vol. XI, Tomo 2, Lisboa, 1997, pág. 57; LUMBRALES, Nuno Botelho Moniz – *O direito à palavra, à imagem e a prova audiovisual em processo penal*, Relatório de mestrado, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2001, págs. 14-15

¹⁵ MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui – *Constituição da República anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, págs. 289-290

é atendível pelo facto de não ser este o conteúdo dos direitos à imagem e à palavra, de acordo com o art. 79.º do C.C., elemento-base para a delimitação do âmbito de protecção destes bens jurídicos constitucionalmente garantidos¹⁶.

Por fim, de uma forma resumida, segue o âmbito de protecção da palavra: “O direito à palavra desdobra-se, assim, em três direitos: (a) direito à voz, como atributo de personalidade, sendo ilícito, sem consentimento da pessoa, registar e divulgar a sua voz (com ressalva, é claro, do lugar em que ela foi utilizada); (b) direito às “palavras ditas”, que pretende garantir a autenticidade e o rigor da reprodução dos termos, expressões, metáforas escritas e ditas por uma pessoa; (c) direito ao auditório, ou seja, a decidir o círculo de pessoas a quem é transmitida a palavra. Mais uma vez, este direito sofre de compressões no caso dos discursos públicos de agentes públicos e políticos.”¹⁷. Este resumo valerá também, em termos gerais, para o direito à imagem pelo facto de ser considerado pela doutrina como paralelo ao direito à palavra, sendo que aquilo que se entende para um vale para o outro com as necessárias adaptações, e vice-versa. Neste sentido, cada pessoa tem o poder de decidir quando quer ser fotografado ou ver as suas palavras gravadas ou quando deseja que seja exposta uma fotografia¹⁸ ou utilizada uma gravação sua. No caso de serem usadas com consentimento, não podem ser distorcidas de modo a que não correspondam à realidade, empregando-as abusivamente e indevidamente. Esta solução vale também para os casos em que não sejam admitidas as suas utilizações.

2.3. Da restrição dos direitos fundamentais à imagem e à palavra

A Constituição da República Portuguesa garante, como se tem vindo a explicar, a máxima protecção aos direitos de personalidade da imagem e da palavra, no art. 26.º n.º1, consagrando-os como direitos fundamentais, acrescentando-lhes o estatuto de direitos,

¹⁶ LOPES, J.J. Almeida – *Constituição da República Portuguesa: 6.º revisão anotada com os acórdãos do Tribunal Constitucional, Lei do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Almedina, 2005, pág. 164

¹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa anotada artigos 1.º a 107.º*, Vol. I, 4.ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pág. 467

¹⁸ Ac. Tribunal Constitucional, processo n.º 179/95, de 19/03/1997, Rel. Cons. Alberto Tavares da Costa: “Com o direito à imagem, por sua vez, visa-se salvaguardar o direito de cada um a não ser fotografado nem ver o seu retrato exposto em público, sem o seu consentimento e, bem assim, o direito a não ser apresentado “em forma gráfica ou montagem ofensiva e malevolamente distorcida ou infiel” (cfr. J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, pág. 181. Entre os acórdãos deste Tribunal, vejam-se os já citados n.ºs. 128/92 e 319/95. Estão em causa, não apenas o retrato mas igualmente todas as outras captações possíveis do corpo do indivíduo, da sua protecção imagética, nas palavras de Orlando de Carvalho (*in Teoria Geral da Relação Jurídica*, Coimbra, 1970, pág. 72), o que possibilita uma ingerência abusiva atentatória de valores constitucionalmente protegidos.”

liberdades e garantias. Estes bens jurídicos não se inserem, ainda assim, no núcleo mais radical dos direitos pessoais, sendo que as suas suspensões são admitidas em casos como os do estado sítio ou de emergência, ao contrário do que acontece com o direito à vida ou à integridade física (art. 19.º da C.R.P.).

Para além da suspensão, a restrição destes direitos fundamentais é admitida, podendo, em consequência, sofrer limitações, nos termos estritos do art. 18.º da C.R.P. É imperativo que a lei que os restrinja apenas o faça nos casos expressamente previstos pela Constituição da República Portuguesa no intuito de salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, limitando-os no estrito necessário, tendo subjacente o princípio da proporcionalidade¹⁹. Para além do disposto no nº2 do art. 18.º da C.R.P., o nº3 estabelece determinadas características exigíveis para as leis restritivas para evitar alguns possíveis abusos²⁰.

Neste sentido, são elencados, no art. 79.º nº2 do C.C., vários exemplos de restrições do direito à imagem. As figuras públicas, como sejam os políticos, podem ver as suas fotografias expostas fruto do papel que desempenham na sociedade, desde que não seja invadida a sua intimidade ou ainda que resulte prejuízo para a sua honra, para a sua reputação ou simples decoro, de acordo com o exposto no art. 79.º nº3 do C.C. Estas pessoas abdicam dos direitos à imagem por força de um “*acordo implícito*” pelas funções exercidas. Tem de, ainda assim, verificar-se sempre uma relação directa entre a fotografia e a actividade desempenhada, sob pena de estar a ser violado o direito fundamental em causa.

Este caso não é o único em que é permitido restringir o direito à imagem. O art. 79.º nº2 do C.C. estabelece outras situações em que não é necessário o consentimento da pessoa retratada e isto quando “*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.*”²¹. Uma vez

¹⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa anotada artigos 1º a 107º*, Vol. I, 4.ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, págs. 391-393; MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui – *Constituição da República anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, págs. 153-162; Quanto ao princípio da proporcionalidade, vide MAC CRORIE, Benedita – *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e a videovigilância*, in *Cadernos de direito privado*, Braga, n.11 (Julho-Setembro 2005), pág. 59

²⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa anotada artigos 1º a 107º*, Vol. I, 4.ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, págs. 393-396; MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui – *Constituição da República anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, págs. 162-163

²¹ Art. 79.º nº2 do C.C.

mais, a honra, a reputação ou ainda o simples decoro da pessoa exposta não podem ser violados ainda que ao abrigo destas causas de exclusão (art. 79.º n.º 3 do C.C.).

Foram, deste modo, apresentados alguns casos, a título meramente exemplificativo, em que o direito à imagem sofre restrições, de acordo com o art. 79.º n.º 2 do C.C.

Existem, no ordenamento jurídico português, várias leis que limitam este bem jurídico assim como o da palavra, obedecendo escrupulosamente aos critérios do art. 18.º da C.R.P. O art. 167.º n.º 2 do C.P.P., a Lei 1/2005 de 10/01 ou ainda o art. 6.º da Lei 5/2002 de 11/01²², entre outros, são o reflexo desta afirmação.

Em suma, os direitos à imagem e à palavra são direitos de personalidade consagrados no art. 26.º n.º 1 como direitos fundamentais na qualidade de direitos, liberdades e garantias. Os seus âmbitos de protecção, com base no art. 79.º do C.C., consistem no facto de nenhuma imagem e nenhuma palavra poderem ser obtidas, expostas, ou eventualmente lançadas no comércio sem o consentimento para tal. Para além desta salvaguarda, as suas utilizações, no caso de ter sido autorizado ou não o seu uso, não podem ser abusivas, resguardando a autenticidade e o rigor da gravação ou da fotografia, sob pena de responder civilmente (art. 484.º do C.C.) e até criminalmente pelo crime de difamação (arts. 180.º e 182.º do C.P.). Em virtude de não serem direitos absolutos, podem sofrer restrições e suspensões dentro dos estritos limites da lei constitucional (arts. 18.º e 19.º da C.R.P.).

No seguimento deste trabalho discutir-se-ão os direitos à imagem e à palavra, numa visão teórico-prática, no âmbito do Direito Penal e do Direito Processual Penal, ramos extremamente sensíveis aos direitos fundamentais e onde se verificam inúmeros conflitos de bens jurídicos constitucionalmente consagrados.

3. As gravações e as fotografias ilícitas à luz do Código Penal Português

3.1. Em geral, do bem jurídico no Direito Penal

²² A propósito vide MONTE, Mário Ferreira – *A interceptação e gravação de conversações e comunicações: registo de voz e de imagem: alguns aspectos relevantes do actual sistema processual penal*, in Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, Coimbra Editora, 2004; ALMEIDA, Carlos Rodrigues de – *O registo de voz e de imagem: notas ao artigo 6.º da lei n.º 5/2002 de 11 de Janeiro*, in Revista portuguesa ciência criminal, Coimbra, a.14.3 (Julho-Setembro 2004)

Após terem sido analisados os direitos à imagem e à palavra na Constituição da República Portuguesa, os seus enquadramentos no Código Penal, neste segundo momento, permitirão ter uma noção e uma aplicação concreta deste tema. O Direito Penal é Direito Constitucional aplicado decorrente da protecção que dá aos bens jurídicos garantidos pela Lei Fundamental.

O bem jurídico, considerado como um valor constitucionalmente estabelecido, neste caso a imagem e a palavra, é o núcleo central de uma norma criminal, sendo assim a sua razão de ser. Deste modo, é por aquele direito ou aquele interesse carecer de dignidade penal que a norma concreta é introduzida no ordenamento jurídico português. Neste mesmo sentido, importa sublinhar que *"o direito penal só pode intervir onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre desenvolvimento e realização da personalidade de cada homem."*²³. As sanções penais constituem a mais grave intromissão do Estado na esfera da liberdade dos indivíduos e são também aquelas que têm efeitos estigmatizantes mais intensos. Por esta razão, o art. 18.º n.º2 da C.R.P. estabelece que as restrições aos direitos, liberdades e garantias devem limitar-se ao estrito necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, consagrando assim o carácter subsidiário da tutela jurídico-penal. Esta ideia reflecte-se, a título exemplificativo, no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º108/99 no seu ponto 4.4.3.1. em que se destaca que *"O direito penal, enquanto direito de protecção, cumpre uma função de ultima ratio. Só se justifica, por isso, que intervenha para proteger bens jurídicos – e se não for possível o recurso a outras medidas de política social, igualmente eficazes, mas menos violentas do que as sanções criminais. É, assim, um direito enformado pelo princípio da fragmentariedade, pois que há-de limitar-se à defesa das perturbações graves da ordem social e à protecção das condições sociais indispensáveis ao viver comunitário. E enformado, bem assim, pelo princípio da subsidiariedade, já que, dentro da panóplia de medidas legislativas para a protecção e defesa dos bens jurídicos, as sanções penais hão-de constituir sempre o último recurso."*²⁴.

A razão pela qual o Direito Penal é o meio necessário e adequado para garantir os direitos à imagem e à palavra resume-se em poucas palavras: na facilidade com que

²³ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal Português - Parte geral – As consequências jurídicas do crime*, Coimbra Editora, 1993, § 41 *apud* VALDÁGUA, Maria da Conceição, apontamentos não publicados, pág. 39

²⁴ Acórdão do Tribunal Constitucional, processo n.º 108/99, de 29/06/1999, Rel. Cons. Helena Brito

estes bens jurídicos podem ser feridos hoje em dia com a evolução da tecnologia. Daí carecerem de uma tutela reforçada. Neste sentido, “*Na nossa sociedade, a técnica tem feito tais progressos que o homem pode correr o perigo de perder a sua autonomia. Torna-se tecnicamente tão fácil fixar e reproduzir a intimidade de outrem que esta prática, se não for posta sob a alçada da lei penal, pode conduzir à destruição do princípio da confiança nas relações sociais, o que seria verdadeiramente o fim de toda a segurança.*”²⁵.

É, nestes termos, que devem ser pensados e entendidos os bens jurídicos à luz da lei penal e aqui, em particular, a imagem e a palavra. Eles são a razão de ser da norma criminal, daí a importância de perceber e de delimitar, de seguida, os seus conteúdos.

3.2. Em especial, do bem jurídico do crime de gravações e fotografias ilícitas

O Código Penal tipifica, nos arts. 192.^{o26} e 199.^{o27}, determinadas condutas criminalmente censuráveis decorrentes de gravações e fotografias.

Estes crimes, embora aparentemente semelhantes, são distintos pelo facto de acautelarem bens jurídicos de diversa natureza. No ilícito criminal de “*Devassa da vida privada*”, é tutelada a privacidade violada pela exposição de uma fotografia ou pela simples captação de uma imagem ou ainda pela gravação de voz ou pela sua divulgação.

²⁵ GONÇALVES, Manuel Lopes Maia – *Código Penal Português: anotado e comentado: legislação complementar*, 14.^a edição, Coimbra, Almedina, 2001, pág. 616

²⁶ **Artigo 192.º - Devassa da vida privada**

1 - Quem, sem consentimento e com intenção de devassar a vida privada das pessoas, designadamente a intimidade da vida familiar ou sexual:

a) Interceptar, gravar, registar, utilizar, transmitir ou divulgar conversa, comunicação telefónica, mensagens de correio electrónico ou facturação detalhada;
b) Captar, fotografar, filmar, registar ou divulgar imagem das pessoas ou de objectos ou espaços íntimos;
c) Observar ou escutar às ocultas pessoas que se encontrem em lugar privado; ou
d) Divulgar factos relativos à vida privada ou a doença grave de outra pessoa;
é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 240 dias.

2 - O facto previsto na alínea d) do número anterior não é punível quando for praticado como meio adequado para realizar um interesse público legítimo e relevante.

²⁷ **Artigo 199.º - Gravações e fotografias ilícitas**

1 - Quem sem consentimento:

a) Gravar palavras proferidas por outra pessoa e não destinadas ao público, mesmo que lhe sejam dirigidas; ou
b) Utilizar ou permitir que se utilizem as gravações referidas na alínea anterior, mesmo que lícitamente produzidas;
é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 240 dias.

2 - Na mesma pena incorre quem, contra vontade:

a) Fotografar ou filmar outra pessoa, mesmo em eventos em que tenha legitimamente participado; ou
b) Utilizar ou permitir que se utilizem fotografias ou filmes referidos na alínea anterior, mesmo que lícitamente obtidos.

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

Enquanto que, no art. 199.º do C.P., são os bens jurídicos pessoais da imagem e da palavra “*tout court*” que são salvaguardados.

A letra da lei, assim como a própria organização do Código Penal, são elementos fundamentais para sustentar esta afirmação. Desde logo, o “*nomen iuris*” destes crimes é elucidativo. Por um lado, a incriminação do art. 192.º do C.P. é denominada de “*Devassa da vida privada*”²⁸ e por outro, o art. 199.º do C.P. consagra o crime de “*Gravações e fotografias ilícitas*”. Esta distinção pode ser observada ainda pela sistematização do Código Penal. O art. 192.º insere-se no capítulo “*Dos crimes contra a reserva da vida privada*” e o art. 199.º encontra-se na parte relativa aos “*Crimes contra outros bens jurídicos pessoais*”. Os termos utilizados, em ambos os artigos, são outro dos fundamentos para a diferenciação dos bens jurídicos em causa²⁹. No seguimento desta argumentação, retira-se que o elemento essencial do crime presente no art. 192.º do C.P. é o fim da conduta em causa, ou seja, a intenção de devassar a vida privada de outrem. O registo da palavra e da imagem assim como as suas divulgações são apenas os meios para atingir a lesão da intimidade. No ilícito criminal de “*Gravações e fotografias ilícitas*” não importa o fim da acção em causa, pelo facto da tutela ser dirigida aos próprios direitos à imagem e à palavra. Deste modo, a violação destes bens jurídicos é condenável independentemente de afectar a privacidade, demarcando-se assim do crime de devassa da vida privada.

Esta autonomização iniciou-se, no Direito Penal, com a introdução do art. 179.º do C.P. de 1982 e fortaleceu-se com a reforma de 1995 consagrando o crime do actual art. 199.º do C.P. Anteriormente, a imagem e a palavra eram protegidas, unicamente, pela

²⁸ A tutela da reserva à intimidade da vida privada foi introduzida na lei penal a partir de 1973 (Base I da L 3/73, de 5 de Abril), sendo acolhida pelos arts. 178.º e 180.º do C.P. de 1982 e melhorada pelo art. 192.º do C.P. de 1995.

²⁹ **Artigo 192.º - Devassa da vida privada**

1 - Quem, sem consentimento e com intenção de devassar a vida privada das pessoas, designadamente a intimidade da vida familiar ou sexual:

a) Interceptar, gravar, registar, utilizar, transmitir ou divulgar conversa, comunicação telefónica, mensagens de correio electrónico ou facturação detalhada;

b) Captar, fotografar, filmar, registar ou divulgar imagem das pessoas ou de objectos ou espaços íntimos;

c) Observar ou escutar às ocultas pessoas que se encontrem em lugar privado; ou

d) Divulgar factos relativos à vida privada ou a doença grave de outra pessoa;

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

2 - O facto previsto na alínea d) do número anterior não é punível quando for praticado como meio adequado para realizar um interesse público legítimo e relevante. (sublinado nosso)

Artigo 199.º - Gravações e fotografias ilícitas

1 - Quem sem consentimento:

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

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

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

2 - Na mesma pena incorre quem, contra vontade:

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

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

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

tutela da reserva da intimidade da vida privada, à semelhança do que foi mencionado no capítulo anterior quanto ao enquadramento destes direitos na Constituição da República.

Por fim, embora os bens jurídicos destes crimes sejam de diversa natureza, a relação destes ilícitos criminais é de concurso aparente ou legal, por prevalência da incriminação de “*Devassa da vida privada*”, prevista e punível no termos do art. 192.º do C.P. Neste sentido, deve também prevalecer a doutrina que considera a unidade de infracções para o problema do concurso entre as diferentes modalidades de conduta típica previstas no art. 199.º do C.P.³⁰.

Relativamente ao Direito estrangeiro, “*Na maior parte dos ordenamentos jurídicos europeus o direito à imagem só é protegido penalmente como reflexo do bem jurídico do direito à intimidade da vida privada.*”³¹. O mesmo acontece com o direito à palavra.

O Direito Penal suíço vigente é dos poucos ordenamentos jurídicos que tutela a palavra como bem jurídico autónomo, à semelhança do Direito Penal português. Nos termos do art. 179^{ter}³², quem gravar uma conversa não destinada ao público sem o consentimento do seu interlocutor é punido no máximo em um ano de prisão ou em multa. A imagem, ao contrário do que acontece com a tutela da palavra, é mero reflexo da garantia à reserva da intimidade da vida privada. Neste sentido, o art. 179^{quater}³³, introduzido em 1968, tipifica que “*será punido quem, “sem consentimento”, fotografar: 1.º “factos da esfera do segredo (...) de outrem”; 2.º “factos da esfera privada de outrem e não acessíveis sem mais a qualquer pessoa*”³⁴. Neste caso, é a devassa da vida privada que é tutelada e não a imagem em si, contrastando com o dispositivo anterior que protege o bem jurídico da palavra.

³⁰ ANDRADE, Manuel da Costa – *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, págs. 843-844

³¹ JACINTO, Vânia – *A protecção da individualidade*, in Boletim da Ordem dos Advogados, Lisboa, n.66 (Maio 2010), pág. 33

³² Art. 179^{ter} - **Enregistrement non autorisé de conversations**

Celui qui, sans le consentement des autres interlocuteurs, aura enregistré sur un porteur de son une conversation non publique à laquelle il prenait part. (sublinhado nosso)

celui qui aura conservé un enregistrement qu’il savait ou devait présumer avoir été réalisé au moyen d’une infraction visée à l’al. 1, ou en aura tiré profit, ou l’aura rendu accessible à un tiers,

sera, sur plainte, puni d’une peine privative de liberté d’un an au plus ou d’une peine pécuniaire.

³³ Art. 179^{quater} - **Violation du domaine secret ou du domaine privé au moyen d’un appareil de prise de vues**

Celui qui, sans le consentement de la personne intéressée, aura observé avec un appareil de prise de vues ou fixé sur un porteur d’images un fait qui relève du domaine secret de cette personne ou un fait ne pouvant être perçu sans autre par chacun et qui relève du domaine privé de celle-ci. (sublinhado nosso)

celui qui aura tiré profit ou donné connaissance à un tiers d’un fait qu’il savait ou devait présumer être parvenu à sa propre connaissance au moyen d’une infraction visée à l’al. 1,

celui qui aura conservé une prise de vues ou l’aura rendue accessible à un tiers, alors qu’il savait ou devait présumer qu’elle avait été obtenue au moyen d’une infraction visée à l’al. 1,

sera, sur plainte, puni d’une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d’une peine pécuniaire.

³⁴ ANDRADE, Manuel da Costa – *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal – uma perspectiva jurídico-criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, págs. 141-142

O Direito Penal espanhol, ao contrário do Direito suíço vigente, não autonomiza a garantia da palavra, nem a da imagem. A privacidade é o bem jurídico salvaguardado, nos termos do artigo 197.³⁵, sendo que a gravação ou a fotografia são um simples meio para ferir a intimidade. Deste modo, o tipo de ilícito, inserido no capítulo I com o “*nomen iuris*” “*Del descubrimiento y revelación de secretos*” incrimina com pena de prisão de um a quatro anos e de multa de doze a vinte e quatro meses “*quem, para descobrir os segredos ou ferir a intimidade de outrem, sem o seu consentimento, se apoderar dos seus papéis, cartas, mensagens de correio electrónico ou quaisquer outros documentos ou registos pessoais (...) ou utilizar artifícios técnicos de escuta, transmissão, gravação ou reprodução do som, da imagem...*”³⁶.

Quanto ao Direito Penal alemão é um dos claros exemplos em que a garantia da palavra e da imagem depende da estrita violação da esfera da vida privada. Neste sentido, o Código Penal consagra, no §201 StGB³⁷, a incriminação das seguintes condutas: “a) *gravação e utilização de gravações feitas sem consentimento; b) devassa*

³⁵ **Artículo 197.**

1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. (sublinhado nosso)
2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.
3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.

Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior.

4. Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior.

5. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrá las penas previstas en su mitad superior.

6. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado 5, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años.

³⁶ **ANDRADE, Manuel da Costa** – *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal – uma perspectiva jurídico-criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, pág. 130

³⁷ **§ 201 - Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes**

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer unbefugt
1. das nichtöffentlich gesprochene Wort eines anderen auf einen Tonträger aufnimmt oder
2. eine so hergestellte Aufnahme gebraucht oder einem Dritten zugänglich macht.

(2) Ebenso wird bestraft, wer unbefugt

1. das nicht zu seiner Kenntnis bestimmte nichtöffentlich gesprochene Wort eines anderen mit einem Abhörgerät abhört oder
2. das nach Absatz 1 Nr. 1 aufgenommene oder nach Absatz 2 Nr. 1 abgehörte nichtöffentlich gesprochene Wort eines anderen im Wortlaut oder seinem wesentlichen Inhalt nach öffentlich mitteilt. (sublinhado nosso)

Die Tat nach Satz 1 Nr. 2 ist nur strafbar, wenn die öffentliche Mitteilung geeignet ist, berechnete Interessen eines anderen zu beeinträchtigen. Sie ist nicht rechtswidrig, wenn die öffentliche Mitteilung zur Wahrnehmung überragender öffentlicher Interessen gemacht wird.

(3) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer als Amtsträger oder als für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter die Vertraulichkeit des Wortes verletzt (Absätze 1 und 2).

(4) Der Versuch ist strafbar.

(5) Die Tonträger und Abhörgeräte, die der Täter oder Teilnehmer verwendet hat, können eingezogen werden. § 74a ist anzuwenden.

da conversa de outros por recurso a meios (ocultos) de escuta, sem a mediação do gravador; c) divulgação pública “no seu teor literal ou no seu conteúdo essencial” da palavra gravada ou escutada sem consentimento.”³⁸. Relativamente ao direito à imagem, o Código Penal alemão não contém qualquer preceito normativo que faça referência à salvaguarda deste bem jurídico. Contrastando com o StGB vigente, o §146 do Projecto Alternativo tutelava a própria imagem em si através da incriminação da “Escuta e fotografia ilícitas”.

O Direito Penal austríaco, nesta matéria, em muito se assemelha ao que foi mencionado anteriormente para o Direito alemão. O crime de “Abuso de gravadores e aparelhos de escuta”, previsto e punível nos termos do §120 do Código Penal austríaco³⁹, incrimina: “quem utilizar um gravador ou um aparelho de escuta para tomar ele próprio conhecimento ou dar conhecimento a terceiro não legitimado (...) de uma conversa não pública nem destinada ao seu conhecimento.”⁴⁰. Neste sentido, a palavra apenas será acautelada quando haja violação da privacidade e não noutras circunstâncias. À semelhança do Direito Penal alemão, não existe qualquer referência ao direito à imagem como bem jurídico autónomo. Em consequência, retira-se que a sua protecção está também dependente da tutela da reserva da intimidade da vida privada.

O ordenamento jurídico italiano é outro caso típico em que apenas é garantido o direito à imagem decorrente da salvaguarda concedida à privacidade⁴¹, nos termos do “articolo” 615 bis⁴². A palavra não é, do mesmo modo, um bem jurídico-penal no Código Penal italiano, sendo que nenhum preceito lhe faz menção.

³⁸ ANDRADE, Manuel da Costa – *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal – uma perspectiva jurídico-criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, pág. 128

³⁹ § 120 - *Mißbrauch von Tonaufnahme- oder Abhörgeräten*

(1) Wer ein Tonaufnahmegerät oder ein Abhörgerät benützt, um sich oder einem anderen Unbefugten von einer nicht öffentlichen und nicht zu seiner Kenntnisnahme bestimmten Äußerung eines anderen Kenntnis zu verschaffen, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

(2) Ebenso ist zu bestrafen, wer ohne Einverständnis des Sprechenden die Tonaufnahme einer nicht öffentlichen Äußerung eines anderen einem Dritten, für den sie nicht bestimmt ist, zugänglich macht oder eine solche Aufnahme veröffentlicht. (sublinhado nosso)

(2a) Wer eine im Wege einer Telekommunikation übermittelte und nicht für ihn bestimmte Nachricht in der Absicht, sich oder einem anderen Unbefugten vom Inhalt dieser Nachricht Kenntnis zu verschaffen, aufzeichnet, einem anderen Unbefugten zugänglich macht oder veröffentlicht, ist, wenn die Tat nicht nach den vorstehenden Bestimmungen oder nach einer anderen Bestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen zu bestrafen.

(3) Der Täter ist nur mit Ermächtigung des Verletzten zu verfolgen.

⁴⁰ ANDRADE, Manuel da Costa – *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal – uma perspectiva jurídico-criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, pág. 130

⁴¹ TAVARES, Hugo Alexandre de Matos – *A tutela penal do direito à imagem: entre a subsidiariedade do direito penal e a unidade do sistema jurídico no problema da construção da área de tutela típica*, in *Direito Penal hoje: novos desafios e novas respostas* / organizadores: Manuel da Costa Andrade e Rita Castanheira Neves, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pág. 192; ANDRADE, Manuel da Costa – *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal – uma perspectiva jurídico-criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, págs. 136-137

⁴² Art. 615-bis - *Interferenze illecite nella vita privata*

Por fim, é possível concluir que grande parte dos sistemas jurídicos europeus não autonomiza os bens jurídicos da imagem e da palavra, ao contrário do que acontece no Direito Penal português.

Esta breve explicação introdutória permitiu enquadrar o tema em questão e verificar que as problemáticas expostas no capítulo relativo ao enquadramento dos direitos à imagem e à palavra à luz da Constituição da República Portuguesa reflectem-se também no âmbito da protecção penal dos bens jurídicos em análise, desde logo, no que toca à questão da sua autonomização e da sua contraposição aos ordenamentos jurídicos estrangeiros.

3.3. Das gravações ilícitas

“Só a palavra é capaz de nos afirmar e confirmar. Somos a voz que temos (...). E, sem poder dizer, nada podemos (...) quem não sabe falar, não sabe convencer, nem seduzir (...) sem palavras não há comunhão de corpos e de almas. Há tropeções do instinto.”⁴³

O crime de gravações ilícitas está consagrado no art. 199.º nº1 do C.P. juntamente com a incriminação de fotografias ilícitas (art. 199.º nº2 do C.P.). A análise destes tipos de ilícito será feita separadamente, por uma questão de coerência, pelo facto de envolverem dois bens jurídicos diferentes; a imagem e a palavra. Estes valores não deixam ainda assim de ser considerados paralelos no Direito Penal, sendo as problemáticas as mesmas e as soluções também, diferindo apenas em alguns aspectos. Um dos argumentos para aquela afirmação é o facto de estarem reunidos dois crimes e dois bens jurídicos num só artigo; esta sistemática tinha de ter uma razão de ser. Uma das diferenças mais marcantes a apontar é que *“(...) a tutela da palavra é mais ampla do que a tutela da imagem, uma vez que a tutela da palavra exige o consentimento do visado, enquanto a tutela da imagem se basta com a não contradição com a vontade do*

Chiunque mediante l'uso di strumenti di ripresa visiva o sonora, si procura indebitamente notizie o immagini attinenti alla vita privata svolgentesi nei luoghi indicati nell'articolo 614, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni.

Alla stessa pena soggiace, salvo che il fatto costituisca più grave reato, chi rivela o diffonde, mediante qualsiasi mezzo di informazione al pubblico, le notizie o le immagini ottenute nei modi indicati nella prima parte di questo articolo. (sublinhado nosso)
I delitti sono punibili a querela della persona offesa; tuttavia si procede d'ufficio e la pena è della reclusione da uno a cinque anni se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o servizio, o da chi esercita anche abusivamente la professione di investigatore privato.

⁴³ TORGA, Miguel, in Diário, XVI apud ANDRADE, Manuel da Costa – *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal – uma perspectiva jurídico-criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, pág. 125

visado.⁴⁴ (sublinhado nosso). Para além deste aspecto, a garantia da imagem mostra-se também mais reduzida pelo facto do art. 79.º nº2 do C.C. conter um leque de causas de exclusão da tipicidade e da ilicitude que apenas se aplicam à incriminação das fotografias ilícitas⁴⁵.

No ordenamento jurídico português, a delimitação do bem jurídico do crime de gravações ilícitas nem sempre foi pacífica. A doutrina e a jurisprudência apoiavam-se essencialmente em duas teses fundamentais correntes na Alemanha⁴⁶. Para alguns autores, o §120 do StGB tutela a confidencialidade da palavra. Esta incriminação acautela a privacidade da palavra proferida, independentemente do seu conteúdo, o que importa é resguardar a comunicação do conhecimento alheio. Outros entendem que este preceito normativo tutela a própria palavra em si, sendo que não depende da violação da intimidade da vida privada. Esta última orientação é maioritária, acolhendo especialmente a posição do Tribunal Constitucional Federal. A razão de ser do crime de gravações ilícitas, previsto e punível no art. 199.º nº1 do Código Penal português, enquadra-se também neste entendimento.

Neste sentido, relativamente à protecção do direito à palavra, *“O bem jurídico-penal identifica-se [por isso], com a própria palavra falada (...) não interessando o seu conteúdo, se configura ou não um segredo, se exprime uma ideia própria ou um pensamento alheio⁴⁷. (...) O correspondente ilícito típico se consome e se esgota com a simples gravação ou audição da gravação não consentidas. (...) É o que bem demonstra o desenho da incriminação das gravações ilícitas, que omite qualquer referência quer aos elementos objectivos quer subjectivos reclamados pelas ideias de devassa e indiscrição, como atentados puníveis à vida privada ou à intimidade.”⁴⁸*. Nestes termos, a palavra proferida por determinada pessoa é tutelada autonomamente, desconsiderando-se, para este efeito, toda e qualquer comunicação que não se traduza

⁴⁴ **ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de** – *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.ª edição actualizada, Universidade Católica Editora, 2010, pág. 614

⁴⁵ **ANDRADE, Manuel da Costa** – *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, pág. 817

⁴⁶ **ANDRADE, Manuel da Costa** - *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006 (Reimpressão), págs. 244-248; **ANDRADE, Manuel da Costa** – *Sobre a reforma do código penal português: dos crimes contra as pessoas, em geral, e das gravações e fotografias ilícitas em particular*, in *Revista portuguesa de ciência criminal*, Lisboa, Abril-Dezembro 1993, págs. 465-468; **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, Estudos em homenagem ao professor Doutor Eduardo Correia*, Coimbra, n.esp.1(1984), págs. 595-598

⁴⁷ **LENCKNER**, in: **SCHÖNKE/ SCHRÖDER**, § 201, Rn.5 *apud ANDRADE, Manuel da Costa* – *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal – uma perspectiva jurídico-criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, pág. 125

⁴⁸ **ANDRADE, Manuel da Costa** – *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal – uma perspectiva jurídico-criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, págs. 125-126

em palavras ditas, ou melhor, em formas de comunicação não oral, assim como toda a expressão não articulada em palavras. Para além que é de todo irrelevante o seu conteúdo, inclusive se as palavras são desconexas ou sem sentido, bem como o contexto em que são proferidas, podendo ocorrer durante o sono, em monólogo, ou ainda numa cantiga. É indiferente. O que está realmente em causa é a protecção da própria palavra em si⁴⁹. Neste sentido, a incriminação de gravações ilícitas não visa acautelar a autenticidade e a veracidade das palavras. As eventuais manipulações não são condenáveis, à luz do art. 199.º n.º1 do C.P., mas podem sê-lo, na nossa opinião, ao abrigo do crime de difamação (arts. 180.º e 182.º do C.P.) que tutela a honra assim como da responsabilidade civil, nos termos do art. 484.º do C.C.

Na redacção do art. 179.º do C.P.⁵⁰, anterior ao actual art. 199.º do C.P., existia uma problemática específica quanto à alínea b) pelo facto de remeter para a conduta da alínea a). A doutrina questionava-se sobre qual seria o seu significado, nomeadamente, se apenas deveria ser censurável a utilização da gravação ilicitamente obtida.

Quanto a esta questão, a doutrina alemã mostrava-se dividida. Existiam duas teses fundamentais, a monista e a dualista. A teoria monista (ARZT ou BLEI) entendia que apenas a utilização das gravações ilicitamente obtidas era censurável enquanto que a teoria dualista (SUPPERT) argumentava no sentido de não ser permitida a divulgação da gravação sem o consentimento do visado ainda que fosse licitamente obtida.

Com a reforma do Código Penal de 1995, este problema já não se coloca, pelo facto do artigo 199.º n.º1 al. b) e n.º2 al. b) do C.P. delimitar, explicitamente, que ainda que as gravações e as fotografias sejam licitamente obtidas é censurável a sua utilização ou a permissão para o seu uso quando não for dado o consentimento para tal⁵¹. A doutrina

⁴⁹ Neste sentido, “É esta compreensão do bem jurídico que empresta sentido à danosidade social típica e ao conteúdo do ilícito típico. Que se consuma e esgota na simples gravação ou audição não consentidas.” vide **ANDRADE, Manuel da Costa** – *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, pág. 822

⁵⁰ **Artigo 179.º - Gravações e fotografias ilícitas**

1 – Quem, sem justa causa e sem consentimento de quem de direito:

- a) Gravar palavras proferidas por outrem e não destinadas ao público, mesmo que lhe sejam dirigidas;
- b) Utilizar ou deixar utilizar por outrem as gravações a que se refere a alínea anterior;
- c) Fotografar, filmar ou regista aspectos da vida particular de outrem, mesmo que neles tenha legitimamente participado;
- d) Utilizar ou permitir que se utilizem as fotografias, os filmes, ou os registos indevidamente obtidos, a que se refere a alínea anterior;

Será punido com prisão até um ano e multa até 60 dias.

2 – O procedimento criminal depende de queixa.

⁵¹ **ANDRADE, Manuel da Costa** – *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, págs. 818-819, “Para além da referenciada alteração de ordem sistemática – separação da infracção do capítulo Dos crimes contra a reserva da vida privada – a **Reforma de 1995** deixou atrás de si outras e não despidiendas **modificações**: a) Ainda no plano sistemático, sobressai a divisão por números autónomos da descrição das condutas proibidas a título de atentados à palavra (n.º1) e à imagem (n.º2). Uma solução que permitiu desenhar as pertinentes áreas de tutela com diferenças que não eram consentidas pelo enunciado conjunto adoptado em 1982; b) Nesta linha, faz-se depender a incriminação das fotografias ilícitas da exigência de elas serem feitas ou utilizadas “contra a vontade”- em vez do anterior “sem consentimento”, agora apenas previsto para os atentados à

seguia maioritariamente, ainda antes desta explícita menção, a teoria dualista pelos argumentos apontados por MANUEL DA COSTA ANDRADE⁵².

Em suma, e fazendo uso legítimo das palavras do Tribunal Constitucional federal alemão, o Direito Penal português acautela o bem jurídico da palavra garantindo “*a toda a pessoa – e só a ela - de 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.*”⁵³. O ser humano tem o domínio sobre o que diz e apenas ele pode dispor da sua palavra. O art. 199.º do C.P. visa salvaguardar a inocência do discurso, sem que a todo o momento e em qualquer contexto, se receie que as palavras proferidas numa determinada altura ou numa situação especial possam ser usadas⁵⁴.

3.4. Das fotografias ilícitas

*“Lembro-me de que na minha infância, quando se queria fotografar alguém, se tinha sempre de pedir licença. Até a mim os adultos perguntavam: diz lá pequenina, podemos tirar-te uma fotografia? E depois, um dia, ninguém mais pediu licença. O direito da câmara foi colocado acima de todos os outros direitos e desde esse dia tudo mudou, absolutamente tudo.”*⁵⁵.

O bem jurídico pessoal tutelado pelo crime de fotografias ilícitas, previsto e punível nos termos do art. 199.º nº2 do C.P. é a imagem. Proceder-se-á, de seguida, à devida explicação do seu âmbito de protecção no Direito Penal, tal como se fez para o direito à palavra.

palavra; c) eliminou-se o inciso “sem justa causa”, considerado uma mera menção redundante da ilicitude (COSTA ANDRADE, *Liberdade de Imprensa* 1996 205 ss.); d) Acrescentou-se à al. b) do nº1 (utilização de gravações) o inciso “mesmo que licitamente produzidas”, o que equivale à consagração expressa da teoria dualista (infra § 32), superando as dúvidas a este propósito subsistentes face à versão de 1982 (COSTA ANDRADE, *Sobre a Valoração* 1987 63 ss.). Enquanto isso e do lado da utilização das fotografias, (nº2 b)), fez-se substituir a expressão “indevidamente obtidas” por “mesmo que licitamente obtidas”, uma inovação que tem o alcance de substituir a solução monista pela solução dualista; e) No que toca às fotografias ilícitas (nº2 a)) substitui-se a expressão “aspectos da vida particular de outrem” pelo inciso “outra pessoa”; f) O novo nº3 introduziu como novo fundamento de qualificação e agravação, a circunstância de o facto ser praticado “através de meio de comunicação social”.

⁵² ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre a reforma do código penal português: dos crimes contra as pessoas, em geral, e das gravações e fotografias ilícitas em particular*, in Revista portuguesa de ciência criminal, Lisboa, Abril-Dezembro 1993, pág. 479

⁵³ JZ, 1973, p.505 apud ANDRADE, Manuel da Costa – *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal – uma perspectiva jurídico-criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, pág. 125

⁵⁴ Ac. Tribunal da Relação de Guimarães, processo nº 435234/09.8YIPRT-A.G1, de 16/02/2012: “De observar que subjacente a esta proibição não está propriamente o conteúdo (o secretismo) da comunicação, mas sim a palavra falada em si, tratando-se de impedir que aquilo que se pretendeu que fosse apenas uma expressão fugaz e transitória da vida se converta num produto registado e susceptível de ser utilizado a todo o tempo (v. Costa Andrade, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, pp. 245 e sgts.).”

⁵⁵ KUNDERA, Milan, in *Imortalidade na versão portuguesa de D. Quixote apud JACINTO, Vânia – A protecção da individualidade*, in Boletim da Ordem dos Advogados, Lisboa, n.66 (Maio 2010), pág. 33

Neste sentido, MANUEL DA COSTA ANDRADE sustenta que “(...) [também] a imagem configura um bem jurídico eminentemente pessoal, com a estrutura de uma liberdade fundamental, que reserva à pessoa uma posição de domínio. É à pessoa que assiste, e em exclusivo, o direito de determinar quem pode gravar, registar, utilizar ou divulgar a sua imagem. O direito à imagem emerge nesta linha como expressão concretizada da autonomia pessoal.”⁵⁶. É possível observar, através destas palavras, os pontos de ligação com o bem jurídico presente no crime de gravações ilícitas, assim como o paralelismo que existe entre estes ilícitos criminais.

Para além da conceitualização anterior, este autor⁵⁷ argumenta ainda que o Código Penal acautela apenas o direito à imagem em si, considerando que todo o ser humano tem o poder de decidir se pretende ou não ser fotografado ou filmado. O art. 199.º n.º2 do C.P. tutela a imagem através da incriminação das fotografias ilícitas e da sua divulgação, ainda que tenha sido lícita a sua obtenção. Neste sentido, não estão abrangidos os casos que ponham em causa a autenticidade e a veracidade da imagem. As manipulações da imagem não são condenáveis, à luz do art. 199.º n.º2 do C.P., mas podem sê-lo, na nossa opinião, ao abrigo do crime de difamação (arts. 180.º e 182.º do C.P.) que tutela a honra assim como da responsabilidade civil, nos termos do art. 484.º do C.C.

Para além desta observação, as pinturas, os desenhos ou ainda as caricaturas não fazem parte do âmbito da tutela penal da imagem, mas apenas se incluem as fotografias ou os filmes, tal como expressamente mencionado no corpo da lei⁵⁸. No que releva ao âmbito do Direito Penal, faz todo o sentido excluir estes casos pelo facto deste ramo jurídico ter como característica, a subsidiariedade, devendo recorrer-se apenas e só à sanção criminal em último recurso. A aplicação do Direito Civil seria mais apropriada para estas situações, apoiadas no art. 79.º n.º1 e n.º3 do C.C.

Em suma, o crime de fotografias ilícitas, tipificado no art. 199.º n.º2 do C.P., tutela o bem jurídico da imagem. Neste sentido, cada pessoa tem o domínio de decidir quando deseja ser fotografado ou filmado ou ainda quando permita o uso de fotografias ou filmes em que apareça, sendo apenas estes casos abrangidos por este tipo de ilícito.

⁵⁶ ANDRADE, Manuel da Costa – *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal – uma perspectiva jurídico-criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, págs. 131-132

⁵⁷ *Supra cit.*, págs. 143-144

⁵⁸ ANDRADE, Manuel da Costa – *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, pág. 825

3.5. Das causas de exclusões do crime de gravações e fotografias ilícitas

A teoria da lei penal estabelece causas de exclusão da tipicidade assim como da ilicitude e da culpa. Existem, no tema em análise, algumas particularidades quanto a esta matéria que importam ser tratadas no intuito de um maior aprofundamento deste estudo.

As causas de exclusão são um dos pontos sensíveis deste trabalho, pois raros são os autores que têm a mesma opinião quanto a uma determinada situação concreta por mais que seja um exemplo aparentemente de simples resolução como é o da gravação em caso de extorsão. Os desencontros conceptuais ou ainda as construções dogmáticas são as razões de tal diferenciação. No desenrolar desta temática constatar-se-ão, concretamente, estas afirmações.

Quanto às causas de exclusão da tipicidade, importa tratar-se do consentimento. Não haverá qualquer lesão dos bens jurídicos, da imagem ou da palavra, sempre que a captação da imagem ou a sua exposição ou ainda a gravação ou a divulgação da palavra for permitida. A restrição dos direitos fundamentais em causa foi consentida, logo não existe violação. Neste mesmo sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE explica que *“O acordo (expresso ou presumido) do portador do bem jurídico afasta a tipicidade da conduta do agente. Há acordo presumido quando o portador do bem jurídico sabe que as suas palavras estão a ser gravadas e não se opõe à gravação. O mesmo vale para a fotografia ou filmagem.”*⁵⁹. Relativamente a este aspecto, ressalva-se a particularidade que existe entre o crime de gravações ilícitas e o de fotografias ilícitas. O primeiro exige, para a sua verificação, que a conduta seja realizada sem consentimento, ao contrário do segundo que se basta com a não contrariedade da vontade.

As causas de exclusão da tipicidade⁶⁰ presentes no art. 79.º n.º2 do C.C. são aplicáveis, por força do art. 31.º n.º1 do C.P., à incriminação de fotografias ilícitas pelo facto do preceito normativo se dirigir directamente ao direito à imagem. Deste modo, as fotografias captadas em lugares públicos, enquadradas na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente, assim como quando releve a notoriedade ou o

⁵⁹ Supra cit., pág. 615

⁶⁰ ANDRADE, Manuel da Costa – *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, págs. 833-834

cargo desempenhado do fotografado dispensam o consentimento da pessoa exposta por se entender haver um acordo implícito.

Quanto às causas de exclusão da ilicitude tipificadas no Código Penal, a legítima defesa (art. 32.º do C.P.) e o direito de necessidade (art. 34.º do C.P.) são as que a doutrina e a jurisprudência invocam com mais frequência. Relativamente à primeira, podem ser apontados os casos típicos de extorsão, assim como de coação ou ameaça. A legítima defesa não afasta a ilicitude da conduta se for para além da agressão ou para prevenir perigos futuros. O direito de necessidade não é também aplicável se uma gravação e uma fotografia forem obtidas no intuito de as juntar no processo penal. Contrariamente a esta situação, já poderão ser permitidos atentados típicos aos direitos à imagem e à palavra no exercício da liberdade de imprensa. Estes últimos casos são de sensível análise e levam à controvérsia em algumas situações.

Para além das causas gerais de exclusão da ilicitude, o art. 79.º n.º2 do C.C. estabelece outras aplicáveis por força do art. 31.º n.º1 do C.P.: as exigências de polícia ou de justiça⁶¹, as finalidades científicas, didáticas ou culturais que possam estar em causa. As primeiras são provavelmente os argumentos mais usados pela doutrina e na jurisprudência para afastar a ilicitude das fotografias e das gravações. Por esta razão,

⁶¹ Ac. Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 83/2006-3, de 03/05/2006: "(...) as aludidas exigências de polícia ou de justiça têm de ser interpretadas como integrando particulares exigências de segurança de pessoas e bens (...)"; Ac. Tribunal da Relação de Coimbra, processo n.º 401/04.5TAPBL.C1, de 01/07/2009: "as exigências de justiça – entendidas na sua vertente de obtenção de prova em sede de processo penal com vista à descoberta da verdade material Com relevo o Ac. da RP, disponível no site www.dgsi.pt sob o n.º convencional JTRP00036913"; Ac. Tribunal da Relação de Évora, processo n.º 932/10.8PAOLH.E1, de 24/04/2012 "E, a utilização dessas imagens como meio de prova, como no caso, justifica-se por exigências de justiça, ou melhor, para o interesse na realização da justiça (...)", "Contra esta interpretação, diz-se que o art. 167.º n.º1 do CPP já incorpora uma valoração dos interesses da justiça em face do direito à imagem, resolvendo essa ponderação a favor deste direito. Pois, como a utilização da imagem como meio de prova serve, por definição, para realizar fins da justiça penal, aquela norma, ao subordinar essa utilização à licitude penal da imagem, estaria a considerar que as razões de justiça que a utilização visaria não seriam bastantes para tornar penalmente lícita a imagem (a sua obtenção ou utilização) – importando, em consequência, uma interpretação restritiva do art. 79.º n.º2 citado¹¹⁴. Salvo o devido respeito, entende-se que esta interpretação vai longe de mais, envolvendo até alguma petição de princípio. Com efeito, a norma em causa apenas refere, declarativamente, que a imagem penalmente ilícita não pode ser usada em processo penal. Mas já não diz em que condições será penalmente lícita, ou não, a obtenção ou utilização dessa imagem (mormente, não afirmando que essa ilicitude não pode ser excluída por razões de justiça – isso está justamente por demonstrar), o que cabe resolver de acordo com os princípios gerais. Decerto, a realização da justiça não tem por si, como se referiu, relevo valorativo para excluir a ilicitude da utilização da imagem. Mas já o tem através da mediação do art. 79.º n.º1 e 2 do CC, quando admite a utilização da imagem da pessoa por exigências de justiça [note-se que este art. 79.º apenas regula a utilização da imagem, e já a sua obtenção ou recolha¹¹⁵]. E não se vê que o art. 167.º do CPP restrinja o alcance desta norma porque, no quadro exposto, têm fins diversos: este posterga a utilização de imagens ilícitas, mas sem delimitar (ou restringir) as condições de legitimação do uso da imagem (da sua licitude), enquanto aquela norma intervém justamente neste campo, ao excluir em certas condições essa ilicitude (em articulação com o art. 31.º n.º1 do CP). Nem se diga que, a valer irrestritamente aquele art. 79.º n.º2, seria sempre lícita a utilização da imagem em processo penal ao abrigo das exigências de justiça que no processo se visam, ficando esvaziado de conteúdo o art. 167.º do CPP. Isto por duas ordens de razões. De um lado, porque, como se referiu já, o art. 79.º do CP apenas visa a utilização da imagem, não dispondo sobre as condições da sua utilização. E, sendo ilícita a obtenção, permaneceria a proibição processual da utilização da imagem. Por outro lado, a norma civil não se reporta à utilização da imagem para a realização da justiça mas antes para satisfazer «exigências» de justiça, o que se considera ter um valor normativo e hermenêutico próprio, ao menos no sentido de que se trata de formular uma exigência acrescida, devendo tratar-se de situação em que a utilização da imagem se mostre necessária ou mesmo indispensável à afirmação da justiça buscada, e num quadro em que a tutela da imagem do visado se encontre numa situação de menor valia intrínseca, ao ponto de a sua ofensa não se mostrar desproporcionada nem ofensiva (ou intoleravelmente ofensiva) do valor intrínseco da pessoa que justifica aquela tutela."

merecem uma atenção particular. As exigências de polícia são medidas implementadas para garantir a segurança das pessoas. As exigências de justiça consistem no conjunto de providências adoptadas no sentido de obter meios de prova. O interesse na descoberta da verdade material verificado durante toda a actividade investigatória leva a que alguns valores, neste caso a imagem e a palavra, sejam limitados nos seus âmbitos de protecção. Estes argumentos têm de ser sempre entendidos e utilizados com o maior rigor, sob pena de poderem levar à discricionariedade. Por esta razão, o art. 18.º da C.R.P. delimita de que modo podem os direitos fundamentais ser restringidos, remetendo para a lei ordinária a sua expressa aplicação. Neste caso em concreto, o art. 167.º do C.P.P.⁶², que mais adiante se analisará, estabelece em que termos podem ser valoradas reproduções fotográficas e fonográficas sem o consentimento do visado, ao abrigo das exigências de justiça. A Lei 1/2005 de 10/01, o art. 6.º da Lei 5/2002 de 11/01, os arts. 187.º e 250.º do C.P.P. são outros exemplos em que é permitida a restrição dos direitos à imagem ou à palavra, determinada ao abrigo de autorizações legais que estabelecem requisitos estritos e obrigatórios de modo a garantir que não hajam condutas despropositadas ou ainda excessivas.

As causas de exclusão da tipicidade e da ilicitude, presentes no nº2 do art. 79.º do C.C., poderão ainda assim não afastar uma responsabilização do autor das gravações e das fotografias no caso de violar a honra, a reputação ou ainda o simples decoro da pessoa exposta (art. 79.º nº3 do C.C.), sendo que poderá responder civilmente por ofensa ao bom nome, nos termos do art. 484.º do C.C. ou até criminalmente pelo crime de difamação, previsto e punível nos arts. 180.º e 182.º do C.P. Neste caso, não são os direitos à imagem e à palavra que estão em causa, mas os direitos à honra e ao bom nome.

Para além destas causas de exclusão da ilicitude, outros critérios e princípios foram sendo criados para afastar a incriminação das gravações e das fotografias ilícitas como sejam a teoria da caducidade (*Verwirkungstheorie*), as situações-de-quase-legítima-defesa (*notwehrähnlichen Lage*), a adequação social, a ponderação de interesses e a

⁶² GARRETT, Francisco de Almeida - *Inquérito criminal e prova em julgamento: reflexões*, Porto, Fronteira do Caos, 2008, pág. 21, “Também o nº2 do art. 167.º do Código de Processo Penal consagra uma específica causa processual penal de exclusão da ilicitude (...)”

prossecação de interesses legítimos⁶³. MANUEL DA COSTA ANDRADE, acertadamente do nosso ponto de vista, aponta para o facto destas causas de exclusão da ilicitude serem desnecessárias assim como inconvenientes por levarem à desigualdade e à insegurança do direito⁶⁴.

Por fim, expõe-se a questão da licitude das gravações realizadas por particulares, problemática pensada e desenvolvida por MANUEL DA COSTA ANDRADE⁶⁵. A captação de voz por particulares é, na maior parte dos casos, ilícita por ter sido realizada sem o consentimento do(s) visado(s). A doutrina e a jurisprudência têm vindo, ainda assim, a relativizar esta posição, sempre que a acção esteja ao abrigo de uma justa causa⁶⁶ e a aplicá-la também aos casos de gravação de imagem⁶⁷ (fotografias e filmes). Toda e qualquer causa de exclusão da ilicitude constitui uma justa causa que afasta a responsabilidade do arguido no âmbito do processo penal. Neste sentido, a gravação ou a fotografia obtidas têm de garantir um superior interesse que prevaleça sobre os direitos à imagem e à palavra. Esta exigência deve ser articulada, no nosso ponto de vista, com as próprias causas de exclusão, sob pena de levar a alguma discricionariedade⁶⁸. Para além que se trata de direitos fundamentais adstritos a apertados critérios no que toca às suas restrições, de acordo com o art. 18.º da C.R.P. Este superior interesse não pode envolver o próprio processo penal. Os cidadãos não

⁶³ ANDRADE, Manuel da Costa – *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, págs. 836-837; ANDRADE, Manuel da Costa - *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006 (Reimpressão), págs. 243, 258, 259; ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre a reforma do código penal português: dos crimes contra as pessoas, em geral, e das gravações e fotografias ilícitas em particular*, in *Revista portuguesa de ciência criminal*, Lisboa, Abril-Dezembro 1993, págs. 464, 481-483

⁶⁴ ANDRADE, Manuel da Costa – *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, pág. 837

⁶⁵ 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, Estudos em homenagem ao professor Doutor Eduardo Correia*, Coimbra, n.esp.I (1984), págs. 611-612

⁶⁶ Este argumento da “*justa causa*” é muito provavelmente ainda o reflexo do art. 179.º do C.P. de 1982 que explicitamente consagrava no teor do preceito normativo este elemento típico. *Vide* nota 47.

⁶⁷ Ac. Tribunal da Relação de Évora, processo nº 2499/08.8TAPTM.E1, de 28/06/2011: “*Tem sido entendimento da Jurisprudência que não constitui crime a obtenção de imagens, mesmo sem consentimento do visado, sempre que exista justa causa para tal procedimento (como por ex. estado de necessidade, legítima defesa) ou quando enquadradas em lugares públicos, visem a realização de interesses públicos, ou hajam ocorrido publicamente.*”; Ac. Tribunal da Relação de Évora, processo nº 932/10.8PAOLH.E1, de 24/04/2012 “*A justa causa apenas poderá ser afastada pela inviolabilidade dos direitos humanos, designadamente, a inadmissibilidade de atentados intoleráveis à liberdade, dignidade e integridade moral das pessoas, como seja o direito ao respeito pela sua vida privada.*”

⁶⁸ Exemplos:

Art. 32.º - Legítima defesa

Constitui legítima defesa o facto praticado como meio necessário para repelir a agressão actual e ilícita de interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro. (sublinhado nosso)

Art. 34.º - Direito de necessidade

Não é ilícito o facto praticado como meio adequado para afastar um perigo actual que ameace interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro, quando se verificarem os seguintes requisitos:

- a) Não ter sido voluntariamente criada pelo agente a situação de perigo salvo tratando-se de proteger o interesse de terceiro;
- b) Haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado; e
- c) Ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado. (sublinhado nosso)

estão incumbidos de investigar, este é um papel que pertence aos órgãos de polícia criminal⁶⁹. Estes últimos é que têm efectivamente legitimidade para recolher gravações ou fotografias, nos termos do art. 167.º do C.P.P., ao contrário dos cidadãos “*comuns*”. Resumidamente, importa frisar que “*(...) o propósito de carrear provas para o processo penal não poderá, enquanto tal, excluir a ilicitude penal das gravações incriminadas segundo o art. 179.º do Código Penal [actual art. 199.º do C.P.].*”⁷⁰.

Em suma, o consentimento afasta a tipicidade dos crimes de gravações e fotografias ilícitas, presentes no art. 199.º do C.P., pelo facto da restrição dos direitos em causa ser permitida e não haver, em consequência, qualquer lesão. O art. 79.º n.º2 do C.C. apresenta outras causas de exclusão da tipicidade por força do princípio da unidade do sistema jurídico (art. 31.º n.º1 do C.P.), aplicáveis unicamente à incriminação de fotografias ilícitas pelo facto do preceito normativo se dirigir ao direito à imagem. A legítima defesa (art. 32.º do C.P.) e o direito de necessidade (art. 34.º do C.P.) são as principais causas de exclusão da ilicitude apresentadas pelo Código Penal. Estas são completadas por outras que foram sendo criadas pela doutrina assim como por algumas presentes no art. 79.º n.º2 do C.C. aplicáveis ao crime de fotografias ilícitas. Quanto às gravações e às fotografias obtidas por particulares apenas será afastada a ilicitude ao abrigo de uma justa causa e nunca com o argumento de carrear provas para o processo penal, sendo que não lhes é conferida legitimidade para tal.

As causas de exclusão do crime previsto e punível nos termos do art. 199.º do C.P. são, de facto, uma matéria complexa especialmente na aplicação prática.

4. O direito à palavra e o direito à imagem no âmbito do processo penal

4.1. Do conteúdo dos bens jurídicos protegidos pelo art. 167.º do C.P.P.

⁶⁹ Ac. Tribunal da Relação de Évora, processo n.º 2499/08.8TAPT.M.E1, de 28/06/2011: “*No que concerne aos particulares, os seus deveres de respeito pelos direitos pessoais consagrados constitucionalmente encontram-se concretizados na legislação ordinária, não decorrendo de nenhuma norma processual penal. Assim, e no que respeita às provas obtidas pelos particulares, e no âmbito da referida intromissão na vida privada, há que atender à tipificação dos ilícitos penais previstos no Código Penal, ilícitos estes que tutelam aquele direito fundamental.*”

⁷⁰ 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, Estudos em homenagem ao professor Doutor Eduardo Correia, Coimbra, n.º esp. I (1984), pág. 611

No seguimento da explicação dos direitos à imagem e à palavra à luz da Constituição da República Portuguesa e do Código Penal, seguem-se os seus enquadramentos no âmbito do processo penal.

A palavra e a imagem são tuteladas no âmbito da investigação criminal, nos termos do art. 167.º do Código de Processo Penal⁷¹ (C.P.P.). Estes bens jurídicos são garantidos pelo facto de não valer como prova toda a gravação e fotografia ilícitas, previstas e puníveis, nomeadamente, nos termos do art. 199.º do C.P. Percebe-se, neste momento, o quão relevante foi a insistência na máxima da “*unidade do sistema jurídico*” e o aprofundamento do conteúdo daquela norma do Direito Penal, sendo que o art. 167.º nº1 do C.P.P. lhe faz uma precisa remissão.

Para além da tutela da imagem e da palavra, esta norma processual protege também a reserva da intimidade da vida privada. O legislador refere-se às reproduções fotográficas e fonográficas, em termos gerais, remetendo a verificação da licitude para a lei penal. Em consequência, retira-se que o legislador não pretendeu distinguir os crimes de gravações e fotografias ilícitas (art. 199.º do C.P.) e de devassa da vida privada (art. 192.º do C.P.). Nestes termos, sustenta-se que as gravações e as fotografias consideradas ilícitas à luz da lei penal, apontadas pelo art. 167.º nº1 do C.P.P., têm de ser entendidas em sentido amplo, incluindo as que devessem a vida privada, nos termos do art. 192.º do C.P.⁷², para além daquelas, previstas no art. 199.º do C.P. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, contrastando com a nossa opinião, entende que a proibição de valoração da prova, prevista no art. 167.º do C.P.P., encontra a sua razão de ser na intromissão na vida privada, excluindo implicitamente a garantia dos próprios direitos à imagem e à palavra⁷³. Não nos parece ser este o melhor entendimento pelas razões expostas anteriormente, ou seja, considera-se que as reproduções fotográficas e fonográficas em causa podem ser ilícitas à luz da lei penal por integrarem o crime de devassa da vida privada (art. 192.º do C.P.) que tutela a reserva da intimidade na vida

⁷¹ **Artigo 167.º (Valor probatório das reproduções mecânicas)**

1 - 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 não forem ilícitas, nos termos da lei penal.

2 - Não se consideram, nomeadamente, ilícitas para os efeitos previstos no número anterior as reproduções mecânicas que obedecerem ao disposto no título iii deste livro.

⁷² Ac. do Tribunal da Relação de Évora, processo nº 2290/10.1TASTB-A.E1, de 13/11/2011: “Assim, o legislador processual penal faz depender a possibilidade de valoração das reproduções mecânicas como meios de prova do regime da tutela penal substantiva dos bens jurídicos comprometidos com aquelas reproduções, nomeadamente a imagem (no que aqui importa), mas também outros bens jurídico-penais que possam ser violados através de reproduções mecânicas, como sucede com a reserva da vida privada e familiar, entre outros.”

⁷³ **ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de** – *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, pág. 463

privada assim como o ilícito criminal de gravações e fotografias ilícitas que garante a imagem e a palavra (art. 199.º do C.P.). Sublinha-se ainda que a obtenção de um meio de prova por intromissão na vida privada constitui uma proibição de prova, ressalvados os casos previstos na lei (art. 126.º n.º3 do C.P.P.). O art. 167.º do C.P.P. é exemplo desta excepção.

No seguimento desta ideia, a jurisprudência germânica tem uma decisão importante que permite fazer uma contraposição com o nosso ordenamento jurídico⁷⁴. O Tribunal Constitucional Federal alemão definiu, na sentença de 31/01/1973, a autonomização do direito à palavra fundamentando-a expressamente através da teoria dos três graus⁷⁵. Esta teoria hierarquiza o bem jurídico da palavra em três patamares, diferindo no seu âmbito de protecção no processo penal. O primeiro corresponde à “*área nuclear inviolável*” do ser humano, a intimidade, que constitui inevitavelmente uma proibição de prova. A palavra, neste contexto, nunca pode ser violada face a outros direitos e interesses confrontados. Em segundo lugar, considera-se a esfera da vida privada, da privacidade *stricto sensu*. Neste caso, o direito à palavra pode ver-se limitado em confronto com outros valores ou interesses de acordo com o princípio da proporcionalidade. Por fim, no terceiro patamar, o direito à palavra perde todo o seu carácter privado, convertendo-se numa extremada área de publicidade, podendo ser comprimido quando entendido como extensa e periférica zona da interacção social, sendo apenas o conteúdo objectivo relevante.

Em suma, o art. 167.º do C.P.P. tutela a imagem e a palavra, assim como a reserva da intimidade da vida privada pelo facto de não poderem ser valoradas reproduções fotográficas e fonográficas ilícitas, nos termos da lei penal, ou seja, que envolvam crimes de gravações e fotografias ilícitas (art. 199.º do C.P.), assim como de devassa da vida privada (art. 192.º do C.P.).

4.2. Da explicação do preceito normativo

⁷⁴ ANDRADE, Manuel da Costa – *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, págs. 729-731

⁷⁵ ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre a reforma do código penal português: dos crimes contra as pessoas, em geral, e das gravações e fotografias ilícitas em particular*, in *Revista portuguesa de ciência criminal*, Lisboa, Abril-Dezembro 1993, pág. 468, “*Só que o faz no contexto da chamada teoria dos três graus, acabando por reservar à palavra uma dignidade, hierarquia e regime variáveis em função da inserção na topografia dos três graus. Isto é, em função da sua valência do ponto de vista da coordenada que vai da intimidade à publicidade.*”

Após esta breve exposição do conteúdo dos bens jurídicos tutelados pelo art. 167.º do C.P.P., segue-se a sua análise mais aprofundada.

Este preceito normativo consagra uma proibição de valoração da prova, no nº1, sendo que não valem como prova as reproduções fotográficas e fonográficas que sejam ilícitas, nomeadamente, nos termos dos arts. 192.º e 199.º do C.P., ou seja, “(...) só podem ser usadas em processo penal, como meio de prova, se na sua obtenção não tiver sido violada qualquer disposição da lei penal substantiva (...).”⁷⁶. Dar-se-á especial ênfase ao crime de gravações e fotografias ilícitas por tutelar a imagem e a palavra, tema central deste trabalho.

No seguimento desta ideia, as gravações e as fotografias obtidas sem o consentimento do visado e sem justificação bastante ao abrigo de uma causa de exclusão não poderão ser valoradas, nos termos do nº1 do art. 167.º do C.P.P., por serem ilícitas. Consequentemente, a prova não poderá ser utilizada para efeitos de julgamento da decisão final. Caso seja valorada, o vício subjacente é o da mera irregularidade, nos termos dos arts. 118.º nº1 e 2 e 123.º do C.P.P. Nestes termos, a junção da prova assim como a própria descoberta da verdade material vê-se prejudicada pelo facto da reprodução fotográfica ou fonográfica constituir crime, nos termos do art. 199.º do C.P. Neste sentido, “(...) pese embora a busca da verdade material constitua um indiscutível dever ético e jurídico, certo é que tal desiderato não pode lograr alcançar-se por todos os meios.”⁷⁷. Completando esta afirmação, HUGO ALEXANDRE DE MATOS TAVARES sublinha que “Em processo penal, não se aceita a valoração de prova consubstanciada em fotografias ou gravações não consentidas pelo portador do direito, mesmo à luz de um estado de necessidade investigatório.”⁷⁸. É a lei processual penal, nos termos do art. 167.º do C.P.P. que delimita em que termos é admissível a valoração das reproduções fotográficas e fonográficas, precisamente para evitar abusos e violações injustificadas dos direitos fundamentais em causa. Neste sentido, “(...) o interesse do Estado na condenação do

⁷⁶ GONÇALVES, Manuel Lopes Maia – *Código de Processo Penal: Anotado, Legislação Complementar*, 14.ª edição, Coimbra, Almedina, 2004, pág. 382

⁷⁷ Ac. Tribunal da Relação de Coimbra, processo nº 401/04.STAPBL.C1, de 01/07/2009

⁷⁸ TAVARES, Hugo Alexandre de Matos – *A tutela penal do direito à imagem: entre a subsidiariedade do direito penal e a unidade do sistema jurídico no problema da construção da área de tutela típica*, in *Direito Penal hoje: novos desafios e novas respostas* / organizadores: Manuel da Costa Andrade e Rita Castanheira Neves, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pág. 218

culpado não pode nunca prevalecer sobre a protecção do direito de personalidade.”⁷⁹. Nas palavras de MANUEL DA COSTA ANDRADE tudo se torna mais claro, quando frisa que “(...) o mero propósito de juntar, salvaguardar e carrear provas para o processo penal não justifica o sacrifício do direito à imagem em que invariavelmente se transformam a produção ou utilização não consentida destas reproduções mecânicas. Na verdade, só se poderá justificar a sua produção ou ulterior valoração processual contra a vontade de quem de direito, quando forem indispensáveis como meios necessários e idóneos à protecção de superiores interesses, transcendentais ao processo penal. Só neste contexto e com esta específica direcção preventiva pode emergir um relevante estado-de-necessidade probatório.”⁸⁰.

O n.º 1 do art. 167.º do C.P.P. impõe, de facto, que apenas e só sejam valoradas no processo penal fotografias ou gravações que sejam lícitas por mais que possa dificultar a descoberta da verdade material⁸¹, sendo que estão em causa os direitos fundamentais à imagem e à palavra assim como à reserva da intimidade da vida privada (art. 26.º n.º 1 da C.R.P.). Neste sentido, “(...) o CPP/87, como nenhum outro, não se propõe a busca da verdade absoluta e por isso não admite que a verdade possa ser procurada, usando de quaisquer meios, mas tão-só através de meios justos, ou seja, de meios legalmente admissíveis. A verdade não pode ser investigada a qualquer preço, mormente quando esse “preço” é o sacrifício de direitos fundamentais da pessoa.”⁸². O Direito Processual Penal é Direito Constitucional aplicado, por isso o Ministério Público e os órgãos de

⁷⁹ SCHIMITT, JUS 1967, p. 25 *apud* Manuel da Costa Andrade - *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006 (Reimpressão), pág.39 *apud* GARCIA, Erli Henrique – *Registro de voz e imagem*, Projecto de pesquisa orientado pelo Prof. José M. Damião da Cunha, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2006, pág. 27

⁸⁰ ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, 1992, pág. 238-239 *apud* VELOSO, Margarida – *Videovigilância, informação e utilização de imagens como meio de prova: Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 30/10/2008, processo n.º 8324/2008-9*, in *Justiça e sociedade / coordenadores: Rui Rangel e José Eduardo Sapateiro*, AJPC, Coimbra, Almedina, 2009, pág. 413

⁸¹ Ac. Tribunal da Relação de Guimarães, processo n.º 1680/03-2, de 29/03/2004: “Em anotação a este número, escrevem J. Gomes Canotilho e Vital Moreira *Constituição da República Portuguesa Anotada – 3ª Ed.*, pág.206., “Os interesses do processo criminal encontram limites na dignidade humana (art.º1º) e nos princípios fundamentais do Estado de direito democrático (art.º2º), não podendo portanto valer-se de actos que ofendam direitos fundamentais básicos.”; Ac. Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 83/2006-3, de 03/05/2006: “Na verdade, o direito processual penal num Estado de direito democrático, como o nosso – cfr. art.ºs 1º e 2º da CRP – não se compadece com a realização da justiça e a descoberta da verdade material, a qualquer custo, pois estes fins para serem atingidos, como deve ser, têm de o ser através do respeito e a garantia dos direitos fundamentais da pessoa, com vista a alcançar a almejada paz jurídica. Neste sentido, Prof. Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, págs. 20 e ss.). Ou como vem citado pelo Prof. Germano Marques da Silva (*idem*, pág. 97): “A verdade processual não é absoluta ou ontológica, mas uma «verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo o preço mas processualmente válida»”. Em suma, como estes mestres defendem, vigora aqui o princípio da lealdade, como princípio de “natureza essencialmente moral” (Prof. Marques da Silva, *idem*, *ibidem*), o qual deve revelar “uma maneira de ser da investigação e obtenção das provas em conformidade com o respeito dos direitos da pessoa e a dignidade da justiça”. Trata-se, pois, de um princípio do processo penal ao qual os operadores judiciais estão obrigados, respeitando assim os valores próprios da dignidade da pessoa humana, da sua integridade pessoal, física e/ou moral – cfr. art.ºs 25º, 26º e 32º da CRP.”

⁸² DA SILVA, Germano Marques - *Curso de Processo Penal*, vol. II, 4ª edição, Editorial Verbo, 2008, pág. 138

polícia criminal encontram-se sujeitos ao respeito da lei penal e, em consequência, dos direitos fundamentais.

Esta questão não é tão linear. O nº1 do art. 167.º do C.P.P. põe em causa a descoberta da verdade assim como os direitos da comunidade e, muitas vezes, da dignidade humana do assistente, em prol dos direitos à imagem e à palavra do arguido e de terceiros, que não podem ser menosprezados face àqueles. É imprescindível ainda assim encontrar um justo equilíbrio “*entre a necessidade de defesa da sociedade, que a máxima eficácia do processo visa assegurar, e a protecção dos direitos do arguido e de terceiros que limita essa mesma eficácia.*”⁸³. A harmonização constante destes bens jurídicos com outros, aqui com os fins do processo penal e o direito à dignidade humana dos ofendidos (art. 1.º da C.R.P.), leva a que o nº2 do art. 167.º do C.P.P. estabeleça uma excepção à regra do nº1, determinando uma restrição aos direitos à imagem e à palavra em virtude do interesse público do Estado na perseguição da actividade criminosa que tem subjacente os direitos das vítimas e da comunidade em geral.

No estudo dos direitos à imagem e à palavra, à luz da Lei Fundamental, verificou-se que, apesar de estarem consagrados como fundamentais com a qualidade de direitos, liberdades e garantias, podem sofrer restrições, tal como está estabelecido pelo art. 18.º da C.R.P. O processo penal é um destes casos em que é admissível limitar os direitos à imagem e à palavra, não de uma forma arbitrária, mas sim de acordo com a lei e com princípios expressos no nosso ordenamento jurídico. Neste caso, ter-se-á em conta a norma em análise.

Neste sentido, o nº2 do art. 167.º abre uma excepção à proibição de valoração da prova do nº1 deste mesmo artigo. As reproduções fotográficas e fonográficas não se consideram ilícitas, podendo ser valoradas no âmbito do processo penal, sempre que obedecerem ao disposto no título III do livro III do C.P.P. (parte relativa aos meios de obtenção da prova). Para além desta ressalva, o facto de o legislador empregar a palavra “*nomeadamente*” no corpo da lei do art. 167.º nº2 do C.P.P. permite ao intérprete perceber que o disposto no título III do livro III não é o único que considera lícitas as reproduções fotográficas e fonográficas para efeitos de valoração da prova. A fonte para tal admissão é sempre a lei para assim garantir um maior rigor e uma minimização de subjectivismo. Para além que o art. 18.º da C.R.P. delimita em que termos é que pode

⁸³ GARCIA, Erli Henrique – *Registro de voz e imagem*, Projecto de pesquisa orientado pelo Prof. José M. Damião da Cunha, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2006, págs. 9-10

um direito fundamental ser restringido. A lei constitui o único meio concebível para proceder a tal limitação. Por isso, existem determinadas leis avulsas que expressamente admitem a restrição dos direitos à imagem e à palavra, para além do Código de Processo Penal.

Neste sentido, as gravações ou as fotografias obtidas sem o consentimento do arguido constituem um ilícito criminal, mas em determinadas circunstâncias, esses meios de prova são imprescindíveis para a investigação⁸⁴. Daí o C.P.P. e, nomeadamente, o art. 6.º da Lei 5/2002 ou a Lei 1/2005 terem criado formas de admissão da prova, ainda que a reprodução fotográfica ou fonográfica possa integrar a prática de um crime, nos termos do art. 199.º do C.P. A verdade é que existem determinados ilícitos criminais que implicam uma maior complexidade de investigação, sendo necessário recorrer a meios “*menos legítimos*”, mas permitidos por lei, sob pena de jamais se conseguir desvendá-los ou muito dificilmente. É um facto que a tecnologia e o avanço das formas de criminalidade evoluíram, permitindo uma melhor ocultação do ilícito. Deste modo, os meios de investigação têm de ser também reforçados e sofisticados para os combater, dentro dos limites da lei. É uma pura inevitabilidade, da qual a jurisprudência e a doutrina maioritária propendem, considerando-as como hipóteses “*extremadas de interesse punitivo qualificado, nomeadamente no contexto da resposta à criminalidade mais grave.*”⁸⁵.

Em suma, o art. 167.º do C.P.P. estipula o valor probatório das reproduções mecânicas, incluindo as reproduções fotográficas e fonográficas relevantes para este trabalho. Neste sentido, só valem como prova dos factos ou das coisas as gravações e as fotografias lícitas, à luz da lei penal, nos termos dos arts. 192.º e 199.º do C.P. A *contrario sensu*, as reproduções fotográficas e fonográficas que integrem estes crimes não podem ser utilizadas como meio de prova. Existe, num primeiro momento, uma proibição de valoração da prova no sentido de garantir os direitos à imagem e à palavra, assim como em certos casos, o direito à reserva da intimidade da vida privada em detrimento da descoberta da verdade tendo subjacente a dignidade humana das vítimas e da comunidade em geral. No intuito de proporcionar um maior equilíbrio entre estes

⁸⁴ MONTE, Mário Ferreira – *O registo de voz e de imagem no âmbito do combate à criminalidade organizada e económico-financeira: Lei 5/2002 de 11 Janeiro*, in *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pág. 94

⁸⁵ ANDRADE, Manuel da Costa - *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006 (Reimpressão), pág. 240

bens jurídicos constitucionalmente garantidos, o nº2 do art. 167.º do C.P.P. abre uma excepção. Não se consideram ilícitas as reproduções mecânicas, em sentido geral, sempre que obedecerem, nomeadamente, ao disposto no título III do livro III do C.P.P. É possível restringir os direitos fundamentais em causa para efeitos de investigação (art. 167.º nº2 do C.P.P. e art. 18.º da C.R.P.), sendo que se assim não fosse, seria quase impossível ou muito difícil desvendar-se determinados crimes pela sua complexidade. Para além desta ressalva, existem outras leis avulsas que admitem expressamente a restrição dos direitos à imagem e à palavra assim como à reserva da intimidade da vida privada, como sejam o art. 6.º da Lei 5/2002 ou a Lei 1/2005.

O art. 167.º nº1 do C.P.P. é o reflexo do art. 26.º nº1 da C.R.P. e dos arts. 192.º e 199.º do C.P. pelo facto de tutelar os bens jurídicos da imagem e da palavra, assim como da reserva da intimidade da vida privada. O art. 167.º nº2 do C.P.P. permite garantir o direito à dignidade humana das vítimas e da comunidade em geral assim como a descoberta da verdade pela restrição daqueles direitos.

Está, assim, exposta a matéria teórica sobre o tema dos direitos à imagem e à palavra no âmbito do processo penal. Segue a segunda parte deste trabalho que comporta uma vertente teórico-prática que implica o pleno domínio dos três ramos jurídicos analisados.

5. Da apresentação e resolução de casos jurisprudenciais

Após um enquadramento teórico dos direitos à imagem e à palavra à luz da Lei Fundamental, penal e processual penal, irão analisar-se e discutir-se, de seguida, dois casos jurisprudenciais numa vertente teórico-prática. Melhor do que ter conhecimentos teóricos é conseguir aplicá-los na vida prática e sendo este tema de extrema complexidade e sensibilidade fazia sentido demonstrar o quão difícil se torna decidir nestes casos. Por um lado, estão em causa a tutela de direitos fundamentais, a imagem e a palavra, e por vezes a intimidade da vida privada, e por outro, a prossecução da actividade investigatória que também visa acautelar bens jurídicos constitucionalmente garantidos como seja a dignidade humana das vítimas (art. 1.º da C.R.P.). A lei estabelece o equilíbrio entres estes bens jurídicos. Neste sentido, cabe ao julgador conciliar a lei constitucional, penal e processual penal para o encontrar. Nem sempre é

tarefa fácil, mas é determinante a solução. O facto de valorar ou não determinados meios de prova tem repercussão na decisão final e, em consequência, na liberdade ou não do arguido. Desta pequena explicação resulta a máxima importância deste tema.

5.1. Do direito à imagem – fotografias e filmes

a) Do enquadramento do caso jurisprudencial⁸⁶

O recurso em causa para o Tribunal da Relação de Évora deu-se por iniciativa do Ministério Público (MP) por ter requerido junto do Juiz de Instrução Criminal (JIC), no âmbito da investigação de um crime de abuso sexual de menor dependente (art. 172.º n.º1 e 2 do C.P.), a emissão de mandados de busca com o fim de apreender DVDs assim como fotografias de cariz sexual entre os suspeitos e as crianças ofendidas. Para além deste pedido, solicitou ainda a visualização do conteúdo, nomeadamente de fotografias, de dois telemóveis e dos seus respectivos cartões já apreendidos.

O JIC indeferiu estes pedidos com base nos seguintes fundamentos. Em primeiro lugar, de acordo com o que foi referido pela ofendida T, as filmagens foram realizadas sem o consentimento das vítimas, e mais, contra as suas vontades, integrando, em consequência, um crime, nos termos do art. 199.º n.º2 al. a) do C.P., ou até do art. 192.º n.º1 al. b) do mesmo diploma, pelo facto de consistir em devassa da vida privada. Deste modo, a utilização das gravações sem o consentimento das vítimas, no âmbito do processo penal, constituiria também um crime, previsto e punível pelo art. 199.º n.º2 al. b) do C.P. No seguimento desta ideia, *“Como se sabe, ressalvados os casos previstos na lei, são nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada (artigo 124.º, número 3, do Código de Processo Penal) [deve ter sido um lapso, melhor referindo-se ao art. 126.º n.º3 do C.P.P.]”*⁸⁷. Para além que o art. 167.º n.º1 do C.P.P. estabelece que só valem para efeitos probatórios, as gravações que não constituam um ilícito criminal, à luz da lei penal. Neste sentido, ao serem divulgados os filmes, no âmbito do processo penal, sem o consentimento das vítimas afectadas e sem estar ao abrigo de uma causa de exclusão da ilicitude, a produção deste

⁸⁶ Ac. Tribunal da Relação de Évora, processo n.º 2290/10.1TASTB-A.E1, de 13/11/2011

⁸⁷ Supra Cit.

meio de prova constituiria um crime, nos termos do art. 199.º n.º2 al. b) do C.P., não sendo por isso possível a sua valoração. Existe, em consequência, um conflito entre direitos constitucionalmente garantidos, sendo que, por um lado, há a necessidade de perseguição criminal e por outro, a protecção da esfera da intimidade privada e até da própria dignidade humana. Com base no entendimento de MANUEL DA COSTA ANDRADE⁸⁸, o JIC argumenta que não é possível proceder à ponderação de interesses no caso em concreto pelo facto de estar em causa a privacidade dos ofendidos, área inviolável, ainda que para efeitos de investigação criminal. É, nestes termos, que o JIC conclui pela inadmissibilidade da apreensão, assim como da visualização das gravações de cariz sexual por considerar que a junção destes elementos de prova ao processo sem o consentimento dos visados consubstancia um ilícito criminal assim como uma proibição de prova, nos termos dos arts. 126.º n.º3, 167.º n.º1 ambos do C.P.P. e do art. 194.º n.º2 C.P. Relativamente à visualização das fotografias constantes dos telemóveis, o JIC limita-se a remeter para a resposta dada anteriormente, ou seja, de indeferimento do pedido do MP nesta parte com base nos mesmos argumentos expostos para a apreensão e visualização das filmagens.

O MP, inconformado com tal decisão, recorreu deste despacho, argumentando essencialmente que as gravações são instrumento do crime pelo que não podem manter-se na posse e no uso do seu autor. Para além que as imagens que se encontram nos telemóveis não constituam um crime de fotografia ilícita nem de devassa da vida privada, mas integram a prática de um crime de pornografia infantil (art. 176.º do C.P.). O MP argumenta ainda que efectivamente não foi consentida a junção destes objectos ao processo, pelo simples facto das crianças não estarem ainda identificadas, e mais, se estes elementos de prova não forem juntos aos autos, impede-se a punição do crime que está a ser investigado. Por fim, considera que o despacho recorrido viola os arts. 125.º, 126.º, 178.º n.º1 e 187.º n.º1 al. a) todos do C.P.P.

A questão fulcral deste recurso é a de saber se podem efectivamente ser juntas ao processo as filmagens e as fotografias realizadas pelos suspeitos onde mantêm relações sexuais com as crianças ofendidas ou se os direitos à imagem e à reserva da intimidade da vida privada assim como à dignidade da pessoa humana impedem tal utilização no âmbito do processo penal.

⁸⁸ Manuel da Costa Andrade - *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006 (Reimpressão), pág. 266

Numa primeira análise, o Tribunal da Relação de Évora começa por explicar de uma forma breve o art. 167.º do C.P.P. e a sua interligação com a lei penal substantiva, em especial com os arts. 192.º e 199.º do C.P. Neste seguimento, os magistrados expõem a sua posição quanto há existência ou não de violação de direitos fundamentais dos suspeitos e/ou das vítimas, caso as fotografias e os DVDs fossem apreendidos e valorados como meios de prova. Num primeiro momento, a realização dos filmes e das fotografias não integram a prática dos crimes de fotografias ilícitas (art. 199.º do C.P.) e de devassa da vida privada (art. 192.º do C.P.) pelo facto de terem sido feitos pelos próprios suspeitos, autolimitando o conteúdo dos seus direitos à imagem e à reserva da intimidade da vida privada. Quanto à utilização destes elementos probatórios no processo penal, este Tribunal entende que não devem ser protegidos estes direitos dos suspeitos, para efeitos de investigação criminal, pelo facto dos filmes e das fotografias constituírem crimes de fotografias ilícitas (art. 199.º n.º2 do C.P.), assim como de abuso sexual de menores (art. 171.º do C.P.). No seguimento desta ideia, entendem os magistrados que, neste caso, não devem ser garantidos os bens jurídicos dos suspeitos em prol dos direitos gravemente lesados dos menores ofendidos.

Num segundo momento, releva saber se ao serem apreendidas e visualizadas as fotografias e as filmagens se são utilizadas contra a vontade das pessoas representadas, neste caso os menores ofendidos. O Tribunal da Relação de Évora considera que, no caso dos menores de 16 anos, como acontece nesta situação, a utilização das fotografias e das gravações nem sequer pode ser configurável como contrária às suas vontades, mas sim em nome dos seus interesses. No que toca aos crimes de abuso sexual de menores e de pornografia infantil, o legislador acolheu a ideia de prevalência do interesse na perseguição penal face aos interesses e direitos individuais dos menores, como seja o direito à reserva da intimidade da vida privada. Neste sentido, “*As exigências que o processo encerra (v.g. inquirições e exames que contendem com o cerne mais secreto e profundo da intimidade de cada um), os esforços que a vítima tem de implementar para a prossecução da investigação, constituem fontes de stress tão intensas, ou mais, que os factos que lhe deram origem.*”⁸⁹. Deste modo, de acordo com a opção legislativa de promoção oficiosa do processo penal, estas fotografias e estas gravações não poderiam ser provas absolutamente proibidas pelo facto de afectarem a intimidade ou a imagem

⁸⁹ CORREIA, João Conde - *O papel do MP no crime de abuso sexual de menores*, in Julgar, ed. ASJP, n.º 12, especial – 2010, p. 164 *apud* Ac. Tribunal da Relação de Évora, processo n.º 2290/10.1TASTB-A.E1, de 13/11/2011

do menor, tendo em conta os crimes em causa. Por outro lado, todos os actos processuais envolvendo a esfera da intimidade privada do menor têm medidas que tendem a diminuir o efeito lesivo daquela utilização (exemplos: arts. 87.º n.º3, 88.º n.º2 al. c) e 321.º n.º2 do C.P.P.). Para além que a utilização das fotografias e das gravações pode ser o meio menos lesivo por contraposição a alguns actos no processo que possam envolver uma maior participação do menor ofendido e, em consequência, lesar de forma mais grave os seus direitos.

Por fim, o recurso é considerado procedente pelo Tribunal da Relação de Évora, por toda a argumentação apresentada ir no sentido da aceitação destes meios de prova, podendo ainda a sua utilização enquadrar-se nas causas de justificação do art. 31.º do C.P., nomeadamente nas alíneas b) e c) do n.º2.

Está, assim, exposta a situação em causa.

b) Da análise crítica

Este acórdão é, no nosso entender, de grande utilidade prática pela sua argumentação, permitindo uma análise crítica de grande interesse por incluir várias temáticas abordadas na parte teórica deste trabalho acerca dos direitos à imagem e à reserva da intimidade da vida privada.

A problemática é a seguinte. O JIC entende que não podem ser apreendidos os filmes e as fotografias por constituírem uma prova proibida, nos termos dos arts. 126.º n.º3, 167.º n.º1 ambos do C.P.P. e do art. 194.º n.º2 C.P. Neste sentido, a intimidade dos menores não pode ser exposta ainda que no âmbito da investigação criminal. O Tribunal da Relação de Évora conclui em sentido inverso considerando que não existe uma proibição de prova, nem a prática dos crimes de fotografias ilícitas (art. 199.º C.P.) e de devassa da vida privada (art. 192.º C.P.) por parte dos órgãos de polícia criminal. Nestes termos, a descoberta da verdade material prevalece pelo facto de não existir qualquer violação de direitos fundamentais; nem dos suspeitos nem das vítimas. *Quid juris?*

Em primeiro lugar, inicia-se necessariamente pela aplicação do art. 167.º n.º1 do C.P.P. que estabelece o valor probatório das reproduções mecânicas, em termos gerais. Neste sentido, a utilização de reproduções fotográficas e cinematográficas que sejam ilícitas, não podem ser valoradas no âmbito do processo penal, obrigando assim uma

prévia análise da licitude das filmagens e das fotografias que pretendem ser apreendidas e juntas ao processo.

A problemática relevante para o nosso trabalho acerca do crime de fotografias ilícitas surge à margem da conduta dos suspeitos, integrando a própria actividade investigatória dos órgãos de polícia criminal, ou seja, quanto à possível responsabilização destes últimos, caso utilizem aquelas reproduções fotográficas e cinematográficas contra a vontade dos intervenientes. Neste sentido, as fotografias e os filmes, ainda que possam ter sido obtidos licitamente, não podem ser utilizados contra a vontade dos visados, constituindo um crime, nos termos do art. 199.º n.º2 al. b) do C.P. Não partilhamos a opinião desta conduta integrar a incriminação de devassa da vida privada, nos termos do art. 192.º n.º1 al. b) do C.P., pelo facto de não estarem verificados os elementos objectivos deste tipo.

Num segundo momento, terá de ser analisado se a utilização das fotografias e das filmagens pelos órgãos de polícia criminal constitui efectivamente um crime, nos termos do art. 199.º n.º2 al. b) do C.P. por ser uma conduta típica, ilícita, culposa e punível.

A tipicidade é o ponto de partida. A questão controversa é a de saber se a acção em causa é praticada contra a vontade dos suspeitos e das vítimas.

No que toca aos suspeitos, a realização das filmagens e das fotografias não afecta os seus direitos à reserva da intimidade da vida privada e da imagem pelo facto de terem sido os próprios a renunciar a estes direitos ao captar os seus momentos. Relativamente à utilização destas captações de imagem a questão é mais complexa. Considera-se que pelo facto das filmagens e das fotografias constituírem a materialidade de um crime de pornografia de menores (art. 176.º n.º1 al. b) do C.P.) não faria sentido proteger os direitos fundamentais à imagem e à reserva da intimidade da vida privada dos suspeitos.

Quanto às vítimas, não nos parece ser razoável assumir que estas reproduções cinematográficas e fotográficas são utilizadas contra as suas vontades (bastando a contrariedade presumida), ainda que as suas identidades sejam desconhecidas. A apreensão e a junção ao processo destes meios de prova são realizadas nos seus interesses. Neste sentido, a investigação é toda ela baseada na descoberta da verdade das agressões de cariz sexual destes menores de idade, que viram os seus direitos à

liberdade de autodeterminação sexual, à reserva da intimidade da vida privada e à imagem violados.

Por se sustentar que a utilização das filmagens e das fotografias não pode ser considerada contrária à vontade dos suspeitos nem das vítimas, conclui-se que a acção em questão não é típica. Em consequência, se não existe crime, nos termos do art. 199.º n.º2 al. b) do C.P., não existe ilicitude da conduta dos órgãos de polícia criminal. É, deste modo, admissível a apreensão destas provas resultante de uma busca domiciliária pelo facto dos DVDs e das fotografias constituírem produto do crime, nos termos dos arts. 174.º n.º2 e n.º3, 177.º n.º1 e 178.º n.º1 do C.P.P. A autorização do juiz deve ser sempre fundamentada em despacho atendendo à necessidade e adequação das medidas investigatórias em causa. Tratando-se da análise de um acórdão, desconhece-se o conjunto do processo e por esta razão não nos é possível proceder a esta ponderação. Em consequência, presume-se que o despacho seria em sentido positivo. Estes meios de prova poderão também ser valorados, sendo que a utilização das reproduções cinematográficas e fotográficas não constitui um crime; não é ilícita (art. 167.º n.º1 do C.P.P.).

No seguimento deste desenvolvimento, cabe ainda referir que o art. 126.º n.º3 do C.P.P. proíbe a prova que seja obtida mediante intromissão na vida privada, ressalvando os casos previstos na lei que admitem o contrário. Este artigo não seria aplicável neste caso. A razão de ser desta norma é salvaguardar o direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada (arts. 26.º n.º1 e 32.º n.º8 da C.R.P.) em detrimento da descoberta da verdade. Acontece que o art. 167.º n.º1 do C.P.P. também garante este direito pelo facto de não admitir reproduções cinematográficas e fotográficas ilícitas, remetendo para a lei penal, especialmente para os arts. 192.º e 199.º do C.P. Esta análise já foi previamente realizada por nós, determinando não haver ilicitude na conduta em causa, e em consequência, não haver violação dos direitos à imagem e à reserva da intimidade da vida privada. Se estes direitos não são lesados à luz do art. 167.º do C.P.P. e da lei penal, também não o serão de acordo com o art. 126.º n.º3 do C.P.P. O art. 167.º do C.P.P. é parte integrante da ressalva do art. 126.º n.º3 do C.P.P. Neste sentido, pelo facto das reproduções fotográficas e cinematográficas não constituírem uma proibição de prova (art. 126.º n.º3 do C.P.P.), nem uma proibição de valoração da prova (art. 167.º

nº1 do C.P.P.), conclui-se pela admissibilidade da junção destes meios de prova ao processo e consequente valoração para efeitos decisórios.

Relativamente às fotografias que constam dos telemóveis apreendidos, a questão seria resolvida seguindo os mesmos passos. Pelo facto de desconhecermos de que modo foram apreendidos estes objectos, optamos por não nos pronunciarmos sobre esta parte.

Apesar da junção e valoração destes meios de prova ser admissível, toda a investigação será inevitavelmente sensível por se tratar da esfera íntima de um menor e em virtude de tal facto terá de ser acautelada a mínima lesão ao direito da reserva da intimidade privada dos ofendidos, tal como argumenta o Tribunal da Relação de Évora. Neste caso, teriam também de ser tomadas medidas adequadas no sentido de minorar a lesão proporcionada pela apreensão e pela visualização do conteúdo das filmagens e das fotografias, sublinhando ainda que todos os elementos de prova recolhidos para estes crimes serão de execução, recolha e exibição delicada.

A apreensão das filmagens e das fotografias, no nosso entender, teria de sempre ter lugar pelo facto de constituírem produto do crime, nos termos do art. 178.º nº1 do C.P.P. e do art. 176.º nº1 al. b) do C.P. O problema estaria na valoração destes meios de prova (art. 167.º do C.P.P.), caso se considerasse que estaríamos perante uma conduta ilícita, de acordo com o art. 199.º nº2 al. b) do C.P. Não é o caso deste acórdão, como já foi referido, mas lança-se uma sub-hipótese no sentido de proceder a um maior aprofundamento prático da temática em questão.

Perante uma situação destas, recorrer-se-ia ao nº2 do art. 167.º do C.P.P. que abre uma excepção à regra da proibição de valoração do nº1 do mesmo artigo. Não seria ilícita a utilização das fotografias ou das filmagens se obedecerem, nomeadamente, ao título III do livro III do Código de Processo Penal. Este artigo é o reflexo de exigências de justiça que fundamentam expressamente a exclusão da ilicitude do crime de fotografias ilícitas (art. 199.º nº2 al. b) do C.P. e art. 79.º nº2 do C.C.). A descoberta da verdade não pode ser proporcionada a todo o custo, violando direitos fundamentais (neste caso, arts. 26.º nº1 e 32.º nº8 da C.R.P.), daí ter de obedecer a critérios estritos e expressos na lei, fechando a porta à discricionariedade.

Quanto às fotografias e aos DVDs de cariz sexual envolvendo os suspeitos e as vítimas que se encontrariam ainda na posse daqueles, seria possível, na nossa opinião, apreendê-los, nos termos do art. 178.º nº1 do C.P.P. Estas reproduções fotográficas e

cinematográficas constituem o produto do crime de pornografia de menores (art. 176.º n.º1 al. b) do C.P.) envolvendo a prática de abuso sexual de menores dependentes (art. 172.º do C.P.) que está a ser investigado. Deste modo, jamais poderiam ficar na mão dos suspeitos. A apreensão teria de ser autorizada, quando requerida pelo MP (art. 178.º n.º3 do C.P.P.). Pode acontecer que em determinadas circunstâncias haja perigo na demora ou urgência. Neste caso, o objecto pode ser apreendido pelo órgão de polícia criminal, carecendo de posterior validação da autoridade judiciária, ou seja, do JIC (art. 178.º n.º 4 e 5 do C.P.P.). O mesmo acontece quanto às buscas domiciliárias (art. 177.º do C.P.P.). Podem ser realizadas com mandado (n.º 1 e 2) ou sem mandado com validação posterior (n.º3). Neste sentido, parece-nos que deveria ser autorizada a busca na casa dos suspeitos (arts. 174.º n.º2 e 177.º n.º1 todos do C.P.P.), assim como a apreensão das filmagens e das fotografias, nos termos do art. 178.º n.º1 do C.P.P.). Uma vez mais, se ressalva que face ao nosso desconhecimento do processo é nos impossível fazer a ponderação da necessidade e adequação do meio de obtenção feita pelo juiz no momento da elaboração do despacho. Deste modo, presume-se que este seria positivo. A prova não poderá, contudo, ser valorada pelo facto das reproduções fotográficas e cinematográficas serem ilícitas nos termos da lei penal (art. 199.º n.º2 al. b) do C.P.P.) de acordo com o estabelecido pelo art. 167.º n.º1 do C.P.P. Para além que o n.º2 do mesmo artigo não é aplicável a esta situação pelo facto das fotografias e as filmagens não terem sido obtidas nos termos do título III do livro III do C.P.P.⁹⁰. O que não deixa de suscitar algum desconforto pelo facto da investigação criminal incidir sobre um crime de natureza pública (arts. 172.º e 178.º do C.P.), que não depende de queixa, mas carece da não contrariedade dos intervenientes, especialmente dos ofendidos, para utilizar reproduções fotográficas e cinematográficas no âmbito do processo penal.

Em suma, face a um caso semelhante ao do acórdão apresentado, e desconsiderando a sub-hipótese lançada, autorizaríamos a busca à casa dos suspeitos no sentido de apreender as filmagens e as fotografias, assim como as juntaríamos ao processo em causa, no sentido de serem valoradas para efeitos decisórios (arts. 174.º n.º2 e 3, 177.º n.º1, 178.º n.º1 e 167.º n.º1 todos do C.P.P.).

⁹⁰ Ac. do Tribunal da Relação do Porto, processo n.º 614/07-1, de 20/09/2007 *apud* GARRETT, Francisco de Almeida - *Inquérito criminal e prova em julgamento: reflexões*, Porto, Fronteira do Caos, 2008, págs. 106-109

5.2. Do direito à palavra – gravações

a) Do enquadramento do caso jurisprudencial⁹¹

O recurso em causa para o Tribunal da Relação de Lisboa deu-se por iniciativa do assistente “B”, inconformado com a decisão da 1.^a Instância que absolveu o arguido “A”, sustentando a verificação de todos os elementos típicos do ilícito criminal previsto no art. 199.º n.º1 alíneas a) e b) do C.P., devendo, em consequência, ser proferida sentença condenatória.

Em termos sintéticos, o caso é o seguinte, de acordo com a matéria de facto provada. No dia 18 de Janeiro de 2006, o arguido “A”, advogado, recebeu um telefonema no seu escritório de um determinado indivíduo, o assistente “B”. Este último, ao identificar-se, referiu alguns elementos que permitiram ao arguido perceber quem ele era, recordando-se que mantinha um litígio com o seu irmão, vereador, por causa de uma permuta de terrenos. No seguimento da conversa, o assistente explicou-lhe que o motivo do seu contacto era o de marcar um encontro com ele, fora do escritório, e por motivos não profissionais. O arguido, de imediato, compreendeu que o seu objectivo, se reflectia num acto de corrupção que visava o seu irmão, por seu intermédio. Ele ainda assim aceitou ir ao seu encontro. No dia 22 de Janeiro de 2006, o arguido deslocou-se ao Hotel onde tinham combinado conversar, mas no intuito de precaver o seu bom nome entendeu por bem gravar a conversa entre os dois. As palavras foram apenas registadas parcialmente por falha técnica, não incluindo o acto de corrupção, e sem o conhecimento e o consentimento do assistente. No dia seguinte, o arguido comunicou a ocorrência ao bastonário da Ordem dos Advogados, assim como ao Procurador da República, que lhe propôs uma colaboração com o MP e com a polícia judiciária. Neste sentido, seria realizada uma acção encoberta com o objectivo de recolher a prova do crime da qual resultaria a repetição das conversas entre ambos, desta vez com autorização judicial, para serem utilizadas no processo criminal. A situação desenrolou-se deste modo, concluindo-se na formalização de uma denúncia com base na gravação do dia 22 de Janeiro entregue pelo arguido, sendo, conseqüentemente, condenado o assistente neste processo pela prática de um crime de corrupção.

⁹¹ Ac. Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 914/07.7TDLSB.L1-9, de 26/04/2012

O presente recurso não tem que ver com esta última decisão, mas sim com outro processo que correu paralelamente a este do qual o advogado foi absolvido do crime de gravações ilícitas (art. 199.º n.º1 al. a) do C.P.).

Num primeiro momento, o recorrente (assistente “B”) fundamenta as suas conclusões no sentido de ter sido praticado o crime do art. 199.º n.º1 al. a) do C.P. pelo qual o arguido foi absolvido, assim como considera estar preenchida a alínea b) do n.º1 do mesmo artigo, a qual não foi ponderada, nem foi excluída a sua ilicitude. Por fim, o recorrente sustenta a razão pela qual não existe, no seu ponto de vista, a causa de exclusão do art. 34.º do C.P. (direito de necessidade) que permitiu afastar a incriminação do arguido “A”.

Contrastando com a opinião do recorrente, o MP responde, alegando que o crime previsto no art. 199.º n.º1 al. b) do C.P. não poderia ser julgado neste processo pelo facto de não constar da acusação. Deste modo, apenas e só deveria ser investigado num processo autónomo, dependente de queixa. No seguimento deste argumento, o MP sustenta que ainda assim o arguido não poderia ser condenado pela prática do crime de gravações ilícitas à luz do art. 199.º n.º1 al. b), considerando que o vício que padeceria esta captação de voz seria sanado pela autorização judicial dada ao registo das conversas posteriores no âmbito da investigação criminal do crime de corrupção. Por fim, conclui no sentido da sentença não sofrer de quaisquer vícios, sustentando que, de facto, a prática do crime pelo arguido de gravações ilícitas (art. 199.º n.º1 al. a) do C.P.) está ao abrigo de uma causa de exclusão da ilicitude, nos termos do art. 34.º do C.P.

O recorrido limita-se a responder que concorda com a decisão proferida.

O âmbito do recurso restringe-se à questão da causa de exclusão da ilicitude e, consequentemente, à decisão de condenação ou de absolvição do recorrido.

O Tribunal da Relação de Lisboa inicia a sua exposição, sustentando existir um “*erro notório na apreciação da prova*” por ter sido apresentado pelo Tribunal *a quo* como não provado que o arguido “A” agiu bem conhecendo o carácter proibido e punido da sua conduta. De acordo com os padrões do homem médio, o advogado ao ser um técnico do Direito sabia efectivamente que aquela conduta era crime e, consequentemente, corrige o erro da decisão recorrida.

Para além deste aspecto, são expostos vários argumentos no sentido de demonstrar que a conduta em causa não está ao abrigo de uma causa de exclusão, nem mesmo do direito de necessidade, de acordo com o art. 34.º do C.P.

Por fim, o Tribunal *ad quem* decide alterar a matéria de facto, revogar a decisão recorrida, condenando o arguido pela prática do crime de gravações ilícitas, nos termos do art. 199.º n.º1 al. a) do C.P. e determinar a remissão dos autos à 1.ª instância para ser proferida a respectiva sentença condenatória.

b) Da análise crítica

O caso concreto supra exposto foi escolhido, num primeiro momento, pela situação em si ser interessante e ter-se destacado por isso na nossa leitura e, num segundo momento, pela qualidade de argumentação, assim como pela clareza e poder de síntese dos magistrados do Tribunal da Relação de Lisboa.

O crime em causa, nesta situação, é o de gravações ilícitas, previsto e punível ao abrigo do art. 199.º n.º1 al. a) do C.P. O recorrente sustenta nas suas conclusões que a conduta do arguido encontraria também o seu reflexo na alínea b) do mesmo artigo pelo facto do recorrido ter facultado à polícia judiciária, no acto de denúncia, a gravação realizada a 22 de Janeiro. No nosso entender, está em causa um concurso meramente aparente⁹². Apesar de estarem verificadas as condutas das alíneas a) e b) do n.º1 do art. 199.º, face aos factos dados como provados, o crime é único, o de gravações ilícitas, por a alínea a) consumir a alínea b). O mesmo acontece quanto aos filmes (gravação de voz e de imagem), sendo a conduta apenas punível nos termos do n.º2 do art. 199.º, tal como consta expressamente deste número.

Quanto a esta problemática, o MP sustenta que o crime de gravações ilícitas, nos termos do art. 199.º n.º1 al. b), não seria porventura condenável ainda que se abrisse um processo autónomo pelo facto de ter havido uma autorização judicial para a gravação de conversações posteriores, encontrando-se sanado qualquer vício eventual sobre a primeira gravação. Na nossa opinião e com o máximo respeito por esta posição, dificilmente se entende este argumento. Como é concebível excluir-se a ilicitude de um crime cometido por um cidadão (art. 199.º n.º1 al. b) do C.P.) com base numa

⁹² ANDRADE, Manuel da Costa – *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, págs. 843-844

autorização judicial posterior? Os órgãos de polícia criminal não poderiam ter junto ao processo estes meios de prova, por força do art. 167.º n.º1 do C.P.P., em virtude da utilização da gravação ser ilícita, nos termos do art. 199.º n.º1 al. b) do C.P. O art. 167.º n.º2 abre uma excepção à proibição de valoração apontada no n.º1, mas neste caso concreto não é admissível aplicá-la pelo facto da obtenção destas gravações não obedecer ao disposto do título III do livro III do Código de Processo Penal. As gravações foram entregues pelo particular (aqui, o arguido) directamente aos órgãos de polícia criminal, constituindo também em si um crime, nos termos do art. 199.º n.º1 al. a) do C.P. Neste sentido, poderia ser aberto um processo autónomo para averiguação da responsabilidade dos próprios órgãos de polícia criminal. O assistente neste processo deveria apresentar queixa contra os órgãos de polícia criminal, tratando-se de um crime semi-público (arts. 199.º n.º3 e 198.º do C.P.) por terem utilizado as suas palavras em gravações contra a sua vontade, nos termos dos arts. 199.º n.º1 al. b) do C.P.

Resumidamente, a conduta do arguido aponta para um crime de gravações ilícitas, previsto e punível nos termos do art. 199.º n.º1 al. a) do C.P. pelos argumentos apontados. O comportamento dos órgãos de polícia criminal também seria censurável, de acordo com o art. 199.º n.º1 al. b) do C.P., permitindo a abertura de um processo independente de queixa do ofendido, aqui o assistente (arts. 199.º n.º3 e 198.º do C.P.).

Para além destas questões prévias, o acórdão reverte, essencialmente, sobre a problemática das causas de exclusão da ilicitude, em virtude de se decidir pela condenação ou pela absolvição do arguido do crime de gravações ilícitas. Neste sentido, aquelas serão analisadas face à situação em concreto, nos termos dos arts. 31.º e segs. do C.P. Desde logo, não faria sentido recorrer-se à legítima defesa (art. 32.º C.P.), ou ainda aos conflitos de deveres (art. 36.º C.P.), dispensando comprovação pela liquidez da solução. A única causa de exclusão que, eventualmente, poderia ser apontada seria a do direito de necessidade (art. 34.º C.P.), tal como referida no presente acórdão e que importa analisar no intuito de verificar se poderia afastar a ilicitude da incriminação, como entendeu o Tribunal *a quo* ou, ao contrário, se não seria de aplicar como foi concluído pelos magistrados do Tribunal da Relação de Lisboa. Segue a nossa opinião.

O direito de necessidade, presente no art. 34.º do C.P., à semelhança do que acontece com outras causas de exclusão, tem determinados requisitos que carecem de ser cumpridos para a sua efectiva aplicação concreta. Neste sentido, (1) o facto

praticado tem de ser considerado um meio adequado (2) para afastar um perigo (3) actual e ainda, cumulativamente, (4) não ter sido voluntariamente criada pelo agente a situação de perigo salvo tratando-se de proteger o interesse de terceiro, (5) haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado e por fim, (6) ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado.

Em primeiro lugar, a análise incidirá no sentido de saber se há realmente um perigo efectivo. Para isso temos de apurar, previamente, se existe algum interesse juridicamente protegido do agente ou de terceiro que pudesse ser violado, logo posto em perigo. No acórdão em causa, é apontado o direito ao bom nome do arguido. Isto porque o advogado só aceitou ir falar com o assistente neste processo para ajudar o seu irmão servindo de intermediário, no acto corrupto, mas não queria de modo algum que o seu nome fosse manchado, por causa desta situação. Por esta razão, levou um gravador (que acabou por não ser utilizado, mas as palavras foram registadas com um telemóvel) no intuito de gravar a conversa. É esta a interpretação que se retira da indicação do “*direito ao bom nome*” do arguido pelos Tribunais.

No nosso entendimento, pelo facto do arguido, ao receber o telefonema, se ter apercebido do objectivo do encontro com o assistente e até se ter precavido com um gravador para interceptar a conversa de modo a proteger o seu dito direito ao bom nome, ele deveria ter recusado tal proposta para realmente resguardar-se. O arguido é que põe voluntariamente o seu próprio direito em perigo. Não pode, em virtude deste fundamento, ser acautelado o seu interesse. Em consequência, não existe perigo.

Para além que parece-nos que não pode ser considerado como interesse juridicamente protegido, nem o bom nome do arguido, nem outro interesse, tendo este aceite sujeitar-se à situação em causa. Ainda que se considerasse o direito ao bom nome, não estariam verificadas as alíneas b) e c) do art. 34.º do C.P. pelo facto do direito do arguido não ser sensivelmente superior ao direito à palavra do assistente e não se justificar por esta razão o sacrifício do interesse do lesado.

Para além destes argumentos, a conduta do arguido não responde a um perigo actual. Ele precaveu-se, sabendo precisamente para o que ia. Neste caso, seria uma espécie de direito de necessidade preventivo. A causa de exclusão da ilicitude presente no art. 34.º é ofensiva, sendo que o perigo tem de ser actual e não futuro.

Neste sentido, pelo facto de não estarem verificados os requisitos apresentados e impostos pelo art. 34.º do C.P. relativos ao direito de necessidade, não seria de aplicar esta causa de exclusão da ilicitude.

Relativamente às gravações posteriores realizadas pelo arguido, parece-nos que constituiriam também o mesmo crime de gravações ilícitas (art. 199.º nº1 al. a) do C.P.), ao contrário da posição adoptada pelo MP que considera que estas não são ilícitas pelo facto de haver uma autorização judicial. Não partilhamos desta opinião. Em primeiro lugar, o mero cidadão não tem competências para investigar no sentido de juntar provas no processo criminal. Os órgãos de polícia criminal são quem têm essa legitimidade.

Para além disso, o arguido não está ao abrigo da causa de exclusão da legítima defesa, como alguns autores poderiam apontar⁹³, pelo facto de não estarmos perante uma agressão actual. Teria sido actual, se durante a conversa telefónica se teria falado do acto corrupto e nesse momento, o arguido a tivesse gravado. Poderia ser também uma agressão actual se o arguido tivesse ido ao encontro, sem se ter apercebido da sua razão de ser, tendo-a compreendido apenas naquele instante, gravando de imediato aquelas palavras. Agora, no caso em análise, não se pode considerar haver uma agressão actual.

Conclui-se, no sentido de “condenar” o arguido pela prática do crime de gravações ilícitas, nos termos do art. 199.º nº1 al. a) do C.P. de acordo com as razões expostas anteriormente, ou seja, pela verificação dos elementos típicos da determinada incriminação, assim como pela falta de causa de exclusão aplicável. Se fôssemos advogados do assistente, faríamos em nome deste, uma queixa com base na conduta criminosa de gravações ilícitas (art. 199.º nº1 al. b) do C.P.) contra os órgãos de polícia criminal. O problema é que já deve ter prescrito o direito de queixa deste crime, nos termos do art. 115.º do C.P.

Por fim, retira-se deste caso que a palavra é realmente protegida, independentemente do seu conteúdo, ainda que possa versar sobre um crime⁹⁴ como o da corrupção.

⁹³ ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre a reforma do código penal português: dos crimes contra as pessoas, em geral, e das gravações e fotografias ilícitas em particular*, in Revista portuguesa de ciência criminal, Lisboa, Abril-Dezembro 1993, págs. 480 e 485; ANDRADE, Manuel da Costa - *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006 (Reimpressão), pág. 254 e 259; 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, Estudos em homenagem ao professor Doutor Eduardo Correia, Coimbra, n.esp.1(1984), pág. 611

⁹⁴ ANDRADE, Manuel da Costa – *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, pág. 826, “Como ficou assinalado, a palavra é protegida independentemente do seu conteúdo. Tanto é proibida a gravação de conversas que versem sobre segredos ou coisas da privacidade / intimidade, como de conversas sobre negócios ou futilidades. E quer versem sobre coisas lícitas, quer sobre coisas ilícitas, mesmo criminais.”

6. Conclusão

A toda a pessoa – e só a ela – é garantido o poder de decidir quem pode gravar as suas palavras ou captar a sua imagem bem como, e uma vez obtidas, se e perante quem podem, de novo, ser utilizadas.

É, nestes termos, que os direitos à imagem e à palavra são consagrados como bens jurídicos autónomos constitucionalmente garantidos, nos termos do art. 26.º nº1 da C.R.P. Esta tutela não é a única presente no ordenamento jurídico português, reflectindo-se em vários diplomas. A Lei Fundamental, tronco da ordem jurídica portuguesa, delega assim nos seus ramos o poder efectivo da protecção destes valores, concedendo-lhes dignidade penal resultante do crime de “*gravações e fotografias ilícitas*” (art. 199.º do C.P.). Em consequência, e por força do princípio da unidade do sistema jurídico, a lei processual penal, nos termos do art. 167.º nº1 do C.P.P., proíbe a valoração de reproduções fotográficas e fonográficas que sejam ilícitas.

Existe, num primeiro momento, uma proibição de valoração da prova no sentido de garantir os direitos à imagem e à palavra, assim como em certos casos, o direito à reserva da intimidade da vida privada em detrimento da descoberta da verdade tendo subjacente a dignidade humana das vítimas e da comunidade em geral. No intuito de proporcionar um maior equilíbrio entre estes bens jurídicos constitucionalmente garantidos, o nº2 do art. 167.º do C.P.P. abre uma excepção. Não se consideram ilícitas as reproduções mecânicas, em sentido geral, sempre que obedecerem, nomeadamente, ao disposto no título III do livro III do C.P.P. É possível restringir os direitos fundamentais em causa para efeitos investigatórios (art. 167.º nº2 do C.P.P. e art. 18.º da C.R.P.), sendo que se assim não fosse, seria quase impossível ou muito difícil investigar-se determinados crimes pela sua complexidade. Para além desta ressalva, existem outras leis avulsas que admitem expressamente a restrição dos direitos à imagem e à palavra assim como à reserva da intimidade da vida privada, como sejam o art. 6.º da Lei 5/2002 ou a Lei 1/2005.

O art. 167.º nº1 do C.P.P. é o reflexo do art. 26.º nº1 da C.R.P. e dos arts. 192.º e 199.º do C.P. pelo facto de tutelar os bens jurídicos da imagem e da palavra, assim como da reserva da intimidade da vida privada. O art. 167.º nº2 do C.P.P. permite

garantir o direito à dignidade humana das vítimas e da comunidade em geral assim como a descoberta da verdade pela restrição daqueles direitos.

Neste sentido, este preceito normativo da lei processual penal encontra, num primeiro plano, a sua razão de ser na tutela dos direitos fundamentais e na determinação de um equilíbrio expressamente delimitado por imposição do art. 18.º da C.R.P. Num segundo plano, mas não menos importante, a base do art. 167.º do C.P.P. funda-se na inconsistência de admitir e valorar determinados meios de prova que consubstanciem em si uma conduta criminosa com o objectivo de obter a condenação do arguido. Num Estado de Direito, como o nosso, este tipo de investigação não é admissível. A descoberta da verdade material tem limites e não pode ser levada a todo o custo violando pilares basilares de uma sociedade livre, justa e solidária, baseada na dignidade da pessoa humana.

Toda a temática abordada neste trabalho é de facto complexa e sensível pelo facto de envolver questões ligadas a direitos fundamentais recentes e que, em consequência, carecem ainda de algum aprofundamento e, em especial, de amadurecimento.

Por fim, este trabalho permitiu repor a devida importância aos bens jurídicos constitucionais da palavra e da imagem, esquecida, numa sociedade como a nossa que vive da aparência, mas que se esquece da verdadeira essência da imagem e que vive do poder do discurso, olvidando-se da pureza de uma simples palavra.

7. Bibliografia

- **ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de** – *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.^a edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010
- **ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de** – *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.^a edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011
- **ALMEIDA, Carlos Rodrigues de** – *O registo de voz e de imagem: notas ao artigo 6.º da lei nº5/2002 de 11 de Janeiro*, in *Revista portuguesa ciência criminal*, Coimbra, a.14.3 (Julho-Setembro 2004)
- **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, Estudos em homenagem ao professor Doutor Eduardo Correia*, Coimbra, n.esp.1(1984)
- **ANDRADE, Manuel da Costa** – *Sobre a reforma do código penal português: dos crimes contra as pessoas, em geral, e das gravações e fotografias ilícitas em particular*, in *Revista portuguesa de ciência criminal*, Lisboa, Abril-Dezembro 1993
- **ANDRADE, Manuel da Costa** – *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal – uma perspectiva jurídico-criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996
- **ANDRADE, Manuel da Costa** – *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, 1999
- **ANDRADE, Manuel da Costa** - *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006 (Reimpressão)

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

- **DA SILVA, Germano Marques** - *Curso de Processo Penal*, vol. II, 4ª edição, Editorial Verbo, 2008

- **GARCIA, Erli Henrique** – *Registro de voz e imagem*, Projecto de pesquisa orientado pelo Prof. José M. Damião da Cunha, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2006

- **GARRETT, Francisco de Almeida** - *Inquérito criminal e prova em julgamento: reflexões*, Porto, Fronteira do Caos, 2008

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

- **GONÇALVES, Manuel Lopes Maia** – *Código de Processo Penal: Anotado, Legislação Complementar*, 14.ª edição, Coimbra, Almedina, 2004

- **JACINTO, Vânia** – *A protecção da individualidade*, in Boletim da Ordem dos Advogados, Lisboa, n.66 (Maio 2010)

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

- **LUMBRALES, Nuno Botelho Moniz** – *O direito à palavra, à imagem e a prova audiovisual em processo penal*, Relatório de mestrado, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2001

- **MAC CRORIE, Benedita** – *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e a videovigilância*, in Cadernos de direito privado, Braga, n.11 (Julho-Setembro 2005)

- **MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui** – *Constituição da República anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005

- **MIRANDA, Jorge** – *Processo penal e direito à palavra*, in Separata de direito e justiça, revista da faculdade de direito da UCP, Vol. XI, Tomo 2, Lisboa, 1997

- **MONTE, Mário Ferreira** – *A interceptação e gravação de conversações e comunicações: registo de voz e de imagem: alguns aspectos relevantes do actual sistema processual penal*, in Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, Coimbra Editora, 2004

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

- **PINTO, Paulo Mota** – *A protecção da vida privada na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, in Jurisprudência Constitucional, Lisboa, n.º 10 (Abril-Junho 2006)

- **TAVARES, Hugo Alexandre de Matos** – *A tutela penal do direito à imagem: entre a subsidiariedade do direito penal e a unidade do sistema jurídico no problema da construção da área de tutela típica*, in Direito Penal hoje: novos desafios e novas respostas / organizadores: Manuel da Costa Andrade e Rita Castanheira Neves, Coimbra, Coimbra Editora, 2009

- **VALDÁGUA, Maria da Conceição** – Apontamentos não publicados

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